

Centro de
Direito da
Família

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Coordenação: GUILHERME DE OLIVEIRA

Títulos publicados:

- 1 — *Temas de Direito da Família* — Guilherme de Oliveira, 1.ª ed. — 1999; 2.ª ed. aumentada — 2001.
- 2 — *Algumas Notas Sobre Alimentos (Devidos a Menores) «Versus» o Dever de Assistência dos Pais para com os Filhos (Em Especial Filhos Menores)* — J. P. Remédio Marques, 2000.
- 3 — *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges Entre Si* — Ângela Cristina da Silva Cerdeira, 2000.
- 4 — *Condutas Desviantes de Raparigas nos Anos 90 — Chegadas ao conhecimento dos tribunais* — António Carlos Duarte-Fonseca, 2000.

GUILHERME DE OLIVEIRA
Prof. Catedrático da Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

TEMAS DE DIREITO DA FAMÍLIA

2.ª Edição aumentada



COIMBRA EDITORA

2001

SOBRE A VERDADE E A FICÇÃO NO DIREITO DA FAMÍLIA (*)

As concepções dominantes nos séculos dezoito, dezanove e ainda na primeira metade do século vinte sobre a estrutura e funcionamento do agregado familiar impunham uma regulamentação positiva que deixava lugar amplo às ficções — de amor conjugal perpétuo, de paternidade marital — e omitia o reconhecimento dos vínculos de filiação extramatrimonial como se eles, de facto, não existissem.

Apesar das reservas que merece a afirmação seguinte, o casamento dos nossos antepassados mais próximos foi uma transacção sentimental e não já um contrato financeiro estabelecido pela autoridade familiar de uma qualquer linhagem medieval. Embora subsistissem pressões económicas, não só a escolha do cônjuge era um assunto que escapava cada vez mais ao controle da grande família consanguínea como a vida matrimonial se desenrolava com uma intimidade e uma autonomia desconhecidas na época anterior ao desabrochar da família restrita moderna. Mais do que a cooperação numa empresa familiar e na assistência de todos os membros da comunidade de sangue, a realização afectiva (e sexual) dos cônjuges tornou-se a função primordial da família que não excluía, pelo contrário, reclamava a tarefa de educação da prole, outrora reduzida à simples transmissão de um saber prático diversificado em casa alheia, como o prova a gene-

Composição e impressão
Coimbra Editora, Limitada

ISBN 972-32-1001-0 — 2.ª edição
(ISBN 972-32-0447-9 — 1.ª edição)

Depósito Legal n.º 160 024/2001

Fevereiro de 2001

(*) Publicado no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LI, 1976.

realização que conheceu o sistema da «aprendizagem». Porém, se esta realidade a que se pode chamar o primado do sentimento nas relações familiares foi talvez a nota mais saliente da restrição da grande família consanguínea e se a afirmação de um qualquer nobre inglês do século dezoito segundo a qual o amor não pesava grande coisa no balanço de uma vida se tornou excepcional, a verdade é que esta determinante afectiva não conformou todos os aspectos fundamentais da regulamentação legal familiar. As limitações da dissolução do casamento e a subsistência do laço matrimonial por força da lei, independentemente da comunhão afectiva dos cônjuges traduziu-se numa ficção jurídica de matrimónio, mera forma sem conteúdo real. A comunhão conjugal ou, mais impressivamente, a «sociedade conjugal» (na fórmula institucionalista dos anos trinta ou quarenta do nosso século) constituía uma entidade distinta de cada um dos seus membros e o conceito de «bem da família» a que alguns diplomas constitucionais, como o nosso de 1933, faziam apelo, constrangia por várias formas a vida e a morte da família, desde a repartição rígida e desigual dos papéis dos cônjuges e a dura hierarquia nas relações paterno-filiais, até à dificuldade extrema da dissolução do vínculo e reconstrução do lar conjugal com novos parceiros. É esta a imagem institucional do casamento e da família — a «célula social básica» — da primeira metade do século vinte e pode admitir-se que a concepção individualista do Código de Napoleão não era substancialmente diversa, apesar de não fazer uso da terminologia própria dos textos legais vigentes num passado mais recente.

Menos ostensivas mas não menos evidentes e dolorosas foram as ficções positivas e negativas de filiação que os sistemas legais acolheram até às modernas reformas que um grande número de países sentiu necessidade de realizar. Ficções que consistiam na atribuição de paternidades falsas ao marido sem possibilidades suficientes de impugnação e ainda nas dificuldades do reconhecimento da paternidade natural, que chegavam à proibição nos casos de filiação natural adúltera.

Embora as explicações destes fenómenos sociais sejam sempre parcelares não é difícil crer que, em boa parte, o horror à chamada ilegitimidade tenha encontrado o seu fundamento na rigorosa disciplina da sexualidade que a burguesia florescente delineou em favor dos padrões de eficácia e rentabilidade, incompatíveis, no seu entender, com a livre expressão da libido e com a tolerância da sexualidade extra-conjugal. Os critérios de «performance», essenciais no projecto pedagógico de socialização da infância e no quadro dos valores sociais dominantes, não podiam aceitar que, por exemplo, o futuro rei Luís XIII, enquanto criança, se divertisse em jogos sexuais com a sua mãe e com as aias, segundo reza o diário detalhado que o circunspecto médico da corte pressurosamente redigiu; como não podia suportar que os jovens permanecessem integrados no mundo dos adultos com grave atropelo da sua inocência, quer em casa, onde outrora toda a família dormia em conjunto, quer na escola, onde a diferenciação dos grupos etários foi desconhecida até ao século XVI. A sexualidade pré-matrimonial, a experimentação de vários parceiros, foi censurada e a única salvação para os infractores era o casamento. Do mesmo modo se cultivava o desvalor da vida sexual extraconjugal, embora haja boas razões para supor que se tratava de uma atitude hipócrita, ao menos no que respeita à infidelidade do marido, a quem não ficava mal manter um «ninho de amor» fora do lar conjugal.

Além da disciplina rigorosa do corpo e do primado da «performance», é razoável supor-se que outra explicação complementar do horror à ilegitimidade se encontre na preocupação de transmitir, de geração em geração, uma herança cultural. Os etnólogos e sociólogos da Família descobrem em todas as sociedades que de algum modo superaram as preocupações meramente fisiológicas de sobrevivência e que, assim, possuem uma cultura mais ou menos complexa cuja transmissão querem assegurar, uma condenação da ilegitimidade, por mais liberais que se mostrem quanto à sexualidade pré ou extramatrimonial. Entende-se que o nascimento fora do matrimónio não propicia ao filho uma «localização social»

ótima para a sua socialização, no sentido da aquisição dos valores essenciais da vida da sua comunidade. Isto será assim quer porque pode não haver da parte dos progenitores uma intenção de se entregarem à sua educação total, quer porque, sendo a estrutura familiar patrilinear e correndo-se o risco de o pai ser desconhecido, o filho pode ficar excluído da linha familiar paterna com ofensa do sistema global da Família. Estas circunstâncias prejudicam a continuidade perfeita do complexo cultural das gerações e, ao que parece, são particularmente sentidas pelos estratos sociais dominantes já que sobre eles impende o ónus da eficaz transmissão da sua cultura se quiserem continuar dominantes. Não admira que a nova classe social florescente dos séculos dezoito e dezanove, portadora de uma ideologia que soube impor a todas as camadas da população, estivesse especialmente preocupada com a consolidação dos seus padrões de vida através das gerações sucessivas e procurasse garantir a socialização mais eficiente dos seus filhos.

Nestas condições, portanto, a filiação fora do casamento significava uma rotura da intersecção estabelecida entre o sexo, a procriação e o matrimónio, pois ou surgia de progenitores não casados ou, pior ainda, uma vez que ficava excluído o remédio do casamento subsequente, de progenitor ou progenitores casados. Neste último caso, quando o cônjuge adúltero era a mulher, a presunção «*pater is est quem nuptias demonstrant*» servia para atribuir uma paternidade fictícia o marido da infractora ficando este com escassas possibilidades de a impugnar, pois era muito restrito o número de causas determinadas por lei que podiam fundamentar em juízo essa pretensão. Assim, note-se, o homem, único membro da família conjugal com plenos direitos de direcção e representação, via-se obrigado a suportar uma atribuição de paternidade falsa; a regra «*pater is est...*» não lhe conferia um direito mas antes impunha uma pesada obrigação.

Também a paternidade adúlterina de um marido ou a progenitura fora de qualquer casamento infringia os padrões sexuais vigentes que confinavam a sexualidade às fronteiras do matrimónio tornando-se difícil, quando não impossível, o reconhecimento

jurídico dos vínculos naturais, estabelecendo-se deste modo o que se pode chamar a ficção negativa, por omissão, com o inevitável prejuízo dos filhos dessas uniões socialmente reprovadas.

*
* *
*

Pode dizer-se que actualmente o Direito da Família tende a conformar-se sob a inspiração de um princípio de verdade: as prescrições jurídicas tendem a reconhecer as aspirações, as necessidades e a situação real, biológica e afectiva, dos membros da comunidade familiar.

Pensando no direito matrimonial, verifica-se que a alteração mais profunda na concepção da família consiste no reconhecimento de um direito à felicidade individual conjugal. A realização afectiva dos parceiros matrimoniais liberta-se do constrangimento imposto pela ideia societária da família tida como um ente supra individual e, hoje em dia, o «bem da família» resulta do somatório do bem de cada um dos seus membros, da felicidade que o agregado familiar pode proporcionar a cada um, agora senhor e não servidor da Família.

O reconhecimento deste direito à felicidade individual tem determinado múltiplos aspectos da regulamentação jurídica da vida familiar cujo denominador comum é, pode dizer-se, a reparação flexível das funções dos cônjuges, de acordo com as aspirações e exigências particulares e consoante o quadro circunstancial em que a família se move num certo momento (ciclo familiar). Por outro lado, tem favorecido uma tendência no sentido da admissibilidade mais ampla do divórcio quer pelo recurso ao mútuo consentimento quer, na falta deste, pela via da constatação judicial da rotura do matrimónio (doutrina da rotura). A ideia de verdade, no sentido que lhe atribuímos, já levou alguém a dizer que não é catastrófico o aumento notório das cifras do divórcio, sendo até desejável que muitas mais pessoas, a quem a família não satisfaz, dissolvam os vínculos matrimoniais e procurem noutra situa-

ção a felicidade conjugal que não experimentam. Não se trata de aligeirar o compromisso afectivo que funda o casal — pensa-se mesmo que os laços sentimentais que unem a família são mais apertados do que nunca — mas antes de reconhecer a falibilidade da união familiar que pode ser tanto mais susceptível de crise quanto mais íntima.

Como o direito matrimonial também o direito da filiação tem evoluído bastante nos últimos dez ou quinze anos, sob pressão de um movimento favorável aos filhos nascidos fora do casamento.

O trinómio sexo-casamento-procriação ou, como já se escreveu, a sexualidade legal deixa de se impor como no passado próximo aconteceu. A liberalização progressiva do aborto e a divulgação oficial dos métodos contraceptivos distinguem radicalmente, em termos culturais, a sexualidade da procriação e a consciência social aceita hoje melhor as manifestações sexuais de solteiros e as próprias relações sexuais adulterinas. Nos E.U.A., segundo um inquérito levado a cabo em 1968, oitenta e sete por cento das mulheres e cinquenta e oito por cento dos homens entregavam-se a actividades sexuais que outrora lhes suscitavam sentimentos de culpa. Em 1975, quinze por cento dos casamentos franceses foram precedidos de coabitação, sendo a percentagem de trinta por cento na região de Paris. Na Dinamarca esta cifra eleva-se a oitenta por cento e a percentagem de nascimentos fora do casamento é de vinte e um por cento (em Portugal ronda os sete por cento). A infracção do dever de fidelidade, embora não seja socialmente indiferente, não suscita já um juízo de desvalor tão forte como o que vai dirigido a outros desvios das bases fundamentais da convivência social. Sem querer atribuir uma intenção simplista ao fenómeno da descriminalização do adultério, parece evidente que ele prova alguma coisa no sentido do abrandamento da censura que recai hoje sobre a sexualidade extra-conjugal.

Por outro lado, a «localização social» óptima dos filhos para o exercício das tarefas de socialização não é tão facilmente determinada, como até há umas dezenas de anos, no âmbito do lar

conjugal. Será exagerado dizer que um aparelho de televisão funcionando regularmente educa mais do que um pai mas é verdade que a vida profissional dos cônjuges, especialmente nos aglomerados urbanos, impõe a dispersão dos membros da família durante a maior parte do dia e a ideia de serão familiar pode considerar-se anacrónica; nem falta quem demonstre que o trabalho da mãe fora de casa contribui para o desenvolvimento dos filhos, criando neles um sentimento de responsabilidade mais nítido. A convivência do triângulo pai-mãe-filho é, pois, cada vez mais ténue e o papel dos «mass-media», como o intervencionismo do Estado criando creches e infantários releva progressivamente no cômputo global da socialização dos filhos.

Ao empobrecimento do lar conjugal como factor de socialização dos filhos vem juntar-se a protecção crescente dos nascimentos fora do casamento, a criação de condições mais favoráveis à maternidade natural, à manutenção e educação da prole. As famílias constituídas só por um progenitor e a sua descendência, cujo número tem aumentado, assumem progressivamente a capacidade necessária para fornecer aos filhos a «localização» própria à sua integração social.

Claro que não se devem esquecer, para além das motivações mais estreitamente ligadas à moral e organização familiares, os progressos globais no sentido da dignificação da pessoa humana e da afirmação dos seus direitos fundamentais. O século vinte tem sido fértil em declarações de princípios cuja vocação de aplicabilidade tende a ultrapassar a escassa força vinculante da enunciação de programas. Por outro lado, não é de admirar que a situação jurídica da mulher casada ou solteira e a dos filhos, legítimos ou não, tenha beneficiado dos sucessos revolucionários que se desenharam desde os fins do século dezanove em prol dos mais desfavorecidos, embora se admita que as reivindicações dos movimentos socialistas se tenham prendido imediatamente com a esfera do económico.

Neste quadro de padrões sociais e familiares divergente do modelo oitocentista e da primeira metade do século vinte, as nor-

mas fundamentais de muitos países e as leis ordinárias caminham para o esclarecimento da verdade, procuram a coincidência entre a realidade natural e a regulamentação jurídica no domínio dos estados de filiação.

A paternidade presumida do marido da mãe é cada vez mais discutível em juízo, quer pelo alargamento das causas admissíveis de impugnação, quer pelo abandono puro e simples do sistema de impugnação por causas determinadas em favor da prova livre da não paternidade. A maior parte dos países aceita livremente a prova de que um filho nascido de mãe casada não é também do marido, cabendo antes a um terceiro a responsabilidade pela sua concepção; provas estas que denunciam o adultério da mulher, uma quebra do dever de fidelidade que outrora se preferia manter num segredo decente e conservador, apesar dos eventuais prejuízos que a situação falsa acarretasse para os membros da família conjugal.

No domínio da filiação natural, por seu turno, o abandono progressivo nos sistemas latinos das chamadas condições de admissibilidade das acções de investigação, a consideração da maternidade como um facto natural cujo reconhecimento jurídico não requer uma atitude de vontade da mãe e, em casos excepcionais como o da legislação portuguesa, a organização de um procedimento officioso de averiguação dos vínculos de filiação, constituem manifestações suficientes das aspirações da verdade, do princípio da verdade biológica na fixação dos estados de filho. Princípio que, note-se, é estimulado pelos progressos sensíveis dos meios de prova que o desenvolvimento da ciência tem facultado ao Direito e aos tribunais. A fixação mais exacta da duração da gravidez e do momento da concepção, a demonstração da esterilidade de um presumido pai, a comparação dos grupos sanguíneos e a sofisticada peritagem heredo-biológica são hoje auxiliares preciosos que o Direito não pode desconhecer. «Mater semper certa, pater incertus...» é uma regra antiga e verdadeira mas é cada vez mais possível desvendar o mistério da paternidade.

*
* *
*

Se estas conquistas da ciência são uma novidade para o Direito e proporcionam ao anseio de verdade biológica o conforto da viabilidade, de tal modo que ele assume foros de um imperativo quase absoluto, não se deve esquecer que a procura da verdade biológica, relegada para segundo plano em muitos aspectos da regulamentação positiva, em vários sistemas e durante mais de um século e meio, não é preocupação nova do Direito mas antes a reposição empenhada de um valor antigo. A filiação ou, de forma mais genérica, o parentesco sempre foi tomado, embora não exclusivamente, como um vínculo de sangue e foram as relações naturais, biológicas, que o Direito sancionou e regulamentou, com os desvios razoáveis que as dificuldades de prova impuseram, mais do que hoje. O Direito não acabou agora de descobrir as leis naturais mais patentes da descendência para se conformar com elas e a afirmação, quase que poderíamos dizer empolada, do princípio da verdade biológica irrompe pelos textos doutrinários e legislativos pela força não só das exigências gerais de rigor analítico e de verdade do pensamento moderno, mas também, e principalmente, por força de uma reacção indispensável contra as determinantes jurídico-culturais que deram guarida à ficção, durante certo tempo, em homenagem a interesses prevaletentes e alheios à essência biológica, tradicionalmente reconhecida e preponderante, da relação filial.

Não se trata hoje, pois, de identificar o Direito da Filiação com a Biologia mas sim de reencontrar o ponto de equilíbrio entre o sistema cultural e o sistema natural da descendência que os séculos dezoito e dezanove determinaram com favor para o primeiro e desprezo do segundo. É certo que os elementos biológicos são agora mais facilmente captáveis, e o Direito tenderá a absorvê-los, mas não parece haver razão para supor que isto levará à submissão total dos valores e dos critérios propriamente culturais-jurídicos.

Se a tradição mais profunda da organização social do parentesco e da filiação pesa neste conflito que aparentemente opõe os factores biológicos e os factores sociológicos ou afectivos, deve notar-se que o vínculo de sangue nunca foi um fundamento exclusivo dessas relações familiares. Parece seguro que o clan totémico nem sequer o considerou e admite-se que sistemas posteriores fizeram apelo a critérios sociais religiosos, mais do que a laços biológicos, para a definição do agregado familiar. É certo que, pelo menos durante a Idade Média, a consanguinidade adquiriu uma relevância especial. A linhagem era uma comunidade de sangue e a amizade fraterna de Lancelote do Lago pelo rei não se estabeleceu apenas sobre um vínculo afectivo, pois foi selada com uma troca de sangue. Esta exaltação medieval da consanguinidade ofuscou outros tipos de parentesco que estiveram presentes na história familiar da humanidade, como o parentesco adoptivo que fora reconhecido desde sempre e adquiriu, no nosso século, uma importância jamais atingida.

Por outro lado, curiosa e significativamente, o primado da verdade biológica no estabelecimento dos vínculos de filiação que se vem desenhando há algumas dezenas de anos tem caminhado a par da protecção legal crescente de situações familiares cuja raiz não é biológica mas sim puramente afectiva ou social. Ao lado de uma verdade biológica, assente sobre os vínculos naturais da descendência, pode falar-se numa verdade sociológica ou afectiva, nascida do investimento afectivo e do cuidado, da gratificação permanente e da identificação recíproca dos indivíduos. Normalmente o pai que dá a vida é o pai que alimenta mas estas duas paternidades podem não coincidir a evidência natural poderá ceder, juridicamente, em favor da realidade cultural.

A adopção, durante centenas de anos arredada dos textos legais ou, pelo menos, sem significado social, renasce vigorosamente em todos os sistemas jurídicos, assente na ligação puramente afectiva, não menos real do que a biológica. Espécie de filiação ou vínculo de filiação fictício como se designa quando é definido por referência à realidade natural, revela-se capaz de

desempenhar as funções da progenitura biológica e o Direito não rejeita, pelo contrário, a extensão dos efeitos da filiação consanguínea à filiação adoptiva.

Também a posse de estado, com a relevância significativa que tende a conhecer na legislação civil da família, é um sinal da inviabilidade de uma absorção total, pelo princípio da verdade biológica, dos critérios jurídico-culturais que intervêm na postura das regras da filiação. A mais ingénua ideia de probabilidade mostra que a filiação biológica se exprime normalmente através de uma posse de estado de filho e que, assim, esta assume o carácter de índice da consanguinidade. Pode acontecer, todavia, que as manifestações empíricas de filiação não correspondam a um real vínculo biológico ou que, pelo menos, se suspeite disso; em alguns casos oferecidos pelo direito francês e no âmbito de uma tendência doutrinal e legislativa, o direito positivo garante a continuidade da posse e sacrifica a verdade biológica ou, mais rigorosamente, proíbe qualquer pesquisa sobre ela.

Para além da esfera clássica do Direito da Família, por último, o Direito Fiscal e o Direito Social têm delineado aquilo a que já se chamou uma «concepção alimentar» da Família, cujas notas características residem no facto de a relação de parentesco biológico só ser considerada pela lei se for acompanhada por uma «relação de encargo» entre os parentes, relação esta que, portanto, funciona como condição de eficácia da primeira; ou, de um modo diferente, de a lei fazer prevalecer uma relação de encargo de outrem que não coincide com um parentesco biológico e em detrimento deste. O desenvolvimento do conceito de encargo e da sua utilização tem acompanhado o empolamento moderno da procura da verdade biológica e, se bem que os dois conceitos vivam em campos de aplicação distintos, não é de estranhar que o primeiro contribua para a criação de um espírito geral mais receptivo à verdade sociológica do socorro quotidiano das pessoas vinculadas afectivamente que pode ser bastante mais rico de conteúdo e mais útil à vocação ordenadora do Direito do que a nua realidade biológica.

Pai é o que dá a vida e a lei curva-se perante esta evidência, apoiando-se nos progressos da Biologia; mais o pai é também aquele que paga os «biberons», disse um dramaturgo francês e, felizmente, o Direito conhece esta outra verdade.

BIBLIOGRAFIA

- ARIÉS, Philippe — *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Paris, Editions du Seuil, 1975.
- CARBONNIER, Jean — *Droit Civil*, 9.ª ed, tome 2, Paris, P.U.F., 1971.
- CORNU, Gérard — *La filiation*. Archives de Philosophie du Droit, tome 20. Paris, Sirey, 1975, p. 29-44.
- GOODE, William J. — *The family*. Englewood Cliffs, N.I., Prentice-Hall, 1964.
- MICHEL, Andrée — *La sociologie de la famille*. Paris/La Haye, Mouton, 1970.
- OURLIAC, Paul; MALAFOSSE, J. de — *Histoire du droit privé*, tome 3, Paris, P.U.F., 1968.
- ROUSSEL, Louis — *Le mariage dans la société française*, Paris, P.U.F., 1975.
- THÉRY, René — *Trois conceptions de la famille dans notre droit*, Recueil Dalloz, Paris, 1963, p. 47-52.
- USSEL, Jos Van — *Histoire de la répression sexuelle*, Paris, Robert Laffont, 1972.

IMPUGNABILIDADE DA PERFILHAÇÃO (*)

Resumo

O artigo 1836.º do Código Civil estabelece a *impugnabilidade da perfilhação* que não corresponda à verdade.

A *impugnação* reveste significados diversos consoante a natureza jurídica que se atribua ao acto do perfilhante. Se este for entendido como um negócio jurídico, impugnar significa *anular*; concebendo-o como um quase-negócio jurídico e facto operativo de uma presunção legal de paternidade, a «impugnação da perfilhação» é uma *impugnação da paternidade* destinada a *provar o contrário* do facto presumido.

Feita esta prova, o acto do perfilhante perde a sua razão instrumental e *caduca* por inutilidade.

Sumário: *Introdução. O significado equívoco do termo «impugnar» e o problema específico da sua utilização no artigo 1836.º do Código Civil. I. A — A Perfilhação como negócio jurídico. B — A «impugnação» como anulação do negócio. II. A — A Perfilhação como quase-negócio jurídico. A presunção legal de paternidade biológica. B — A «impugnação» como prova do contrário do facto presumido ou impugnação da paternidade. C — Destruição jurídica do acto do perfilhante. 1. Nulidade do acto. 2. Caducidade da Perfilhação.*

Introdução

Os textos legais utilizam frequentemente o conceito de *impugnação* e deixam supor que o fazem para exprimir realidades téc-

(*) Trabalho de frequência em Direito Civil — Curso de Pós-graduação em Ciências Jurídicas, 1976/77.

nicas distintas. Cabe à doutrina, ao menos por uma razão de disciplina conceitual, fazer um esforço de interpretação esclarecedora do sentido exacto do termo, em cada texto.

O artigo 1836.º do Código Civil Português de 1967 prevê a impugnabilidade da Perfilhação que não corresponda à verdade.

Fis um dos casos em que é ambíguo o sentido técnico da «impugnação»; com efeito, à primeira vista, impugnar não significa senão atacar, contestar (1), pelo que convirá descobrir, por detrás desse termo genérico, o meio específico, de entre as vias possíveis, que o legislador pôs nas mãos dos interessados.

Como tentaremos esboçar nas páginas seguintes, a fisionomia técnica do meio de contestação previsto depende da natureza que possamos atribuir ao acto da Perfilhação.

I. A — Um sector importante da doutrina, quer italiana, quer espanhola, atribui à Perfilhação a natureza de negócio jurídico. Em traços largos — que julgamos convir à índole deste trabalho inscrito no âmbito do estudo das invalidades e ineficácias do negócio jurídico — diremos que os representantes desta doutrina são particularmente sensíveis à circunstância de o acto da Perfilhação «acrescentar» os efeitos jurídicos ao facto natural da procriação. A Perfilhação seria, pois, um acto solene de manifestação da vontade de atribuir ao filho natural o estado jurídico de filho. Tratar-se-ia de uma admissão voluntária, na família do Perfilhante, de um filho que dela estava excluído por, ter nascido fora do casamento. O acto de Perfilhação, neste sentido, seria constitutivo e não meramente declarativo de um laço biológico anterior (2).

(1) SALVATORE SATTA, *Impugnazione*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XX, Varese, Giuffrè, 1970, p. 697.

(2) Assim se compreenderia, designadamente, a diferente relevância legal de um escrito do pai, este sim, meramente declarativo da relação natural dada a ausência de uma vontade de constituir o estado jurídico de filiação.

Tratar-se-ia, porém, de um negócio jurídico de natureza especial — de um negócio jurídico para o exercício do poder complementar (não dispositivo) de dar certeza ao facto natural da procriação (3), ou ainda de um negócio jurídico contendo uma declaração implícita de paternidade e subordinado à condição de validade de existência da procriação pelo perfilhante (4).

O que interessa salientar é o acordo dos autores quanto à necessidade de a Perfilhação ser feita pelo verdadeiro procriante. De facto, para a doutrina citada, o reconhecimento falso é inválido, quer porque o perfilhante usou o poder-dever familiar num sentido divergente daquele que justificava a sua titularidade (CICU), quer porque não foi preenchida um pressuposto substancial do negócio (CARESSI e COSATTINI).

O negócio jurídico seria, nesta medida, vinculado à verdade biológica ou, por outras palavras, seria limitado pela sua função de *acertar* a filiação real. A Perfilhação caberia, assim, numa categoria de negócios jurídicos familiares a que é alheia a discricionariedade dos negócios privados dirigidos à satisfação de interesses próprios (5).

(1) CICU (*La Filiazione*, in «Trattato di Dir. Civ. Italiano», dir. da Vassali, vol. III, t. 2, p. 140. Torino, Unione Tipografica, Ed. Torinese, 1954), acentuando o objectivo de criar o título de estado; COSATTINI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, Cedam, 1942, p. 93.

(4) FRANCO CARESSI, *Il riconoscimento dei figli naturali*. Milano, Società Editrice Libreria, 1942, pp. 17 e 47.

Também CASTAN TOBÉNAS (notas a KIPP e WOLFF, *Derecho de Familia*, vol. 2, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1952, pp. 212 e 213), diz que se trata de um negócio jurídico «de carácter um tanto complexo» que «participa (...) mais da natureza de admissão do que da de confissão».

(5) Embora achemos inoportuno fazer aqui uma análise crítica destas posições doutrinárias, sempre diremos que elas arrancam de uma concepção voluntarista do estabelecimento do estado de filho, inspirada não só pelo desfavor da ilegitimidade, mas também pelo exagero das dificuldades de prova da paternidade. Terá pesoado, na elaboração destas doutrinas, a célebre análise de COLIN (*De la protection de la descendance illegitime au point de vue de la preuve de la filiation*, in «Rev. Trim. de Droit Civil», 1902, pp. 257 e segs.)

I. B — Partindo desta ideia sobre o acto recognitivo, diríamos que o artigo 1836.º do Código Civil, ao prever a impugnação da Perfilhação, estabeleceu antes um caso de *invalidade* do negócio. O vício genético que compromete o negócio, desde o seu nascimento, é a *falsidade*.

Quando a lei permite a declaração de Perfilhação, fá-lo com o intuito de esclarecer e tornar eficaz um vínculo de filiação natural, pré-existente. A circunstância de não submeter o acto do perfilhante a um controlo prévio de regularidade (de verdade) não significa, obviamente, que seja admissível a constituição de um estado falso. Aliás, o controlo de verdade é simplesmente diferido para o momento posterior da chamada «impugnação» prevista pelo artigo 1836.º, que é aberta a qualquer interessado, inclusive ao Ministério Público, e que é imprescritível. A grande largueza com que se admite a destruição do reconhecimento falso e, principalmente, a legitimidade que se confere ao M. P., são índices seguros de que a lei é avessa à atribuição de um estado de filho que assente na mera fantasia do perfilhante.

Por outro lado, esta questão inscreve-se no domínio da constituição dos estados pessoais, zona de carácter marcadamente e tradicionalmente indisponível. Não seria estranho sustentar, pois, que a disposição do estado pessoal através de uma Perfilhação falsa viola um princípio de ordem pública comum a todas as legislações que desde há muito abandonaram a vontade arbitrária como critério para a constituição do estado de filho.

Nestes termos, a conformidade com a filiação biológica é um requisito substancial do negócio jurídico de Perfilhação. A vontade de atribuir o estado de filho só pode ser válida quando é manifestada pelo procriante e se dirige a pessoa do procriado. Se, pelo contrário, se pretende atribuir um estado pessoal de filho

que assinava uma natureza dupla à Perfilhação — confissão e admissão e ainda a tradição técnica italiana dos negócios de *accertamento* e dos actos de poder funcional familiar.

a um indivíduo biologicamente estranho, a vontade manifestada é ilícita porque contraria as exigências de verdade e viola um princípio de ordem pública. A Perfilhação falsa enferma de um *vício genético* e é, pois, *inválida*.

É manifesto que a destruição do reconhecimento falso não se produz *ope legis*, antes supõe uma decisão constitutiva nesse sentido. Decisão judicial, aliás, proferida em sentença favorável ao pedido de impugnação.

Não estamos, assim, perante um caso de nulidade, mas de *anulabilidade*. Conclusão que pode parecer estranha, na medida em que o fundamento de invalidade invocado — a violação do princípio de ordem pública segundo o qual o estado de filho deve recair sobre um filho natural — deveria suscitar, segundo as regras gerais, a sanção mais severa da nulidade (cfr. artigo 280.º do Código Civil). Porém, se é certo que há uma qualquer especialidade, note-se que o caso não é isolado, como se provará recordando as hipóteses de anulabilidade do casamento fundada em impedimento dirimente; e se, de entre estas, mencionarmos as hipóteses de existência de vínculo anterior não dissolvido ou de impedimento de parentesco, mais evidente se torna que a lei civil aplica a sanção da anulabilidade a casos de bigamia e incesto, ou seja, de infracção violenta da ordem pública.

A este propósito, convém lembrar duas ideias. Em primeiro lugar, se é verdade que se desenha uma tendência doutrinal no sentido de encontrar meios sancionatórios mais «plásticos» do que a estreme nulidade, cada vez será mais frequente constatar que o Direito reage ao ilícito grave com a mera anulabilidade. Em segundo lugar, é pacífica e tradicionalmente accete a especialidade das situações que o Direito da Família se propõe tutelar, relativamente ao Direito Civil geral, o que permite e exige a adopção de soluções especiais ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Talvez se possa ir mais longe. Aceitando como ponto de partida a clássica exigência de segurança que se faz sentir em todos os ramos do Direito, seria

Concluindo esta parte do presente trabalho e pressupondo a natureza negocial da Perfilhação, diremos que a impugnação prevista no artigo 1836.º do Código Civil tem o conteúdo substancial de uma *anulação da Perfilhação* ⁽⁷⁾.

II. A — Temos analisado a impugnação estabelecida no artigo 1836.º do Código Civil pressupondo a natureza negocial do reconhecimento voluntário. Porém, tanto a doutrina francesa ⁽⁸⁾ como certos autores alemães (p. ex. DÖLLE), italianos (p. ex. MAJELLO), espanhóis (p. ex. RIVERO-HERNANDEZ) e, entre nós, PEREIRA COELHO, entendem a Perfilhação como uma declaração não negocial, já que os efeitos subsequentes resultam da intenção autónoma do legislador e não da vontade do perfilhante. Declaração voluntária, é certo, no sentido de que supõe liberdade de manifestação ⁽⁹⁾, coisa diferente de ser uma declaração de vontade como aquela que integra um verdadeiro negócio jurídico.

Recorrendo a uma classificação dos factos jurídicos que tem curso na doutrina portuguesa, incluiríamos a Perfilhação no conceito de *quase-negócio jurídico*, modalidade de simples acto jurí-

útil verificar se no âmbito do estabelecimento dos vínculos de filiação essa exigência de segurança, sob a forma de *segurança dos estados pessoais adquiridos*, não constitui um princípio com dignidade material crescente, a ponto de suportar, em certos casos, o confronto com as exigências da verdade biológica. Penso, concretamente e a título de exemplo, se não seria defensável, em certas condições, manter a eficácia de uma Perfilhação falsa (neste sentido GOGUEY, *Les reconnaissances et légitimations de complaisance*, Paris, Lib. Techniques, 1959), solução que desabonaria claramente o recurso à figura da nulidade.

⁽⁷⁾ Sobre a natureza atípica da anulabilidade remete-se para RUI DE ALARCÃO, *A confirmação dos negócios anuláveis*, vol. I, Coimbra, Atlântida Ed., 1971, pp. 65 a 74.

⁽⁸⁾ Um tanto inibida pela ideia tradicional da natureza dupla de admissão e confissão.

⁽⁹⁾ E também, para alguns autores, no sentido de que o perfilhante é livre de a emitir ou não. Rejeitamos esta opinião pois julgamos que o procriante tem um autêntico dever jurídico de perfilhar e está, nessa medida, vinculado a emitir a declaração.

dico que consiste na manifestação de uma vontade *ou de uma ideia* ⁽¹⁰⁾. De entre as várias categorias de quase-negócios que a doutrina estrangeira tem elaborado, poderíamos falar aqui em *declaração de ciência* sobre a facto da procriação ou em *participação de representação* ⁽¹¹⁾ que transmite um juízo ou uma convicção do declarante.

Sobre a declaração de paternidade natural que o perfilhante faz recai uma presunção de verdade ⁽¹²⁾ — a declaração *faz fé* até prova em contrário. Para outra doutrina ⁽¹³⁾, que nos parece mais rigorosa, o máximo que o declarante pode fazer é uma participação do seu juízo ou da sua convicção de paternidade natural, baseada nas relações sexuais que manteve com a mãe durante o período da concepção e que ele supõe exclusivas; sobre esta manifestação de convicção recai uma presunção de paternidade, assente na regra de experiência segundo a qual quem manifesta, de modo solene, a sua convicção de paternidade e, provavelmente, o progenitor.

Não interessará, neste momento, fazer uma crítica detalhada a esta última alternativa. Importa sobretudo salientar que ambas as posições rejeitam a concepção negocial, ou seja, afastam a

⁽¹⁰⁾ M. ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1966, pp. 8 e 9.

⁽¹¹⁾ Que, segundo MANIGK e KLEIN (*apud* MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, Eugenio Jovem, 1955, p. 316) consiste na participação a outrem de uma representação de um facto exterior, passado ou presente, ou então de um juízo ou de uma convicção do sujeito.

⁽¹²⁾ ALBALADEJO, *El reconocimiento de la filiacion natural*, Barcelona, Bosch, 1954, pp. 43 e 53; VÉRON, M., *Volonté du «Père» et reconnaissance d'enfant*, R. I. D. C., tome 56. Paris, Sirey, 1967, p. 531; M. L. RASSAT, *Père de droit et père de fait*, R. I. D. C., tome 56 cit., p. 250, embora defenda que a presunção se extrai de uma declaração de vontade do perfilhante.

⁽¹³⁾ GOGUEY, *ob. cit.*, p. 105; JEMOLO, *Volontarietà della dichiarazione di paternità*, in «Il Foro Italiano», vol. LXV, Roma, 1940, p. 8. ROGER MERLE, *Essai de contribution a la théorie générale de l'acte déclaratif*, Paris, Rousseau et C.ª, 1948, p. 35. RIVERO HERNANDEZ, *La presuncion de paternidad legítima*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 269.

ideia segundo a qual a Perfilhação é a manifestação de vontade constitutiva de efeitos legais queridos. Atribuindo um papel mais modesto à declaração do perfilhante, elas tomam-na como um *meio de prova* da paternidade biológica, um instrumento para a sua descoberta. Nesta medida, fazem sobressair este último elemento que, afinal, é o autêntico pressuposto relevante da constituição do estado jurídico de filho. A Perfilhação tem, assim, uma natureza probatória em sentido material ⁽¹⁴⁾ e não se confunde com o resultado que visa acreditar — a paternidade biológica ⁽¹⁵⁾.

II. B — Partindo destas premissas, torna-se razoável defender que a lei civil, ao admitir a «*impugnação da perfilhação*», está rigorosamente a admitir uma *impugnação da paternidade*.

É evidente que a lei civil admite dois meios técnicos de contestação do reconhecimento voluntário — a anulação por vícios da vontade e incapacidade, e a impugnação por falsidade. Supomos, que estes meios não se distinguem só pelo seu fundamento e pelo seu regime, pois, além disto, eles dirigem-se a objectivos diferentes. Assim, a anulação visa o acto declarativo do perfilhante, na medida em que, embora não constitua uma declaração de vontade, ele não dispensa a vontade livre e esclarecida da declaração ⁽¹⁶⁾. A impugnação, diferentemente, contesta o resultado que

⁽¹⁴⁾ É não meramente processual (ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 53).

⁽¹⁵⁾ Note-se que a lei do Registo Civil manda proceder ao registo dos factos que determinam a modificação ou extinção dos estados de filho (cfr. artigo 2.º do CRC) e, por isso, regula os assentos e averbamentos da Perfilhação. Porém, isto não deve esconder que a Perfilhação releva só na exacta medida em que a lei acredita poder extrair dela a verdadeira paternidade biológica, ou em que ela actua sobre a situação de filiação previamente registada. Aliás, é a filiação (biológica) que o artigo 1.º sujeita a registo obrigatório, é ela o facto determinante do estatuto jurídico de pai e é sobre ela que recai, verdadeiramente, a rectificação a que se procede na hipótese de proceder uma eventual acção de impugnação.

⁽¹⁶⁾ ALBALADEJO (*ob. cit.*, p. 48, nota 76): «... Uma (vontade) dirigida a dar vida ao acto: antecedente de este. A outra, conteúdo volitivo do acto quando este é um negócio».

a lei acaba por vincular ao comportamento do perfilhante — a fixação da paternidade biológica — pressuposto de que o Direito carecia para a atribuição do estatuto de pai.

Em abono desta ideia vem a propósito recordar o sentido da impugnação da paternidade dos filhos nascidos dentro do casamento. Neste domínio, parece seguro afirmar-se que a atribuição do estatuto jurídico de pai ao marido da mãe sucede à descoberta da paternidade real. A regra «*pater is est...*» opera esta descoberta pela via técnica da presunção legal, partindo de factos conhecidos — o casamento da mãe e a concepção matrimonial. Em certos casos, porém, a lei civil admite a impugnação da paternidade, isto é, admite que se destrua o pressuposto do estado de filho conjugal — a paternidade biológica do marido da mãe.

Creemos que as coisas se passam de modo semelhante na hipótese que nos ocupa. O facto operativo é aqui a participação solene de uma convicção de paternidade ⁽¹⁷⁾ e os juízos de experiência e de normalidade fazem acreditar que é progenitor todo o indivíduo que manifesta de forma solene, perante a autoridade do Registo Civil, uma convicção da sua paternidade. Também aqui, porém, o resultado da presunção legal — a fixação da paternidade biológica — não é irrefragável, pois que admite uma acção destinada a provar que o perfilhante não é o pai natural, ao contrário do que fora presumido.

Esta acção de impugnação de paternidade é, justamente, aquela que o artigo 1836.º prevê.

⁽¹⁷⁾ Ou então, para a outra doutrina referida, o facto operativo é uma *declaração de paternidade* sobre a qual recai uma *presunção de verdade*. Embora com hesitações, cremos que é preferível o entendimento que se exprime no texto na medida em que seja razoável supor que, o perfilhante não pode atestar a paternidade com a mesma certeza com que se pode declarar, por exemplo, o facto presenciável da maternidade.

Seja como for, uma opção diversa não alteraria significativamente os termos da questão que nos ocupa; com efeito, o objecto da acção de impugnação é sempre a *paternidade* falsa que a lei aceitou como verdadeira, e não o acto do perfilhante.

Se a Perfilhação não é mais do que o facto operativo sobre o qual assenta uma presunção legal destinada a fixar a paternidade biológica e se, por outro lado, a contestação prevista pelo artigo 1836.º é, afinal, uma impugnação da paternidade fixada, então impugnar significa, neste caso, *provar o contrário do facto legalmente presumido*. O sentido técnico da impugnação da Perfilhação é o de uma *prova do contrário* ⁽¹⁸⁾ da paternidade conhecida.

Recorde-se que, partindo de uma concepção negocial da Perfilhação, tínhamos chegado a um resultado completamente diferente. Afirmámos nessa altura ⁽¹⁹⁾ que o sentido real da «impugnação da Perfilhação» era o de uma anulação da Perfilhação. Eis como o termo «impugnar» pode esconder realidades técnicas diversas, consoante a natureza jurídica que se atribua à Perfilhação — negócio jurídico ou antes, como parece mais certo, simples acto jurídico e base de uma presunção legal de paternidade.

II. C — Esta tese, segundo a qual a «impugnação da Perfilhação» é uma impugnação da paternidade sob a forma de *prova do contrário*, não esgota a análise da reacção prevista pelo artigo 1836.º Com efeito, embora a Perfilhação seja só um instrumento que desencadeia a fixação legal da paternidade biológica ela é um acto jurídico, uma declaração solene emitida perante a autoridade pública. Assim, poder-se-á perguntar o que acontece a este acto quando a paternidade é impugnada nos termos do artigo 1836.º

Em termos práticos, poderá dizer-se que o acto da Perfilhação *fica sem efeito*, já que não tem sentido mantê-lo quando ele visa acreditar a existência de um facto comprovadamente inexistente. Por outras palavras, se a Perfilhação é um meio para fixar a paternidade biológica do perfilhante, ela perde a sua razão de existir

⁽¹⁸⁾ Esta é, como se sabe, a via de ataque de uma presunção legal (ANSELMO DE CASTRO, *Lições de Processo Civil*, vol. IV, Coimbra, Atlântida, 1969, pp. 110 e 111).

⁽¹⁹⁾ *Supra*, pp. 7 a 10.

— uma razão instrumental — quando se prova que o perfilhante não é o pai ⁽²⁰⁾. Mas, para além desta atitude prática, será que podemos especificar o processo técnico de eliminação do acto jurídico cuja manutenção é injustificável? Os conceitos e os regimes próprios dos negócios jurídicos serão utilizáveis nesta hipótese ⁽²¹⁾?

1. O conceito de *invalidade* será, à primeira vista, aplicável. Com efeito pode dizer-se que o acto declarativo do perfilhante não pode valer porque, não exprimindo a realidade da filiação, contraria a necessidade de ordem pública de verdade biológica na fixação dos estados de filho. Além disto, o vício da falsidade está presente desde a génese da Perfilhação e sabe-se como os vícios genéticos estão na base das invalidades.

Procurando, depois, saber qual o tipo de invalidade aplicável, cremos que o remédio da *nulidade* se ajustaria melhor à admissibilidade de uma decisão oficiosa e declarativa de supressão do acto e cancelamento do seu registo. Note-se bem esta afirmação pressupõe que a acção de impugnação ataca a paternidade fixada, que o autor vai limitar-se a fazer uma prova que não incide directamente sobre a Perfilhação mas antes sobre a paternidade (p. ex. uma prova de incompatibilidade sanguínea) e que, por fim, não precisa de solicitar do juiz uma decisão constitutiva da invalidação do acto. Cremos que a Perfilhação não pode produzir efeitos logo que

⁽²⁰⁾ Se numa acção de investigação da paternidade, em que a lei admita presunções legais, for produzida a prova contrária da paternidade presumida, a aquisição do facto-base (p. ex. convivência notória) perde o interesse que tinha — ser a base da presunção legal — e deixa de ser eficaz.

⁽²¹⁾ Nos termos do artigo 295.º do Código Civil, «aos actos jurídicos que não sejam negócios jurídicos são aplicáveis, na medida em que a analogia das situações o justifique, as disposições do capítulo precedente» que, como se sabe, tratam de vários aspectos relativos à constituição, interpretação e invalidade dos negócios jurídicos. Esta norma estabelece um princípio geralmente aceite que, por isto mesmo, pode justificar a aplicação de regimes (e por maioria de razão o uso de conceitos) que não venham referidos na chamada *parte geral* do Código Civil.

se descubra a sua falsidade originária e que o tribunal tem o poder-dever de constatar o vício e declarar a invalidade.

À primeira vista, dizíamos, porque as observações seguintes provocam-nos dúvidas sérias.

2. Quando optámos por uma natureza não negocial da Perfilhação distinguimos o acto jurídico — declaração ou participação do perfilhante — do resultado substancial que a lei lhe vincula através de uma presunção legal — a fixação da paternidade biológica. Assim, enquanto para a doutrina negocial o acto de vontade do perfilhante se confundia com o resultado substancial (que era a produção de efeitos queridos), para nós o perfilhante limita-se a *executar* uma declaração que desperta uma iniciativa substancial da lei dirigida a fixar a paternidade. Este resultado material é, neste sentido, obra do legislador.

Sendo assim, a presunção legal é que produz o resultado conforme ou desconforme à necessidade, de ordem pública, de fixar a paternidade real; este resultado material é que pode violar essas exigências superiores e está sujeito a ser impugnado. Neste sentido, este resultado esgota o domínio em que intervém o juízo de falta de coincidência com a realidade que, por sua vez, fundamenta a correcção necessária da paternidade adquirida.

A declaração do perfilhante, pelo contrário, sendo instrumental, não viola materialmente as exigências da verdade biológica que só o resultado final, como vimos, pode ofender. Se assim for, não encontramos na Perfilhação o vício originário que justificava a invalidade (22). O mais que encontramos, quando a

(22) Note-se, porém, que isto não exclui um juízo de desvalor sobre a Perfilhação falsa em sede criminal. A declaração falsa de Perfilhação, como outra qualquer falsa declaração sobre «identidade, estado ou outra qualidade a que a lei atribua efeito jurídico» é considerada crime punível, desde que praticado com dolo ou negligência, enquanto comportamento que infringe o dever geral de prestar declarações verdadeiras à autoridade administrativa (cfr. artigo 22.º do DL 33 725, de 21-6-44).

paternidade fixada é falsa, é uma *perda da razão instrumental* para que a Perfilhação foi admitida. Ela serve para desencadear um processo de estabelecimento da paternidade verdadeira, constituindo a base de uma presunção legal; porém, no caso de impugnação procedente, constata-se que o meio utilizado falhou. A declaração do perfilhante deixa de servir.

Nestes termos, ao contrário do que tínhamos admitido, julgamos que não se deve recorrer ao conceito de nulidade para explicar a destruição jurídica da declaração emitida pelo perfilhante.

Vejamos agora se é possível utilizar aqui um outro conceito próprio dos negócios jurídicos — a caducidade.

Fala-se em caducidade quando os efeitos jurídicos de um negócio válido deixam de se produzir *ope legis*, na sequência da verificação de um certo facto jurídico *stricto sensu* (23). Dispensa-se, portanto, qualquer manifestação de vontade dirigida àquele resultado.

Esta definição, que procura situar a figura na toponímia duvidosa da ineficácia dos negócios jurídicos, tem uma natureza técnica e nada mostra do critério substancial que preside à utilização legislativa do conceito — define o regime e esconde a razão. Assim, cabe agora perguntar em que casos, e porque motivo, os negócios estão sujeitos ao regime enunciado.

A leitura das hipóteses de caducidade na lei civil — cfr. arts. 1051.º e 1052.º (do contrato de locação), 1102.º (do subarrendamento), 1114.º e 1115.º (do arrendamento para comércio ou indústria), 1141.º (do comodato), 1174.º a 1177.º (do mandato), 1621.º (da procuração para casamento), 1703.º (dos pactos sucessórios), 1716.º (das convenções antenupciais), 1751.º (do dote), 1760.º (das doações para casamento), 1766.º (das doações entre

(23) GALVÃO TELLES, *Dos contratos em geral*, 2.ª ed., Lisboa, 1962, p. 349; DIAS MARQUES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1959, pp. 269 e segs.; CUNHA DE SA, *Caducidade do Contrato de Arrendamento*, Lisboa, 1968, p. 68.

casados), 2317.º e 2319.º (das disposições testamentárias) a leitura destas hipóteses, dizíamos, mostra-nos negócios que se tornam inaptos para o fim a que se destinavam por força de várias circunstâncias — perdeu-se a coisa cujo gozo a locação facultava, morreu aquele para cujo serviço se emprestara coisa infungível, tornou-se incapaz de reger a sua pessoa e bens aquele que constituíra um mandatário, não se fez o casamento em vista do qual fora celebrada uma convenção ou fora feita uma doação, deixou de ser cônjuge aquele que era chamado à sucessão pelo facto de ser cônjuge, etc.

São negócios em que avulta um carácter vincadamente instrumental e por isso não subsistem quando a finalidade que os justifica se torna inatingível. Neste sentido, pode falar-se numa *deficiência funcional* ⁽²⁴⁾ do contrato (cuja validade, claro, não se discute), que sobrevem à celebração do negócio por força de um facto jurídico *stricto sensu*. Perdida a *razão instrumental*, o contrato não tem mais sentido, tornando-se *definitivamente inútil* ⁽²⁵⁾ para o futuro.

Supomos que esta razão funcional e a inutilidade superveniente do negócio constituem a explicação material redutora dos casos dispersos de caducidade.

Vejamos agora o que se passa quanto à Perfilhação. Recorde-se o processo lógico que decorre até ao Registo da paternidade:

Acto do per-	Presunção legal	Fixação da	Registo da pater-
filhante	→ da paternidade	→ paternidade	→ ternidade bioló-
		biológica	gica

⁽²⁴⁾ SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in «Trattato di diritto civile», dir. da GROSSO e SANTORO-PASSARELLI, vol. IV, fasc. II, p. 249, Milano, Francesco Vallardi, 1961.

⁽²⁵⁾ SCOGNAMIGLIO, *ob. e loc. cit.*; FALZEA, *apud* SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, Eug. Forcare, 1950, p. 428 (101); CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nei diritto privato italiano*, Napoli, Morano, s. d., p. 390.

Entendemos que a impugnação prevista no artigo 1836.º visa o terceiro momento que, aliás, é o mais relevante — os antecedentes são instrumentais e o subsequente é só condição de «atendibilidade» (cfr. artigo 3.º do CRC). Julgada procedente a acção, fica afastado o resultado da presunção legal, o que equivale a dizer que é afastada a presunção. Por sua vez, o acto do perfilhante — cujo interesse residia em desencadear o funcionamento da presunção, constituindo a sua base operativa — perde o sentido, torna-se inútil. A Perfilhação não pode agora servir para o fim último a que se destinava e que era o estabelecimento da paternidade (verdadeira) do perfilhante.

Tal como um negócio jurídico que cumpriu a sua missão durante certo tempo mas se tornou sem préstimo quando se verificou um certo facto *stricto sensu*, também o quase-negócio jurídico de Perfilhação serviu de base ao processo de estabelecimento da paternidade até ao momento em que, provada a não paternidade biológica do perfilhante, não pode manter o efeito que produzia.

São estas as considerações que nos levam a admitir que a Perfilhação *caduca* por força da superveniência de um facto — a prova da não paternidade do perfilhante — que a torna um acto jurídico inútil ⁽²⁶⁾.

⁽²⁶⁾ Não deixaremos de prevenir uma objecção possível. Afirmámos que a Perfilhação constitui só o facto operativo de uma presunção legal, que é a presunção legal que determina a fixação da paternidade biológica e que esta é o verdadeiro fundamento da atribuição do estado jurídico. Todavia, estas ideias parecem incompatíveis com o grande relevo que as leis do Registo Civil dão ao acto do perfilhante, designadamente quando mandam proceder aos assentos e averbamentos *da Perfilhação*, sem fazerem referência expressa à *paternidade biológica fixada*.

Supomos, porém, que isto se explica por duas razões. Por um lado, talvez as leis do Registo Civil ainda acolham a doutrina que, desprezando a interferência de uma presunção legal de paternidade, faz sobressair em todo o processo o acto da Perfilhação radicado na vontade do perfilhante, vontade que foi o suporte tradicional do «reconhecimento» da filiação «ilegítima». Por outro lado, o registo directo do acto de Perfilhação, e não de paternidade biológica fixada, permite sempre conhecer a via pela qual se estabeleceu a paternidade — Per-

filiação ou investigação judicial — o que pode interessar, designadamente para efeitos de atribuição do poder paternal (cfr. artigo 1904.º do Código Civil).

Diga-se, por último, que a atenção dispensada pelas leis do Registo ao acto do perfilhante não pode, por maior que seja, atribuir-lhe o relevo material que ele não tem e que pertence, segundo cremos, à paternidade biológica fixada pela lei.

O DIREITO DA FILIAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE (*)

Os nossos tribunais superiores pronunciaram-se algumas vezes, nos últimos anos, acerca da eventual inconstitucionalidade do art. 1860.º do Código Civil anterior à Reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro (Reforma de 1977): vejam-se, por exemplo, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1978, 23 de Fevereiro de 1978, 29 de Maio de 1979, 29 de Maio de 1980 e 24 de Junho de 1980, e os acórdãos da Relação de Coimbra e da Relação do Porto, respectivamente em 27 de Julho de 1977 e 22 de Junho de 1978.

Tratou-se de saber se o regime de investigação da paternidade previsto no Código Civil era ou não era contrário aos princípios da Constituição de 1976, designadamente aos princípios da igualdade perante a lei (art. 13.º), da protecção da identidade pessoal e integridade moral (art. 33.º), e da não discriminação dos filhos nascidos fora do matrimónio (art. 36.º, n.º 4).

A orientação dominante no Supremo Tribunal ficou claramente definida logo na primeira decisão, tirada por quatro votos contra um, e outros conselheiros confirmaram-na nos arestos seguintes — o art. 1860.º foi julgado conforme à Constituição e aos princípios nela consignados. O último dos acórdãos citados,

(*) Publicado no número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro», 1980.

de 24 de Junho de 1980, abriu excepção ao perfilhar a doutrina contrária (1).

Uma das ideias que possibilitou a orientação dominante foi a de que o art. 1860.º anterior à Reforma não restringia o direito de o filho ilegítimo investigar a paternidade, antes se limitava a garantir uma «necessária e aconselhável» segurança da prova — impunha cautelas mas não prejudicava o direito. Como já tive o ensejo de afirmar (2), discordo desta orientação. Conhecendo-se a génese do nosso sistema de investigação, na França, onde nasceu, e a sua história nos outros países latinos, é forçoso concluir que o objectivo das «condições de admissibilidade» foi o de reduzir as possibilidades de investigação aos casos em que o pretense pai accitava o filho como seu, embora informalmente (posse de estado, escrito do pai e, de certo modo, convivência notória) ou em que ele se tinha colocado na posição de merecer uma censura e um castigo (violência, rapto, sedução). O investigador não tinha o direito de obter a imposição judicial da paternidade pela simples prova da filiação biológica, embora esta pudesse ser indiscutivelmente certa; só tinha o direito de estabelecer a filiação quando pudesse deixar o progenitor em condições de não merecer o benefício da impunidade (3). A preocupação da segurança da prova, passada de mão em mão, de boa-fé, na jurisprudência e na escassa doutrina portuguesa sobre a matéria, surge afinal como um argumento que esconde o intuito fundamental do regime de investigação condicionada. Aliás, as regras do processo civil e das acções de estado

(1) Embora o problema da inconstitucionalidade do art. 1860.º não fosse o tema do recurso e da decisão.

(2) «Investigação de paternidade ilegítima: inconstitucionalidade do art. 1860.º do Código Civil», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXIV, n.ºs 1, 2, 3, Coimbra, Janeiro-Setembro de 1977, p. 168.

(3) Estas afirmações não são produto de vozes isoladas e excêntricas da doutrina estrangeira; na verdade elas podem encontrar-se, com maior ou menor nitidez, em juristas como SAVATIER, CARBONNIER, UGO MAGELLO, MANUEL DE ANDRADE, etc.

já bastariam para acautelar a seriedade da prova; com efeito, mesmo que se deixe ao investigador toda a liberdade de provar a paternidade biológica, ele fica com o ónus de convencer o juiz, que é livre de apreciar os factos e de decidir contra o autor, como noutra acção qualquer. Talvez por ser assim é que não parece ter havido nunca um receio especial de erros judiciários em investigação de paternidade; os nossos tratadistas do direito anterior ao Código de Seabra, quando a acção era livremente admitida, afirmavam que a prova era difícil mas não manifestavam um tal receio de erro que os levasse a sentir necessidade de restringir a acção através das condições de admissibilidade.

A jurisprudência em apreço baseou-se também na ideia segundo a qual os princípios constitucionais alegados não tinham «qualquer relação com a investigação da paternidade»; não havia nada «na Constituição que se refira, quer directa, quer indirectamente, ao assunto».

Também não posso aderir a estas afirmações. Parece justo dizer que o direito de estabelecer juridicamente a paternidade, e a extensão com que a lei admite este direito, relaciona-se com a garantia fundamental da identidade e integridade pessoais e, se se tratar de filhos nascidos fora do matrimónio, relaciona-se com a tutela que o sistema dispensa a uma certa categoria de cidadãos que têm sido penalizados por motivo da sua condição social de ilegítimos.

Por outro lado, é forçoso concluir que o sistema do art. 1860.º revogado criava uma desigualdade, um desfavor, para o filho nascido fora do casamento, relativamente ao filho nascido do matrimónio — embora se tratasse, num caso e noutro, de provar a paternidade biológica, a prova que a lei exigia era diferente, num e noutro caso. Na verdade, o filho do casamento, para provar a filiação biológica, gozava de uma presunção legal que, invertendo o ónus, estabelecia automaticamente a paternidade; o filho nascido fora do casamento, não só não gozava, por razões compreensíveis, da inversão do ónus, mas também a prova que tinha de fazer era diferente — era a prova da filiação biológica e ainda a prova

de um dos pressupostos de admissibilidade. Neste esforço probatório suplementar é que estava, nitidamente, o desfavor e a desigualdade inconstitucional. Como disse, porém, os nossos tribunais superiores não têm reconhecido nisto mais do que uma cautela, sem importar restrição do direito de investigar; não admira que, chegados ao ponto de apreciar a desigualdade não a tenham achado relevante.

Outra ideia claramente expressa no citado acórdão da Relação do Porto e no acórdão do Supremo Tribunal de 29 de Maio de 1979 merece ser realçada pelo relevo dogmático que tem. Diz-se no primeiro aresto «... só depois de declarado que certo indivíduo é filho de outro é que a lei fundamental entrará de proibir que se faça discriminação entre os filhos nascidos de matrimónio e fora dele...»; e na segunda decisão «No caso vertente, a recorrente não tem ainda a qualidade de filha do recorrido, pelo que não pode invocar qualquer discriminação». Ou seja, na opinião destes tribunais o art. 36.º, n.º 4, da lei fundamental, estabelece a regra da igualdade dos *efeitos* da filiação, mas não é aplicável ao *reconhecimento jurídico* dela, à *constituição do estado* de filho.

Não é fácil descortinar o motivo desta interpretação restritiva que o texto legal não sugere e a razão tão pouco aconselha. Talvez se tenha entendido que antes do reconhecimento do vínculo, na acção de investigação, a lei não dá eficácia jurídica à filiação *de facto*, e por isso é absurdo invocar um princípio de igualdade relativamente aos filhos do casamento. Mas contra isto dir-se-ia que, antes de assumir um carácter jurídico pleno de efeitos, toda a filiação é uma filiação *de facto* e a toda deve ser reconhecido o mesmo direito de aceder ao mundo da eficácia jurídica; dir-se-ia que é justamente antes do reconhecimento jurídico que os filhos nascidos fora do casamento mais precisam da tutela constitucional, de um direito incondicionado que lhes permita estabelecer os vínculos de parentesco; dir-se-ia que, na interpretação que se discute, não haveria inconstitucionalidade nem quando a lei proibisse toda a investigação da paternidade (como no domínio do

Código de Napoleão, excluída a hipótese de ter havido rapto) ou quando a lei, por absurdo, vedasse o próprio estabelecimento da maternidade fora do casamento; dir-se-ia, por fim, que os investigadores nem sequer são meros filhos *de facto* pois têm a maternidade estabelecida (salvo o caso raro de reconhecimento simultâneo da maternidade e da paternidade) e são, pois, filhos juridicamente reconhecidos e nascidos fora do casamento da mãe.

Merece ainda uma observação o aresto de 29 de Maio de 1980, na parte em que argumenta com o art. 177.º do Decreto-Lei n.º 496/77.

Se entendo bem, o Supremo Tribunal afirma que o legislador de 1977, ao estabelecer o princípio de não aplicabilidade do novo regime às acções pendentes, dispôs em concordância com a orientação que tem sido seguida pelo Tribunal Superior, em vez de secundar a interpretação minoritária que o citado aresto combate. Salvo erro, porém, o princípio da não aplicabilidade às acções pendentes não tem nada a ver com o assunto que se debate, e não abona qualquer das duas orientações. O legislador ordinário tinha competência para estabelecer o princípio, e fê-lo, garantindo que as acções não tivessem sorte diferente consoante a rapidez da tramitação; mas isto é muito diverso do problema de saber se o velho regime do art. 1860.º caducou ou não, em Abril de 1976, por inconstitucional; — e nesta questão os tribunais não tinham competência para escolher uma solução parecida com aquela, mantendo o regime em vigor para que as causas pendentes fossem resolvidas do mesmo modo que as transitadas em julgado. As acções pendentes, apesar de sofrerem um tratamento diferente das anteriores, deviam proceder com base na prova da filiação biológica — excluída a exigência inconstitucional da «condição de admissibilidade» e excluída a aplicação do novo regime das presunções legais em obediência ao art. 177.º Tratava-se, assim, de dois problemas distintos e com uma natureza técnica tão diferente que a solução de um não poderia influenciar ou abonar a solução do outro.

A última decisão citada — de 24 de Junho de 1980 — aceita a opinião de que o art. 1860.º anterior à Reforma de 1977 con-

trariava princípios relevantes da nossa lei fundamental. É a opinião que venho apoiando.

Aliás, desde há alguns anos que, no estrangeiro, os regimes idênticos ao da nossa lei anterior vinham sendo acusados de violarem o princípio da igualdade entre os filhos. Assim, largos sectores da doutrina italiana ⁽⁴⁾, mesmo perante um texto constitucional que parece admitir alguma discriminação, entendiam que a investigação condicionada excedia os limites da desigualdade porventura admissível. No mesmo sentido, o relator especial da Sub-comissão de luta contra as medidas discriminatórias e da protecção das minorias, da Comissão dos direitos do homem e do Conselho económico e social das Nações Unidas, considerou este tipo de normas como a mais séria forma de discriminação directa que pode ser estabelecida pela lei contra pessoas nascidas fora do casamento ⁽⁵⁾. Por razões idênticas, certamente, é que o Conselho da Europa sugere a revogação de todo o condicionamento das investigações de paternidade ⁽⁶⁾.

*
* * *

Dois acórdãos de 29 de Maio de 1979 apreciaram recursos em matéria de investigações da paternidade, a que se aplicava a lei anterior à Reforma de 1977 e em que se discutiu o conceito de sedução (cfr. *BMJ* n.º 287, pp. 322 e segs. e 327 e segs.).

O que referi em segundo lugar e culminou o processo n.º 67 361 fazia aplicação do art. 1864.º, 1.ª parte (sedução sim-

⁽⁴⁾ UGO MAGELLO, *Della filiazione illegitima e della legittimazione*, Roma, Soc. Ed. del Foro italiano, 1969, p. 160-163, e autores citados.

⁽⁵⁾ VOITTO SAARIO, *Etude des mesures discriminatoires contre les personnes nées hors mariage*, New York, Nations Unies, 1968, p. 20-21.

⁽⁶⁾ Segundo a «Lettre d'information sur les activités législatives» (n.º 27 Mars-Mai 1977, p. 1) *apud* Van HONSTÉ — *La condition juridique des enfants naturels: passé, présent et avenir*. Bruxelles, Cour d'Appel, 1977, p. 41, nota 82 ter.

ples). Os factos provados mostravam que, na época da concepção, tinha havido entre o réu e a mãe da autora uma certa intimidade e confiança, ressalvadas as diferenças de hierarquia social e doméstica que os separavam; deu-se como provado, também, que ambos tinham mantido relações sexuais, por duas vezes, e que a mulher foi fiel; mas nada se alegou ou provou no sentido de mostrar qualquer comportamento da parte do réu que pudesse ter determinado a vontade da mulher.

É este último ponto que interessa salientar, pois que a nossa jurisprudência dominante sempre exigiu a articulação e a prova de factos que mostrem, da parte do réu, a utilização de meios enganosos destinados a provocar a adesão da mulher à prática da cópula. Nesta sentença, pelo contrário, o Supremo Tribunal prescindiu dessa alegação e, supondo a mulher «honesta e virgem», numa «época em que os costumes eram mais morigerados», presumiu a utilização dos meios determinantes: «(...) *honesta e virgem*, não era natural que a mãe da autora se entregasse a qualquer homem sem que tivesse havido deste motivos que a tal a determinassem». Estes motivos presumidos, e certas condições externas propiciatórias («(...) encontrando-se a sós com o réu, sobrinho prestigiado do dono da casa onde trabalhava várias vezes, comia e pernoitava, e junto de quem fazia recados (...)») permitiram ao Supremo Tribunal concluir que a mulher «(...) *se deixou levar pelas circunstâncias descritas*, a entregar-se-lhe (...)».

No outro aresto, com a mesma data, tratava-se de interpretar e aplicar a 2.ª parte do art. 1864.º, pois tinham sido alegados factos que se pretendia integrar no conceito de sedução com abuso de confiança. Estes factos mostravam *grosso modo* um namoro dedicado, com a duração de cerca de um ano e uma publicidade sem reservas, em que o pretenso pai e mãe da autora, de 19 anos, mantiveram relações sexuais frequentes, num quarto alugado pelo réu, e «(...) sob pretexto de ir ouvir discos (...)»; provou-se que a mãe foi fiel ao pretenso pai; considerou-se também a circunstância de o réu e a mãe da autora terem sido companheiros de catequese, o que terá favorecido a relação de confiança que mantinham.

E nada mais, para além de passeios de automóvel e outras atitudes próprias de um namoro vulgar. Nestas condições, o Supremo Tribunal afirmou que «(...) partindo da confiança que ele lhe inspira, a A... que é rapariga séria e honesta (e nós diremos honrada) acede não só a dar passeios de automóvel como a ir para o quarto alugado pelo réu e tendo-se demonstrado que esses actos foram o prelúdio das relações carnavais entre ambos, não poderá logicamente excluir-se que o investigado tenha usado de meios psicologicamente suasórios para vencer a natural resistência da mãe da investigante». Deste modo, presumiu-se o comportamento sedutor do pretense pai, as manobras tendentes a conseguir a adesão da mulher ao projecto sexual; e deve notar-se que, nesta hipótese de sedução qualificada, a orientação tradicional só consideraria relevante a prova de um comportamento sedutor que se traduzisse numa «violação de um dever de confiança» (ALBERTO DOS REIS (7)) «(...) em termos de se lhe poder atribuir uma culpa grave no caso, aparecendo a mulher como vítima digna de toda a comiseção» (MANUEL DE ANDRADE (8)).

No que respeita ao requisito da notoriedade o Supremo Tribunal omitiu qualquer referência; terá admitido, de uma forma muito liberal, que era suficiente a publicidade do próprio namoro, desde que considerou provado o abuso da relação de confiança (9).

Estas decisões lembram a corrente jurisprudencial que sustentou, há vários anos, a conveniência de se ser pouco exigente no que respeitava à caracterização e prova dos pressupostos da admissibilidade quando se encontrasse provada a filiação biológica,

(7) *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 81.º, p. 339.

(8) «A sedução com abuso de autoridade», *Scientia Juridica*, ano III, p. 35.

(9) Recordo a afirmação de ARALA CHAVES — «O que em critério liberal poderá aceitar-se é que, provado que o consentimento da empregada doméstica foi alcançado por abuso de confiança ou abuso de autoridade do patrão logo esta relação de dependência ou de convívio bastarão para satisfazer o requisito da notoriedade, também pela lei exigido». (Acórdão do S.T.J. de 2 de Maio de 1975, in *BMJ* n.º 247).

como era o presente caso. Mas não foi esta a razão específica que ditou uma liberalidade tão grande na interpretação das normas legais. O que motivou os julgadores terá sido o desejo de aproximar a lei velha, aplicada ao caso, da lei nova que estava em vigor no momento da decisão.

Este propósito parece claramente enunciado na sentença mencionada em segundo lugar: «A extinção das condições de admissibilidade, que (...) cerceavam a atribuição da paternidade ilegítima, (...) não pode deixar insensíveis as concepções da jurisprudência hodierna». E mais adiante o Supremo admite que a negação da existência do abuso de confiança pela 2.ª instância tivesse sido «(...) o produto do juízo apressado formado sobre as opiniões de consagrados juristas que fizeram a sua época e com alheamento das circunstâncias do caso em apreço que na verdade se lhes não ajustam».

Isto é, sentindo a obrigação de manter a vigência do art. 1860.º anterior à Reforma de 1977 (10) e as restrições à investigação que ele impunha, o Supremo Tribunal procurou interpretar a lei de forma que as duas causas fossem admitidas, sendo certo que não havia dúvida em considerar provada a filiação biológica. Mantendo-se nos limites do texto, o Supremo fez valer um sentido de circunstancia que lhe permitiu fazer justiça nos casos concretos.

Os conceitos liberais de sedução e de abuso de confiança, e a liberalidade implícita (ou o menosprezo?) na questão da notoriedade tiveram, assim, uma justificação particular que não pode generalizar-se. Por estas razões é que os arestos proferidos, apesar da importância que tiveram, como actos de jurisprudência realista e hábil, não podem constituir precedente, para o futuro (11).

(10) O problema foi expressamente tratado na primeira parte da decisão mencionada em primeiro lugar.

(11) Isto não quer dizer, obviamente, que seja forçoso ou até desejável o regresso puro e simples da dogmática tradicional sobre a sedução, em novas causas sob a vigência do art. 1871.º do Código Civil. Na verdade, o conceito é usado hoje com uma intenção muito diferente daquela que teve no âmbito das

*
* *
*

Outra questão que mereceu o cuidado do Supremo Tribunal foi a determinação do foro competente para a regulação do poder paternal, na sequência de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens.

A criação dos Tribunais de Família no início da década passada obrigou a uma distribuição das competências, em matéria tutelar civil, entre aqueles e os Tribunais de Menores.

No quadro legal vigente até há pouco tempo, isto é, no âmbito da O.T.M. anterior à Reforma de Outubro de 1978 e do Decreto n.º 8/72, de 7 de Janeiro, foram proferidos, pelo Supremo Tribunal de Justiça, dois acórdãos contraditórios sobre a mesma questão de direito: o acórdão de 29 de Novembro de 1977 e o acórdão de 2 de Março de 1978 (o primeiro inédito e o segundo publicado no *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 275, p. 111). Enquanto o primeiro entendia que o Tribunal de Menores da residência dos filhos de divorciados era o foro competente para regular o exercício do poder paternal, na sequência do divórcio dos pais, o segundo acórdão mencionado entendeu que o foro competente era o Tribunal de Família onde tinha sido decretado o divórcio.

Em 24 de Julho de 1979 o Supremo Tribunal de Justiça tirou um assento que consagrou a segunda das orientações em conflito: afastando a solução que resultaria do art. 39.º da O.T.M. (na redacção antiga) e fazendo aplicação da norma especial contida no art. 2.º, n.º 1, al. f), do Decreto n.º 8/72, determinou que «Em caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens decretados por um Tribunal de Família a este compete a regulação consequente do exercício do poder paternal».

leis anteriores, e isto terá, por certo, consequências; como exemplo, que valor tem o abuso de confiança do ponto de vista da probabilidade do vínculo biológico e não do ponto de vista da censura e castigo do pretense pai?

Em 14 de Novembro de 1979, foi proferido outro acórdão que diverge da norma do assento. O Supremo Tribunal entendeu que o regime do assento dirimia a contradição que se verificava no quadro da lei vigente ao tempo em que as decisões contrárias haviam sido proferidas, mas não estabelecia norma obrigatória desde que o Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro, dando nova redacção à O.T.M., alterou o quadro legal. No âmbito da lei que hoje vigora só cabe ao Tribunal de Família regular o exercício do poder paternal, em detrimento da competência do foro da residência do menor, quando a acção de divórcio ou de separação de pessoas e bens esteja pendente em juízo — «(...) se encontre a correr termos em tribunal de família (...)» (art. 154.º, n.º 1, da O.T.M.); já não lhe caberá tal competência quando a acção de divórcio ou de separação tiver transitado em julgado.

Por outras palavras: enquanto na doutrina do Decreto n.º 8/72 e do Assento que a interpretou havia uma conexão relevante entre a acção principal e a acção consequente mesmo que a primeira já tivesse transitado em julgado, no actual regime da O.T.M., aplicado pelo Acórdão de 14 de Novembro de 1979, só há conexão relevante quando a primeira acção está ainda pendente em juízo.

Nestas condições, os motivos que justificam a atribuição de competência ao foro onde o menor reside — o «(...) desejo de que os processos sigam os seus termos no tribunal onde seja mais fácil reunir os elementos necessários à conveniente e eficaz defesa dos respectivos interessados» (Assento cit.) — só cedem perante as vantagens de entregar a regulação do poder paternal a um foro que, além de ser especializado, se encontra a ponderar a situação dos pais e da família, beneficiando, pois, de uma situação privilegiada relativamente a qualquer outro.

*
* *

Um outro problema que os nossos tribunais têm debatido é o da possibilidade de os menores virem a juízo representados pelo

Ministério Público, em acções de investigação ou de impugnação. O problema surge porque, em lugar da norma antiga que atribuía esta competência ao Ministério Público (Estatuto Judiciário, art. 185.º, alínea e)), vigora o art. 5.º da Lei n.º 39/78, de 5 de Julho, que não diz nada acerca desta matéria particular.

A jurisprudência tem andado dividida — vejam-se, p. ex., os acórdãos de 8 de Junho de 1979, da Relação de Lisboa; de 28 de Julho de 1979, da Relação do Porto; de 15 de Maio de 1980, 22 de Maio de 1980 e 3 de Junho de 1980, do Supremo Tribunal de Justiça, que decidiram contra a intervenção do M.P. Os acórdãos de 3 de Julho de 1978, da Relação de Lisboa; de 21 de Novembro de 1979, 10 de Janeiro de 1980, 19 de Março de 1980 e 17 de Junho de 1980, do Supremo Tribunal de Justiça, pelo contrário, e entre outros, mantiveram o regime tradicional ao admitir aquela intervenção.

Por conveniência de exposição chamarei orientação *negativa* àquela que nega o poder de representação do M.P.; e orientação *positiva* àquela que lhe reconhece esta competência.

A orientação negativa baseia-se na circunstância, já referida, de a nova lei não incluir a faculdade de propôr acções em nome dos incapazes, no rol das competências do Ministério Público; por outro lado, os defensores desta tese não aceitam que o art. 10.º, n.º 2, da Organização Tutelar de Menores, ao atribuir competência aos curadores para agir em juízo, valha como um princípio geral de representação de incapazes, dado que se integra num diploma específico referente a providências tutelares e dado o carácter excepcional que deve assumir a intervenção do Estado nos assuntos de ordem pessoal-familiar.

Pelo contrário, a opinião positiva funda-se no interesse público da verdade dos estados de filiação e dos registos que os atestam; apoia-se no art. 5.º, alínea a), da Lei n.º 38/78, segundo a qual o Ministério Público deve «representar o Estado e as pessoas a quem o Estado deva protecção», como os menores (Constituição da República, art. 69.º, n.º 1); alega o disposto no art. 3.º, n.º 1, alínea h), da mesma lei, nos termos da qual o Ministério Público deve intervir em todos os processos «que envolvam interesse público»; e invoca o citado art. 10.º, n.º 2, da Organização Tute-

lar de Menores, entendido, apesar de tudo, como um princípio geral de representação de incapazes.

A omissão da faculdade de intentar acções em nome dos menores, na Lei n.º 38/78, é flagrante e impressionante. Com efeito, o legislador manteve quase integralmente o texto do Estatuto Judiciário que discriminava as competências do Ministério Público como parte principal: mas eliminou toda a antiga alínea e) que lhe permitia a representação activa dos incapazes. Aparentemente, a supressão é demasiado clara para ter sido involuntária. Dir-se-à que era inútil especificar o que, afinal, resulta de outras normas; porém, o legislador não seguiu este critério de economia de meios àcerca das outras matérias em que discriminou as faculdades de intervenção do Ministério Público, e estas não resultariam com menor facilidade das tais outras normas genéricas.

Estamos, assim, perante uma lei nova que *regula globalmente* as funções e o regime de intervenção do Ministério Público e que manteve quase integralmente o texto anterior, com a excepção flagrante de não admitir expressamente um princípio geral de representação activa dos incapazes.

Para além do argumento que se retira do texto da nova Lei n.º 38/78, deve reconhecer-se que a lei civil (Código Civil, Código do Registo Civil, Organização Tutelar de Menores) se ocupa detalhadamente do modo de intervenção principal do Ministério Público, em várias matérias que dizem respeito ao estabelecimento da filiação. Assim, é pertinente a ideia de que a faculdade de intervenção do Ministério Público se encontra expressamente prevista em casos típicos, assumindo uma feição particular consoante os interesses relevantes, pelo que não tem sentido a consagração de um princípio geral. Esta ideia, aliás, conforta-se com a velha tradição de relutância que domina a ingerência do Estado nos assuntos da Família (tema especialmente focado no acórdão da Relação do Porto).

Poderá ripostar-se que o Estado alarga progressivamente a sua influência no seio da Família, que os princípios constitucionais

de 1976 reclamam uma norma geral de intervenção que não se reduza às hipóteses previstas; porém, não é sustentável que as garantias institucionais dos arts. 67.º ou 69.º da Lei Fundamental não se satisfaçam com uma certa regulamentação ordinária compatível com a aspiração de proteger a infância e a família, no âmbito que nos ocupa, como é a da lei civil.

O art. 10.º, n.º 2, por outro lado, é um mau artigo: refere-se aos curadores dos tribunais de menores como se estes ainda se ocupassem de acções tutelares cíveis; e o diploma em que se integra chega a ser confuso ou pouco rigoroso — o que, junto, desabona a equiparação do art. 10.º à norma antiga do Estatuto Judiciário.

Por fim, tem de admitir-se que o reconhecimento de um princípio geral de representação activa dos menores, ao lado das faculdades de intervenção expressamente previstas na lei civil, gera alguma perplexidade, do ponto de vista técnico: o Ministério Público pode intentar uma acção de investigação de paternidade, em representação do menor, embora tenha caducado o direito de agir oficiosamente ou a acção de investigação, no termo da averiguação oficiosa, tenha sido julgada inviável por insuficiência de provas.

Creio, pois que é defensável a orientação negativa da competência do M. P. Admito, porém, que a solução contrária seja a mais conveniente, do ponto de vista prático.

Em primeiro lugar, julgo que os autores da Lei n.º 38/78 não tiveram o propósito de modificar o regime anterior; seria de esperar, aliás, que uma alteração destas tivesse sido debatida ou, ao menos, manifestada.

Além disto, é razoável admitir que a intervenção do Ministério Público faz falta, em termos práticos. O sistema legal prevê, é certo, os meios aparentemente suficientes para garantir ao menor o exercício dos seus direitos — representação legal, curadoria especial. Todavia, a debilidade económica, o temor da justiça, o simples desleixo ou a irreflexão, acabam por deixar o menor sem a tutela que o seu interesse, e o interesse geral, aconselhariam. Creio que é nestas situações que o Ministério Público tem cum-

prido uma função relevante e jamais foram apresentadas razões bastantes para alterar a prática corrente.

Falar-se-á, como no acórdão de 3 de Junho de 1980, no perigo de o M. P. não conseguir obter os elementos suficientes para a propositura da acção, e de a perder, comprometendo uma acção futura; ou então, falar-se-á no perigo de M. P. fazer um mau juízo acerca da conveniência ou da oportunidade da impugnação, lesando gravemente o interesse do filho.

Todavia, não será grande o risco de o M. P. propor uma acção com poucas probabilidades de êxito; na verdade, o M. P., habituado como está nestas questões de filiação a ponderar especialmente a viabilidade dos pedidos, estará consciente do melindre de uma impugnação falhada, agirá solicitado por particulares que o ajudarão na recolha das provas, e formará o juízo de que a sua inércia e o adiamento da impugnação até à maioria do filho ou ao aparecimento de um curador especial diligente pode comprometer a frescura das provas e o êxito do pedido. No que respeita ao risco de uma acção inoportuna ou inconveniente para os interesses do menor poderá aceitar-se que o risco existe mas valerá a pena corrê-lo pelo benefício que mais provavelmente se pode tirar; diga-se de passagem que a lei não se preocupa muito, em geral, com este risco, pois subordina a actuação do M. P. a um puro critério de verdade biológica e obriga-o a investigar a paternidade ou a impugnar a perfilhação sem que o M. P. possa ajuizar das vantagens ou inconveniente que a descoberta da verdade biológica pode acarretar para os interesses concretos do menor.

Quanto às hipóteses em que a representação dos menores possa dar lugar a alguma «deselegância» técnica — casos de improcedência, caducidade ou despacho de inviabilidade no processo oficioso seguido de nova acção do Ministério Público em representação do incapaz — diga-se que o objectivo pode ser justo, conforme aos interesses do menor. Na verdade, a nova acção pode ser o meio eficaz de apresentar uma prova de que não se dispôs oportunamente, ou de tentar uma investigação que parece viável ao Ministério Público da comarca competente, por

motivos fundados, embora tivesse parecido inútil às autoridades que, noutro lugar, proferiram o despacho de inviabilidade.

Creio que os defensores da solução *positiva* foram sensíveis a estas razões. Elas aconselharam-nos a manter o regime tradicional embora suportando o risco de exhibir *uma fundamentação técnica de emergência*, na falta de um texto legal inequívoco.

Com certeza que não tardará uma providência vinculante que reponha claramente o princípio geral da representação dos incapazes e acabe com uma divergência que ninguém parece ter querido; pelo menos até se encontrar a oportunidade de fazer um estudo mais profundo que a matéria reclama por motivos que não cabe aqui analisar.

*
* * *

No que respeita à demonstração do vínculo biológico (na ausência de presunções legais do art. 1871.º), continua a ser jurisprudência dominante aquela que exige do autor a prova da fidelidade da mãe ou da exclusividade das relações sexuais provadas; porém, a opinião que comete ao réu o ónus de provar a infidelidade ou a *exceptio plurium* é frequentemente defendida pelo Ministério Público, e colheu a adesão dos tribunais superiores, algumas vezes (Relação de Lisboa, em 16 de Janeiro de 1974 e em 6 de Julho de 1977; Relação do Porto, em 21 de Novembro de 1975; Supremo Tribunal de Justiça, em 21 de Novembro de 1979 e em 19 de Março de 1980).

Segundo a tese que ainda prevalece a fidelidade da mãe é um facto constitutivo do direito invocado pelo autor, pois é a exclusividade das relações sexuais entre a mãe e o pretense pai que faz a prova cabal do vínculo biológico. A fidelidade, sendo a ausência de relações com terceiro aptas à procriação, é um facto negativo que é difícil de provar directamente, com certeza absoluta; porém, os tribunais têm-se contentado com uma certeza «moral», «prática», suficiente para reger as coisas da vida, que

resulta do consenso público acerca da mãe, da personalidade que ela exhibe perante o tribunal através dos factos que chegam ao conhecimento do juiz. As fórmulas que exprimem esta «certeza prática» são conhecidas: «(...) não consta que ela tivesse mantido relações sexuais com outrem (...), e é tida no melhor conceito por toda a gente (...)\», «(...) não há a mínima suspeita (...)\», «(...) não lhe são apontados actos desonrosos, desonestos ou desabonadores (...)\», etc.

A orientação contrária que, aparentemente, duvida da segurança destes juízos e busca uma prova mais nítida, prefere deixar ao réu o ónus de provar a infidelidade, através da clara excepção *plurium concumbentium*. Assim, o autor prova a coabitação da mãe e do pretense pai; a fidelidade, «como normalidade que é», presume-se; e o réu tem de mostrar a existência de relações concorrentes sob pena de perder a acção.

Sem prejuízo do estudo mais demorado que o assunto merece, valc a pena fazer algumas observações.

A circunstancia de se exigir do autor só a prova da coabitação e de se presumir a fidelidade da mãe até à prova da *exceptio plurium* significa que o autor beneficia de uma inversão do ónus da prova fundada na simples demonstração das relações sexuais. Tanto é assim que o réu, se não conseguir provar uma coabitação com outro homem, se não cumprir o ónus de provar este facto impeditivo, sofre a consequência típica da condenação no pedido e, portanto, fica estabelecida a paternidade. Em termos práticos, isto quer dizer que, para além das presunções legais do art. 1871.º, o tribunal cria uma nova presunção de paternidade.

Admitindo que o tribunal acaba por gerar esta nova presunção de paternidade, temos de convir que ela não se integra bem no sistema legal vigente.

Nas hipóteses previstas no art. 1871.º a inversão do ónus da prova pretende justificar-se com uma ideia de probabilidade do vínculo biológico (embora com imprecisões que não vêm ao caso) — a probabilidade forte é, afinal, a razão íntima de qualquer presunção. Assim, a posse de estado e o escrito do pai fazem

supor a existência de uma coabitação de que resultou o nascimento do filho; a convivência notória e a sedução mostram a existência de relações sexuais e fazem supor que o filho nasceu desta coabitação. Digamos que nos dois primeiros casos a lei presume a coabitação e presume a exclusividade; nos dois últimos, sendo a coabitação ostensiva, a lei presume a exclusividade.

Sendo assim, parece claro que o sistema legal é exigente no que respeita à presunção de fidelidade da mãe: só a prova das circunstâncias especiais definidas no art. 1871.º parece suficiente para se garantir a exclusividade. A simples prova da coabitação parece não bastar; de outro modo, o autor não teria qualquer vantagem em invocar algumas das alíneas do art. 1871.º, especialmente as que definem o concubinato duradouro ou a sedução qualificada, que envolvem a prova da coabitação mas provam mais do que ela.

Pode dizer-se, também, que a presunção de fidelidade da mãe ou a presunção de paternidade que dela resulta, acaba por querer ser mais forte do que as presunções legais do art. 1871.º Tal como foi aplicada nas recentes decisões que citei, o réu só poderá obstar à procedência do pedido se conseguir provar o facto impeditivo — a coabitação concorrente. Em vez disto, o réu contra o qual se alega uma das presunções legais pode defender-se não só com a *exceptio plurium*, mas também com quaisquer outros factos susceptíveis de produzir «dúvidas sérias» acerca da sua paternidade (p. ex., exames científicos, costumes licenciosos da mãe). Assim, a mera prova da coabitação e a presunção de fidelidade só cedem com a *prova contrária* do facto presumido, enquanto as presunções legais ficam paralisadas com *menos* do que isso; apesar de serem mais fortes, de encerrarem nos seus termos uma probabilidade mais forte do vínculo biológico.

Suponho que um exemplo simples é capaz de esclarecer as afirmações anteriores: o autor fundamenta o pedido em factos que integram o conceito de sedução qualificada por promessas de casamento; o réu, beneficiando de uma prova de sangue ou de um exame do grau de maturidade logra produzir «dúvidas sérias»

que inibem a presunção legal, mas não consegue provar a *exceptio plurium*. Uma aplicação estrita da opinião que se vem apreciando levaria à condenação no pedido com base na simples prova da coabitação e na falta de prova da *exceptio*; todo o outro esforço processual, com base no art. 1871.º, teria sido inútil, e a prova da coabitação valeria mais do que a prova da sedução qualificada.

Claro que esta incongruência não existiria se, quebrando o rigor dos princípios, o tribunal presumisse a fidelidade mas ilidisse esta presunção com a simples prova de factos susceptíveis de criar dúvidas sobre ela; isto é, em vez de exigir que o réu destruísse a fidelidade presumida com a prova da coabitação concorrente, se bastasse com dúvidas acerca da fidelidade. Tratar-se-ia, afinal, de seguir a mesma disposição que o legislador adoptou quando admitiu que as presunções legais cedessem perante «dúvidas sérias» e não com a prova do contrário (cfr. art. 350.º, n.º 2); também aqui, o facto impeditivo cuja prova o tribunal cometia ao réu não seria o contrário da fidelidade mas algo menor: dúvidas sobre a fidelidade. Assim, contra uma probabilidade que resulta da coabitação e que é mais fraca do que a que está implícita nas situações previstas no art. 1871.º, o réu poderia invocar uma defesa mais fraca e acessível, em vez de se lhe exigir a prova da infidelidade, *exceptio plurium*.

Mas ainda que a doutrina agora apreciada assumisse esta feição menos radical e mais justa e consentânea com o quadro legal vigente, ainda assim mereceria novas críticas.

Em primeiro lugar, creio que esta doutrina define a presunção de fidelidade da mulher de um modo que não satisfaz a exigência de rigor, nesta matéria.

Trata-se da afirmação abstracta de uma regra de experiência (porventura discutível) erigida em presunção, com desprezo pelos factos concretos que modelam o caso e pela mulher concreta que é a mãe do autor. Na verdade, é uma «presunção» de fidelidade das mulheres e não uma presunção de fidelidade da mãe do autor. A definição conveniente desta presunção de fidelidade é uma definição concreta: perante a coabitação demonstrada e o contexto

interno e externo em que se verificou, é de supor que a mãe do autor não coabitou com outrem; isto é, com base num conjunto de factos provados e recorrendo a regras de experiência, pode concluir-se que a mãe do autor foi fiel ao réu e, por isso, ele é o pai. Suponho que o juízo de exclusividade tem de ser formado deste modo, sob pena de perder de vista a realidade do caso e acabar por ser apenas uma ficção operativa que permite atribuir ao réu o ónus de provar a *exceptio plurium*.

Porém, a definição concreta desta presunção supõe que o autor alegue e prove mais do que as relações sexuais — supõe a prova das tais circunstâncias subjectivas e objectivas que permitam ao tribunal presumir a exclusividade das relações e, por consequência, estabelecer a paternidade do réu. O autor não tem de provar um facto negativo — a ausência de coabitação com terceiro — mas sim factos positivos e negativos, ligados à pessoa da mãe e às circunstâncias exteriores, que permitam ao tribunal concluir que, segundo as regras de experiência, uma mulher como a mãe do autor, colocada nas circunstâncias do caso, teria sido fiel ao pretense pai.

Creio, aliás, que este é só um outro modo de exprimir aquilo que a jurisprudência dominante tem feito; quando os tribunais procuram encontrar uma base factual que lhes permita afirmar a seriedade ou «bons costumes» da mãe, que «não há suspeita» de infidelidade, estão, afinal, a procurar os factos conhecidos sobre que assentam o que supõem ser as regras de experiência e normalidade, para tirar a ilação que os leva ao facto desconhecido — a fidelidade da mãe ao pretense pai. Os tribunais socorrem-se de uma presunção judicial, baseada em factos concretos e provados.

Este modo de entender as coisas, além de satisfazer melhor os princípios técnicos que regem a identificação da causa de pedir e a utilização da prova por presunções, contribuirá para levar à causa o maior número de factos relevantes e, assim, para favorecer uma decisão justa. O autor não se reduz à prova da coabitação, como o réu não esgota a sua actividade na prova da *exceptio*

plurium (por vezes inventada, outras tantas lamentavelmente omitida?); ambas as partes terão de fornecer ao tribunal um quadro rico de circunstâncias. E isto parece-me necessário em acções deste género, em Portugal, porque não temos meios processuais (intervenção de terceiro) adequados e, principalmente, não temos os meios científicos de investigação da paternidade biológica. O caso da República Federal Alemã é elucidativo: a acção começa com a simples prova da coabitação e tanto basta para o juiz conduzir o pleito com poderes ilimitados, obrigar os intervenientes a sujeitar-se a exames laboratoriais, e obter resultados científicos acerca do vínculo biológico. A prova da coabitação basta porque é um simples pretexto para uma inquirição segura, de carácter científico. A «presunção» de paternidade que dela resulta não é fundamentalmente a expressão da probabilidade do vínculo biológico; a probabilidade não está *dentro* da presunção mas *depois*, nos resultados laboratoriais, nas tabelas estatísticas, e contabiliza-se em números. Enquanto não pudermos fazer o mesmo e quisermos descobrir a filiação biológica temos de forçar o autor e o réu a levar à acção o quadro de factos mais completo possível, para usar de presunções concretas, fazer conjecturas bem apoiadas na realidade do caso. Há que gastar em delongas e minúcias processuais aquilo que somos forçados a poupar no laboratório ⁽¹²⁾.

Enunciei, aliás de uma forma demasiado breve, as objecções

(12) Ao comentar, em 1971, uma lei sueca que favorecia os filhos ilegítimos, SUNDBERG afirmava que a reforma se destinava «a ser aplicada a todos os filhos ilegítimos mesmo que tivessem nascido naqueles tempos passados em que a paternidade era uma função do ónus da prova (antes do aparecimento dos meios biológicos mais sofisticados capazes de provar a paternidade com alguma certeza pelo menos)» — *Das Erbrecht von Familienghörigen im positivrechtlicher und rechtspolitischer sicht*. Frankfurt / Berlin, Alfred Metzner, 1971, p. 42.

No aspecto das provas científicas da filiação o nosso sistema pertence ao passado de que fala o autor. Sabendo isso, sabendo que a paternidade jurídica pode ser um mero resultado técnico do jogo do ónus da prova, creio que a simplificação dos termos do jogo aumenta escusadamente o risco de erro.

que me suscita a jurisprudência que não exige do autor mais do que a prova da coabitação e, comete ao réu a prova da *exceptio plurium*: cria uma situação activa e passiva que não se articula bem com o sistema das presunções legais do art. 1871.º, e assenta sobre uma chamada «presunção» de fidelidade abstracta que me parece tecnicamente incorrecta e desligada da verdade que se procura em cada caso (13). Manifestei assim a minha propensão para aderir à tese dominante, segundo a qual cabe ao autor a demonstração da fidelidade. Porém julgo que há nesta discussão um vício que afecta mesmo a doutrina que acho preferível — é um hábito e uma linguagem que não está em condições de responder facilmente aos progressos da ciência, em matéria de prova; na verdade, a jurisprudência não pode continuar a discutir quem tem de provar a fidelidade sob pena de acabar perplexa quando, em algum caso, a fidelidade não tiver a importância que lhe atribuí. Imagine-se uma hipótese em que, entre outras coisas, se demonstre a coabitação com outrem além do réu, no período da concepção, mas em que um exame de maturidade do recém-nascido leve a concluir que este não nasceu da coabitação com o terceiro; imagine-se outro caso em que, provada a infidelidade, um exame de sangue exclua a paternidade do terceiro (14). Tanto num caso como noutro a acção pode ter êxito, apesar de ter sido provada a coabitação concorrente. Afinal, a *exceptio plurium* não é facto impeditivo do direito do autor; é que o problema não está na infidelidade mas sim em averiguar se a coabitação entre o réu e a mãe do autor foi a *causa* do nascimento do filho, com ou sem fidelidade. O que importa é a averiguação deste *nexo de causalidade*, quer ele resulte da exclusividade das relações, quer ele resulte de outra prova.

(13) Diga-se, por curiosidade, que segundo o novo art. 269.º do Código Civil italiano (Reforma de 1975), «(...) a simples existência de relações entre a mãe e o pretenso pai na época da concepção não constituem prova da paternidade natural».

(14) SIMÕES CORREIA, *Da investigação da paternidade ilegítima*, Lisboa, Procural, 1935, p. 163.

Em conclusão, creio preferível dizer que ao autor deverá caber a prova da coabitação e a prova de que esta coabitação foi a causa do nascimento, quaisquer que sejam os factos em que ele possa fundamentar este nexo de causalidade e embora tenha de recorrer ao auxílio de presunções judiciais concretas; ao réu deverá caber a tentativa de impedir a prova da coabitação ou, se não tiver êxito, deverá obstar a que o juiz acredite na causalidade dela relativamente ao nascimento, alegando quaisquer factos que, na hipótese, sirvam aquele propósito. E quem pretender organizar uma lista destes «quaisquer factos» talvez prove que a lista não é possível nem sequer desejável.

Coimbra, 1980.

O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO: MUDANÇA RECENTE E PERSPECTIVAS (*)

Uma exposição breve acerca da (A) *mudança* operada pela Reforma de 1977 (1) pode assentar em quatro temas: (1) a *divisibilidade* do período legal da concepção, (2) o *estabelecimento da maternidade*, (3) o *afastamento da regra «pater is est...»* (4) e a *investigação da paternidade*.

Esta apreciação sumária permite caracterizar o direito vigente como um *sistema «biologista»*, apesar de algumas *restrições*.

Reduzirei as (B) *perspectivas* de evolução ao (1) desenvolvimento dos *meios de prova pericial*, à (2) concorrência de *valores «sociologistas»* e ao (3) confronto com a *nova tecnologia da reprodução*.

A. A mudança

1. A *divisibilidade* do período legal da concepção exprime a faculdade de averiguar a época em que a concepção ocorreu, dentro do tempo mais longo dos cento e vinte dias que integram o período legal da concepção.

Esta diligência parecia vedada no direito anterior à Reforma de 1977. Com efeito, o art. 1798.º só considerava a faculdade de

(*) Publicado no Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 19 de Dezembro de 1984, pp. 91-110.

(1) Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

demonstrar que o tempo da gestação fora superior a trezentos dias ou inferior a cento e oitenta dias; e, aparentemente, este regime aplicava-se à filiação legítima e à filiação ilegítima. Não obstante, podia defender-se que a proibição se restringia ao âmbito da filiação matrimonial e que não pretendia afastar a tradição portuguesa da «divisibilidade» no âmbito da filiação ilegítima.

Fosse como fosse, a «divisão» do período legal só ficou admitida claramente na Reforma de 1977.

Deve salientar-se que esta pesquisa do momento da concepção tem um *valor prático* muito diferente daquele que tinha a prova de uma gestação anormalmente longa ou anormalmente curta. Na verdade, estas circunstâncias são de verificação muito rara e têm, por consequência, um relevo jurídico esporádico; ao contrário, o apuramento da época da concepção pode fazer-se em todas as gestações, e pode relevar com frequência em pleitos respeitantes ao estabelecimento da filiação.

Pode lamentar-se que a inovação substancial da lei não tenha sido acompanhada pelo esclarecimento acerca do meio processual adequado.

O texto do art. 1800.º⁽²⁾ pode ser interpretado no sentido de se exigir uma acção *ad hoc*. E tem de reconhecer-se que esta solução teria o mérito de impor o resultado que se apurasse com força de caso julgado. Porém, talvez seja bem mais útil admitir que a fixação da época provável da concepção resulte da simples alegação e prova, pelo autor ou pelo réu, em qualquer acção em que o facto releve: numa impugnação da paternidade do marido pretende mostrar-se que, durante a época da concepção, ele estava ausente; numa acção de investigação da paternidade o réu mostra que coabitou com a mãe numa época diferente daquela em que se verificou a concepção.

Apesar desta equívocidade de ordem processual é claro que

(2) «É admitida acção judicial destinada a fixar a data provável da concepção...».

a Reforma de 1977 manifesta o interesse de que a verdade biológica da concepção seja determinada, para que a verdade jurídica da filiação coincida com ela.

2. O novo regime do *estabelecimento da maternidade* é, também, inspirado pela ideia de respeitar a verdade biológica da filiação.

A maternidade deixou de se estabelecer por meio de perflhação — acto pessoal e livre que continua a ser um dos modos de estabelecer a paternidade.

Não se trata de uma novidade absoluta pois o regime anterior à Reforma de 1977 já previa a chamada «declaração qualificadas de maternidade, que dispensava o reconhecimento pela mãe em certas hipóteses de nascimento fora do matrimónio. E no âmbito da maternidade «legítima» também valia um estabelecimento «automático» que resultava da indicação do nome da mãe no assento de nascimento.

A Reforma de 1977 unificou os regimes anteriores: quer se trate de maternidade dentro do casamento quer se trate de maternidade fora do casamento o regime é o mesmo e afastou, em qualquer caso, um acto de perflhação. A mãe biológica não tem o ensejo de querer ou não querer assumir o estatuto jurídico correspondente. A maternidade jurídica «resulta do facto do nascimento» e depende da simples indicação ou declaração.

Sem prejuízo da sua conveniência em geral, diga-se que esta alteração legislativa criou um problema raro mas insolúvel no quadro do direito vigente: trata-se dos casos em que não foi lavrado assento de nascimento de filhos nascidos de matrimónio há mais de vinte anos e cuja mãe já faleceu. Com efeito, segundo o direito anterior a maternidade podia agora estabelecer-se por mera indicação no acto de registo tardio do nascimento, desencadeando o estabelecimento da paternidade do marido; segundo o direito vigente, pelo contrário, o estabelecimento da maternidade não é mais possível pois careceria de notificação pessoal da mãe, e de uma confirmação, ao menos presumida, da sua responsabilidade no nascimento (art. 1805.º).

À falta de melhor lembrança para resolver esta dificuldade insólita talvez se pudesse organizar um meio especial, inspirado no regime francês de 1982 — imprescritível e com base na posse de estado (Lei n.º 82-536, de 25-6-82).

Deve salientar-se, também, o regime do estabelecimento judicial da maternidade quando a mãe é casada e existe perfilhação por terceiro (arts. 1822.º e segs.).

A vontade legislativa de atingir uma solução jurídica coincidente com a verdade biológica levou a conceber uma acção em que intervêm todos os interessados — incluindo o perfilhante — e onde se pode formular a pretensão de impugnar a paternidade do marido (art. 1823.º).

Resta a dúvida sobre qual é o estatuto processual do terceiro que reconheceu o filho, no que diz respeito à faculdade de impugnar a paternidade presumida do marido. A simples previsão da faculdade de se impugnar é susceptível de ser entendida como remissão estreme para as normas que regem a acção de impugnação, e sobretudo para aquelas que definem, em geral, a legitimidade activa. Nestas condições, defender-se-ia que o perfilhante seria tratado como quem se declara pai do filho e a sua pretensão ficaria nas mãos do ministério público (art. 1841.º). Creio, porém, que o perfilhante deve ter uma legitimidade activa plena, já que ocupa uma situação muito mais relevante do que o simples indivíduo que se declara pai e deseja afastar a paternidade estabelecida do marido. Na verdade, o perfilhante, no caso que nos ocupa, é o único progenitor reconhecido no momento em que se propõe a investigação judicial da maternidade. Sem outros desenvolvimentos, esta consideração basta para não se reduzir a posição dele à de um terceiro cuja intervenção pode justamente reccar-se e deve, naturalmente, controlar-se.

3. O regime da a) *cessação* e da b) *impugnação da paternidade do marido* é o terceiro tópico que esclarece o sentido básico da Reforma de 1977 — a tendência para reconhecer a verdade biológica da filiação.

a) A alteração mais relevante no que toca à cessação da regra *pater is est...* foi a introdução do regime que consta do art. 1832.º — a cessação com fundamento na ausência de posse de estado relativamente a ambos os cônjuges.

A introdução deste regime pretendeu satisfazer os casos mais típicos de desacerto entre a regra *pater is est...* e a realidade biológica: os casos de separação de facto duradoura entre os cônjuges.

Talvez o regime, na sua aparente permissividade, contraste muito com a tradição latina de uma presunção de paternidade forte. Mas não parece justificar-se qualquer receio uma vez que o processo, apesar de simplificado, é conduzido pelo tribunal; e apela para a noção de posse de estado, que é um índice reputadamente idóneo da verdade biológica. Ponto é que o julgador dispense à apreciação dos factos a exigência que se impõe.

Note-se, por fim, que o texto português é mais acanhado do que o da norma francesa em que se inspirou: enquanto este prevê o afastamento da presunção sempre que se verifique o requisito da falta de posse de estado, o texto português limita a aplicação da norma à ocasião em que a mãe declara o nascimento com a indicação de que o filho não é do marido. Julgo, porém, que a mesma clara razão teleológica impõe que o preceito actue também quando o assento de nascimento está feito e, mais tarde, a mãe declara a maternidade omissa.

b) O regime da impugnação da paternidade do marido sofreu mudanças radicais no que toca à legitimidade activa e aos fundamentos da acção.

O círculo dos legitimados para intentar o pleito corresponde, poderá dizer-se, ao grupo que tem um interesse relevante na questão. (O que torna hoje menos interessante o direito do ministério público que, porém, ainda servirá para controlar a iniciativa de quem se declarar pai natural, quando não para agir sob o estímulo de outro legitimado que procure assim um meio de intervenção mais cómodo).

No que respeita aos fundamentos da acção, eliminaram-se as «causas determinadas» do pedido. Em vez delas afirma-se que «na acção, o autor deve provar que, de acordo com as circunstâncias, a paternidade do marido é manifestamente improvável» (art. 1839.º, n.º 2).

A fórmula usada difere das que se encontram, hoje em dia, pela maior parte dos sistemas jurídicos: costuma dizer-se que o autor tem de provar que o marido «não é o pai», que o marido «não pode ser o pai», que a paternidade é «manifestamente impossível».

Não obstante a diferença, creio que a fórmula portuguesa vale o mesmo que as outras. A utilização do vocábulo *improvável*, em vez de impossível, pode ter tido a intenção singela de arredar os julgadores de uma exigência demasiada, que procurasse uma certeza naturalística. Este exagero aconteceu na jurisprudência alemã dos princípios do século, e não era inverosímil nos tribunais portugueses habituados a um sistema restritivo de impugnação. Ter-se-á pretendido que o tribunal se contente com uma grande probabilidade, com uma certeza prática. O vocábulo *manifestamente*, por seu lado, contrabalança aquela menor exigência, visando que o juízo de improbabilidade não seja facilitado, se forme com um grau de convicção muito séria e fundamentada.

Sendo assim, pode concluir-se que a formulação do texto português não quer nem mais nem menos do que se pretende de um juiz, em qualquer outra questão. Trata-se, como quase sempre, de formar uma convicção séria acerca dos factos e da pretensão controvertida. Deste modo a acção pode proceder embora subsista alguma possibilidade de o marido ser o pai, desde que se trate de uma possibilidade remota, irrazoável, contrariada por uma aparência firme em contrário.

Em suma, no regime novo do afastamento da presunção da paternidade do marido a preocupação exclusiva é a de obter o reconhecimento jurídico da verdade biológica.

4. A acção de *investigação da paternidade* fora do casamento está hoje subordinada a regras muito diferentes das que

vigoravam antes da Reforma de 1977. E as modificações foram nitidamente influenciadas pelo mesmo espírito «biologista» de que tenho exposto as consequências principais.

A acção pode seguir dois caminhos: ou a pretensão se fundamenta em factos que constituem a base de uma presunção legal — presunção que cede perante «dúvidas sérias»; ou a pretensão se baseia na «coabitação causal» entre a mãe do autor e o pretendo pai.

O sistema português é original no contexto europeu recente: o direito francês manteve «condições de admissibilidade» (apesar da alteração insólita que resulta da lei de 25-6-82, nos termos da qual o estabelecimento da paternidade ou da maternidade pode fundar-se na mera prova, a todo o tempo, da posse de estado); o direito italiano abandonou as «condições de admissibilidade» mas organizou um controlo preliminar de viabilidade; o direito espanhol admitiu a prova livre mas exige um «princípio de prova»; os direitos alemão e suíço presumem a paternidade contra o réu com base na mera prova da coabitação.

Julgo que o direito português é adequado. As circunstâncias que baseiam a presunção legal, além de serem bem conhecidas da jurisprudência, estão carregadas da probabilidade de o réu ser o pai — são mais expressivas do que a simples prova da coabitação. E no caso de se seguir o outro caminho (o da prova da coabitação causal) não haverá receio justificado que reclame um juízo prévio acerca da viabilidade do pedido — a temeridade e a calúnia ficam guardadas pelo regime geral da litigância de má fé que, aliás, tem uma tradição firme em Portugal.

Talvez se possa afirmar que o regime mais próprio dentro de um sistema que não queira enterrar a acção será um regime do tipo germânico: provada a coabitação, o réu será presumido pai. Admitamos, todavia, que um regime destes supõe uma grande generalização das provas científicas; não se compadece com as dificuldades económicas e técnicas com que um réu havia de deparar, colocado na necessidade de ilidir uma presunção legal por meios periciais caros e pouco divulgados em Portugal.

Eis, deste modo conciso, os quatro temas que exprimem o sentido da modificação operada pelo legislador de 1977: o trajecto no sentido da verdade biológica da filiação jurídica.

Enuncio agora algumas restrições a esta ideia reitora que, manifestamente, não a invalidam ou sequer enfraquecem.

- A sujeição de acções de estado a prazo de caducidade, traduzindo uma prevalência dos valores gerais da certeza e segurança jurídicas, comprimem a revelação da verdade biológica;
- A exigência do assentimento do filho maior para a eficácia da perfilhação (art. 1857.º) faz prevalecer um juízo de conveniência e oportunidade insindicável sobre a relevância jurídica da verdade biológica. Regime que se pode estranhar tanto mais quanto o legislador não se preocupou com a eventual inconveniência ou inoportunidade de uma perfilhação de filho menor (não assim na Espanha e na Itália onde o regime é, pelo menos, mais coerente);
- A averiguação oficiosa da filiação não é permitida quando tenda para a revelação de um incesto (arts. 1809.º, al. a), e 1866.º, al. a)). Esta restrição, aliás mais ampla nos sistemas nórdicos em que a nossa lei se inspirou, mostra que o reconhecimento jurídico da verdade biológica é sobrestado por uma razão de ordem cultural;
- Decretada a adopção plena, não é permitido estabelecer a filiação biológica do adoptado (art. 1987.º). Regime que não era inevitável como se verifica através do exemplo da R.F.A.;
- O consentimento para a inseminação artificial heteróloga preclui o direito de impugnar a paternidade presumida do marido (art. 1839.º, n.º 3), ou seja, faz-se prevalecer uma paternidade «social» sobre a ocultação da progenitura biológica.

B. As perspectivas

Nesta altura da década de oitenta estão reformados os principais sistemas jurídicos, na matéria que nos ocupa. Algumas modificações não eram previsíveis: sistemas conservadores tornaram-se radicalmente novos; institutos abandonados num lugar foram adoptados noutra parte; o respeito pela tradição, ou a pura inércia, mantiveram normas envelhecidas em sistemas renovados, etc. Mas todas as reformas se orientaram para o respeito pela verdade biológica da filiação depois de alguns dos sistemas que mais nos interessam terem cumprido, por muitos anos, a missão de privilegiar o estatuto da «legitimidade» e a autonomia do pai.

É de esperar que este «biologismo» da moda perdure.

O (1) desenvolvimento dos *meios de prova pericial* vai atribuir-lhe uma confortável viabilidade prática; a (2) concorrência de valores «sociologistas» não chegará para o desmentir; a (3) nova tecnologia da reprodução, aparentemente favorável à predominância do critério «biólogista» na determinação do parentesco, acabará por suscitar dilemas que a singela e actual opção «biólogista» não poderá resolver.

1. O parâmetro mais nítido de evolução diz respeito aos *meios de prova pericial*. Interessa muito ao direito português — na exacta medida em que a lei está aberta à verdade biológica e não é acompanhada por uma utilização corrente dos meios técnicos adequados.

a) O cálculo da idade gestacional é o expediente técnico que permite «fixar a data provável da concepção» dentro do período legal da concepção.

Os pediatras portugueses estão em condições de praticar os vários métodos conhecidos para obter um resultado útil, aproveitável pelos tribunais. É fácil determinar que a concepção ocorreu num certo lapso de duas semanas — o que, em muitos casos, pode transformar radicalmente as acções de filiação.

Porém, esta capacidade técnica e o seu valor forense estão lamentavelmente desperdiçados no nosso país.

b) Não se pode esperar que, nos países mais desenvolvidos, os métodos antropométricos ou heredobiológicos progridam mais. Depois de terem atingido uma eficácia notável (na R.F.A. compararam-se cerca de 300 caracteres dos intervenientes numa acção de investigação da paternidade, por exemplo) estes métodos vêm cedendo o lugar aos resultados surpreendentes da hematologia.

Em Portugal nunca se terá ido muito além da velha «prova da semelhança», com base na comparação dos caracteres morfológicos mais patentes — prova grosseira e desacreditada. E hoje o investimento tecnológico que for possível dirigir-se-á, com certeza, para o desenvolvimento das provas de sangue.

c) Nos países europeus cujos sistemas são mais conhecidos, e nos E.U.A., praticam-se com grande segurança as provas hematológicas. Isto é verdade quanto às provas que excluem uma paternidade falsamente atribuída; e também é verdade quanto às provas que atribuem a paternidade. Ressalve-se, porém, que a negação repousa sobre métodos bioquímicos enquanto a afirmação se obtém com o auxílio de cálculo estatístico.

Há cerca de dois ou três anos, em Portugal, a capacidade técnica dos Serviços competentes permitia obter a exclusão da paternidade em 60 ou 70% dos casos. Hoje, felizmente, a percentagem excede os 90, e pode mesmo rondar 98%. Assim, por exemplo, numa impugnação da paternidade do marido ou numa acção de investigação da paternidade o interessado na negação da progeneritura obtém quase sempre o resultado verdadeiro.

Não creio que se possa falar com o mesmo optimismo da prova positiva da paternidade. Ela supõe requisitos delicados: uma grande exigência técnica nas operações preliminares, a disponibilidade de um mapa génico fidedigno e a confiança no método escolhido para o cálculo estatístico. Não estou seguro

de que todos os Serviços de apoio forense estejam habilitados a produzir conclusões firmes. Além de que as conclusões periciais podem suscitar dificuldades de interpretação na falta de esclarecimentos pessoais dos técnicos ou de uma tradição semelhante à que já existe na República Federal Alemã.

Talvez num futuro próximo se estabeleçam princípios uniformes e exigentes de execução dos testes; é provável que se alargue o mapa génico nacional; e, sobretudo, talvez se aclare a comunicação entre biólogos e juristas, de tal modo que todos saibam exactamente qual é o valor, e os limites, desta colaboração indispensável.

2. Uma segunda linha de desenvolvimento dos sistemas actuais pode encontrar-se na *tutela de valores «sociologistas»* (por oposição ao «biologismo» dominante).

A doutrina e as leis modernas vêm reconhecendo alguns desvios do respeito pela verdade biológica da filiação, em dois tipos de casos: por um lado, no sentido de manter a estabilidade de famílias que cumpram o seu papel afectivo e social embora não assentem num vínculo biológico; por outro lado, no sentido de evitar o reconhecimento da filiação biológica por inconveniência para os interesses do filho.

As traduções mais claras desta preocupação residem na disciplina da impugnação da paternidade do marido na hipótese de inseminação artificial heteróloga consentida; nas restrições à impugnação da perfilhação; e na necessidade de consentimento de um progenitor para o estabelecimento do vínculo que se pretenda constituir em segundo lugar.

Trata-se, naturalmente, de excepções à dominante biologista, e é imprevisível a extensão que possam vir a assumir.

A proibição de impugnar a paternidade do marido, que impende sobre o cônjuge que consentiu na inseminação heteróloga, sacrifica nitidamente o respeito pela verdade biológica da paternidade. Embora alguns sistemas e alguma doutrina ainda não tenham aderido a este regime, parece generalizar-se a ideia de

que é abusivo e injusto exercer um direito de impugnar depois de se ter consentido na fecundação por sêmen de terceiro.

Nota-se também uma tendência no sentido de estabelecer restrições à impugnação da perfilhação, de tal modo que se impede a revelação da verdade biológica.

O regime do código francês de 1806, que inspirou os direitos latinos, previa a impugnação livre — com legitimidade muito ampla e a todo o tempo.

Esta grande facilidade de impugnar quase não se encontra já nos sistemas mais conhecidos.

Em França, se o perfilhado vive na posse de estado de filho durante dez anos, o direito de impugnar fica reservado ao filho, ao outro progenitor e àquele que se declarar o verdadeiro progenitor; e a acção caduca, em qualquer hipótese, ao fim de trinta anos sobre a perfilhação.

Em Espanha, o art. 140.º também estabelece dois regimes, consoante haja ou não haja posse de estado. É semelhante ao francês, com a diferença de que a posse de estado durante quatro anos faz caducar a acção, excepto para o filho que disporá sempre de um ano contado a partir da maioridade.

Na Suíça concede-se uma legitimidade ampla, mas dentro de prazos muito curtos. E na Alemanha Federal a acção foi «decalcada da impugnação da paternidade do marido» — isto é, prevê-se uma legitimidade activa reduzida e prazos de caducidade (excepto quanto ao perfilhado, relativamente ao qual a acção não caduca em certas condições).

Em suma, regimes tão importantes como estes encontram-se longe do biologismo estrito (anacrónico no séc. XIX) do Código de Napoleão e do nosso código civil vigente. Quer recorrendo à posse de estado, quer a restrições da legitimidade activa, quer à caducidade, os direitos mais influentes protegem situações consolidadas de paternidade fora do casamento, ainda que seja duvidoso o seu fundamento biológico.

O novo regime italiano de 1975 estabeleceu um controlo da conveniência da perfilhação realizada em segundo lugar. Isto é,

em geral a mãe perfilha e, depois, pode não dar o consentimento para a perfilhação pelo outro ascendente biológico, sem que este tenha meio de afirmar a sua progenitura — só pode requerer que o tribunal aprecie o interesse concreto do filho, e se substitua eventualmente ao recusante para dar o consentimento necessário.

Conhecem-se sentenças italianas modernas confirmando que a perfilhação pelo segundo progenitor — em regra o pai — é inconveniente para o filho. Chega a escrever-se que, embora seja provável que o perfilhante seja o pai biológico, não interessa ao filho que isto seja reconhecido juridicamente.

Em suma, considerações acerca da estabilidade emocional e social do menor afastam a predominância típica da verdade biológica.

3. A última linha de progresso do estabelecimento da filiação resultará do confronto com a *nova tecnologia da reprodução*.

a) O aumento de frequência da inseminação heteróloga consentida vai obrigar os sistemas jurídicos a esclarecer a posição do marido que, tendo consentido na inseminação, pretende mais tarde impugnar a paternidade presumida.

Em alguns países há norma expressa que retira o direito de impugnar (p. ex., em Portugal e Suíça); mas noutros ainda subsiste a dúvida sobre se se deve vincular o marido à palavra dada ou se se lhe deve permitir uma decisão actual acerca da impugnação, respeitando assim o princípio da irrenunciabilidade aos direitos pessoais.

b) Uma das questões mais duvidosas é a de saber se as novas tecnologias da reprodução devem aproveitar à mulher solteira, de um modo que favorece a constituição de «famílias incompletas».

Não se discute, hoje em dia, que a mãe solteira goze de protecção social; também é respeitável a ideia de que a decisão de procriar é uma decisão «privada», no sentido de ser estranha às

determinações do poder estadual; também é patente a generalização das «famílias monoparentais», por força do divórcio; e também é claro que a adoção singular cria famílias com um só «pai» adoptivo.

Porém, nenhuma destas considerações invalida que a família vulgar, o «triângulo típico», é a organização mais favorável para os interesses do filho — do ponto de vista da sua identificação psicológica, da sua colocação no sistema do parentesco e também do seu bem-estar material. Nestes termos pode bem hesitar-se em facilitar à mulher solteira o benefício da tecnologia que lhe dará a satisfação de ter um filho mas poderá negar os interesses deste.

Dir-se-á, em sentido contrário, que a mulher solteira pode, afinal, viver em união de facto duradoura, porventura equivalente, neste aspecto, ao estado de casada. A observação é pertinente, ressalvadas as conhecidas dificuldades acerca da caracterização e solidez da união de facto. A questão muda de aspecto, naturalmente, se a mulher integra um casal de homossexuais ou de transexuais.

Por último, a hesitação acerca da disponibilidade das novas tecnologias pela mulher solteira pode suscitar-se relativamente ao homem solteiro que pretende um filho gerado por uma «mãe hospedeira».

c) O direito da filiação vai ser chamado a resolver casos em que duas mulheres colaboram no nascimento do filho.

Raquel disse a Jacob: — «Aqui tens a minha serva (...), vai ter com ela. Que dê à luz sobre os meus joelhos; assim, por ela, eu também terei filhos» (Gén. 30).

A intervenção de uma mãe hospedeira pode assumir duas formas especialmente interessantes: na primeira, trata-se de inseminar a mãe hospedeira com sémén de um homem casado cuja mulher é estéril; na segunda, trata-se da fertilização *in vitro* de um óvulo de mulher casada, seguido de implantação do ovo no útero da mãe hospedeira. (Afasto agora outras hipóteses possíveis).

O bebé *Cotton*, que nasceu em Janciro de 1985, em Inglaterra, exemplifica as questões do primeiro género. A mulher casada que «encomenda» o filho é alheia ao nascimento, do ponto de

vista biológico; mas é aquela que quer ser mãe assumindo o estatuto familiar e social correspondente. Na dúvida sobre a quem atribuir a maternidade, a tendência dominante é a que, usando os critérios clássicos, reconhece como mãe a mulher que dá à luz — a mãe hospedeira. Compreende-se a opção: a colaboração da mãe hospedeira é muito intensa — dá a célula reprodutora e gera durante nove meses; e o filho nasce no seu meio, na sua casa ou no seu quarto de maternidade, e não no meio familiar da mulher que «encomenda» o filho.

É talvez este papel intenso da mãe hospedeira que impede uma analogia possível com o caso simétrico da inseminação heteróloga consentida: de facto, podia dizer-se que a mãe hospedeira desempenha o papel correspondente ao terceiro dador de esperma, enquanto a mulher casada desempenha o papel correspondente ao do marido que consente em assumir o estatuto de *pater* sem ser o *genitor*. Mas aquela intensidade da colaboração da mãe hospedeira não permitirá facilmente a analogia com o mero dador anónimo de esperma.

A segunda hipótese de intervenção da mãe hospedeira difere basicamente no ponto em que a mulher que «encomenda» o filho não lhe é biologicamente alheia — ou seja, concorre biologicamente para o nascimento, contribui com metade da informação genética do indivíduo.

Esta diferença poderia modificar a opção anterior e privilegiar a fornecedora do óvulo em detrimento da locadora do útero. No entanto, parece que a opção não vai modificar-se quando a prática reclamar a solução da disputa. Alega-se que a participação da mãe geradora é fundamental do ponto de vista biológico (o êxito depende de muitas condições — da dieta até às qualidades bioquímicas da placenta); que a ligação emocional com a mãe hospedeira, em nove meses, se torna muito forte; e que o embrião implantado no útero hospedeiro pode estar afastado da sua proveniência, sendo o resultado de um excedente de óvulos fertilizados numa outra operação, produto congelado e quase anónimo que espera utilização por um qualquer consumidor.

A resposta, porém, não deve considerar-se definitiva nesta segunda hipótese, já que a solução não terá ainda sido reclamada pela prática.

Do que não cabe dúvida é de que a milenária regra — *mater semper certa* — aceita reservas. E a ironia do espírito latino já fez constar a história da mulher grávida que cai em depressão e angustiava por não ter a certeza de que o filho seja... seu!

d) A colaboração de duas mulheres no nascimento não perturba só a determinação da maternidade — cria dificuldades acerca de todo o estabelecimento da filiação.

Supondo que a mãe hospedeira é tomada por mãe jurídica, o seu nome é inscrito no assento de nascimento. Se ela é casada, esta inscrição faz desencadear a presunção de paternidade do marido. O que obrigará a impugnar a paternidade presumida, resultado que não seria fácil com os meios convencionais desde que a mulher não tenha interrompido a coabitação conjugal.

Por sua vez, a mulher casada que tenha «encomendado» o filho (e que, na segunda hipótese considerada, tenha dado o óvulo) só dispõe do recurso técnico de adoptar a criança. E o seu marido — afinal o pai biológico indiscutível porque deu o esperma que inseminou a mãe hospedeira ou que fertilizou *in vitro* o óvulo da sua mulher — não beneficia da presunção de paternidade porque a sua mulher não é considerada a mãe. Deste modo, ou adopta também o seu próprio filho ou, mais razoavelmente, perfilha-o.

Vê-se bem como as normas habituais acerca da matéria não se adequam facilmente a estas novidades. Pelo menos o processo do estabelecimento da filiação torna-se moroso e até bizarro.

A este propósito vale recordar, de novo, a analogia possível entre estes casos e os de inseminação heteróloga consentida. Se esta analogia fosse admitida, a mulher que «encomenda» o filho (e que porventura dá o óvulo) seria considerada a mãe; e o seu marido, que é o pai biológico, beneficiaria da presunção de paternidade nos termos gerais.

e) Refiram-se, por último, e brevemente, duas questões longínquas que o direito da filiação talvez tenha de resolver: a progeneritura múltipla e a reprodução assexuada.

Nos E.U.A. já foi possível fundir embriões de mamíferos pequenos, e implantar o ovo complexo num útero que conduziu a gestação a bom termo. Com estas experiências obtiveram-se ratos que são filhos biológicos de três pais e de três mães.

Também se conseguiu reproduzir batráquios de uma forma assexuada — através da implantação do núcleo de uma célula masculina no lugar do núcleo de uma célula reprodutora feminina que, estimulada, inicia o processo de gestação. O produto desta engenharia — o *clone* — recebe a informação genética de um só progenitor. Se reduzirmos a noção de progeneritura à transmissão do património genético concluímos que o filho tem um só ascendente biológico.

No primeiro caso descrito encontraríamos excesso de pais; no segundo caso teríamos falta de pais...

A complexidade do mamífero que somos leva a crer que isto não passa, ainda, de um sonho. Escuso-me, pois, de analisar as implicações de tais sucessos.

Independentemente do estágio de evolução das novas tecnologias, das diferenças que se registam nos vários países, e dos problemas específicos que suscitam, a engenharia genética começa a produzir duas tendências básicas e um risco, que interessam aos juristas.

Em primeiro lugar, acentua o declínio da adopção. Por um lado, os avanços da tecnologia genética são maiores nos países onde também é mais generalizada a contracepção, a interrupção voluntária da gravidez e o auxílio às mães solteiras — de que resulta um fraco contingente de crianças disponíveis para a adopção; por outro lado, as novas tecnologias permitem uma rapidez de satisfação imbatível (nos E.U.A. pode esperar-se sete anos para adoptar uma criança), além de que o filho será descendente biológico ao menos de um dos parceiros conjugais que, por último, acompanham o nascituro desde a concepção.

Em segundo lugar, a engenharia da reprodução agrava um problema que a adopção tradicional já suscitava: o desconhecimento, pelo filho, da sua raiz genética.

Em vários sistemas jurídicos, como no sistema português, proíbe-se o estabelecimento da filiação depois de ter sido criado o vínculo adoptivo (art. 1987.º).

Na inseminação heteróloga põe-se o mesmo problema: garante-se o anonimato do progenitor — o dador — e chegou-se ao ponto de misturar sémen de vários dadores para obstar radicalmente à identificação de um responsável biológico (processo que só vem sendo abandonado por diminuir as probabilidades de fecundação).

É provável que se estabeleça a mesma regra a propósito da mulher que dá o óvulo para a fecundação *in vitro* e posterior implantação do ovo no útero da mulher estéril que pretende o filho, ou no da mãe hospedeira; e também é provável que se esconda a mãe hospedeira, quer esta forneça o óvulo quer não.

Este problema da falta de identidade genética tem preocupado a doutrina dos países mais desenvolvidos que, lentamente, começa a formular um direito ao conhecimento da historicidade pessoal, aspecto da tutela geral da personalidade (como na R.F.A.); ou, pelo menos, a facultar o conhecimento da identidade do progenitor em casos concretos e graves de perigo para a saúde física ou psíquica do filho (como nos E.U.A.).

Para além destas duas tendências básicas deve considerar-se um risco perceptível por qualquer leigo. Perante o avanço típico que a tecnologia ganha sempre em face do direito e da moral, é de esperar que a engenharia da reprodução se desenvolva sem enquadramento jurídico específico, ou com regimes diversos consoante os países. O que bem poderá fazer germinar aquilo a que já se chamou um «turismo de inseminação» ou turismo de reprodução (lembrando irresistivelmente os conhecidos divórcios à americana).

Por pouco que se goste, o avanço da tecnologia da reprodução será o maior desafio que o jurista vai encarar nos próximos

vinde anos. E não adianta censurar ou proibir estas novidades. Lembro-me do que respondia, em 1976, Edward Wilson, aos maiores adversários da sociobiologia: «... é uma disciplina inevitável» (3).

(3) Não é oportuno tratar, mesmo resumidamente, de outros problemas que não contendem com o direito da filiação. Refiro-me a problemas como o da selecção do dadores de sémen, óvulos ou embriões — selecção que, por enquanto, releva na hipótese de inseminação heteróloga e se resume a impedir a transmissão de doenças hereditárias e a procurar que o filho apresente semelhanças físicas com o marido da mãe. Refiro-me à responsabilidade médica por mal-formações ou por destruição de embriões *in vitro*. Refiro-me ao valor do «contrato para gestação», e ao controlo da vida da mãe hospedeira, designadamente no que respeita à decisão de interromper a gravidez. Refiro-me, sobretudo, ao pagamento do «serviços uterinos» ou «aluguer do útero» (como ao pagamento do esperma, dos óvulos e embriões) que, publicitado nas secções próprias dos jornais, criam o sentimento de que a vida humana é, afinal, um bem «dentro do comércio jurídico», e mostram como é dura e verdadeira a afirmação conhecida de que, à força de se dar um preço a todas as coisas, acaba por se ignorar o valor delas.

A LEI E O LABORATÓRIO

Observações acerca das provas periciais da filiação (*)

Nesta época de contacto intenso entre a Biologia e o Direito, pode ser conveniente observar o estado das relações entre o direito positivo e a tecnologia forense.

Na primeira parte deste escrito resumirei os traços fundamentais ou mais expressivos do passado e do presente daquelas relações.

Na segunda parte, vou fazer alguns comentários sobre o grande ensejo actual de colaboração entre a lei e o laboratório: a prova positiva da paternidade nas acções de investigação. Vou descrever, em primeiro lugar, os pressupostos básicos do método seroestatístico. É certo que um técnico de laboratório fá-lo-ia com muito mais rigor do que eu; admito, porém, que seria menos eficaz ao dirigir-se a um público de juristas. Em segundo lugar, tratarei brevemente do valor conclusivo da prova pericial, nesta matéria.

A terceira parte do artigo é dedicada a algumas questões jurídicas que o progresso da biologia forense pode suscitar.

I — AS RELAÇÕES ENTRE A LEI E O LABORATÓRIO

A lei civil anterior ao Código de 1967 não «contava» com o laboratório, isto é, não esperava que os meios científicos auxilia-

(*) Publicado no número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia — 1984», 1987.

sem a aplicação do Direito e bastava-se com os meios de prova convencionais. Na verdade, se pensarmos num dos institutos mais típicos do direito da filiação — a *impugnação da paternidade* do marido da mãe — logo vemos que o direito daquela época não permitia sequer que o impugnante usasse meios de prova laboratoriais como a análise serológica: o autor só podia obter ganho de causa demonstrando a impossibilidade física de coabitação (por afastamento ou doença, etc.) ou a impotência (aqui admitia-se uma prova médica mas que era diferente das perícias laboratoriais).

Também em matéria de acções de *investigação da paternidade* o esforço do autor dirigia-se para a prova de uma das chamadas «condições de admissibilidade» que prescindiam das perícias que hoje nos interessam. E mesmo quando a acção era admitida e o investigador queria fazer a prova da filiação biológica, ele apoiava-se no valor presuntivo da condição de admissibilidade provada sem necessidade do auxílio laboratorial. (A *negação* da paternidade do réu, porém, era cabida e podia ter-se tentado recorrer à perícia hematológica. Mas, ainda assim, as acções não eram muitas e, sobretudo, o sistema, não convidava os agentes a recorrer aos laboratórios que, naturalmente, não se tinham equipado para o efeito).

Nestas condições de quase inutilidade das provas periciais — do ponto de vista da lei civil vigente na época — compreende-se que os laboratórios não tenham sentido estímulo para investir os seus meios técnicos e financeiros nesta área da pesquisa.

O Código de 1967 veio alargar um pouco a relevância dos meios de prova pericial da filiação.

O regime da acção de *impugnação da paternidade* foi alargado: admitiram-se dois novos fundamentos da acção; e um deles — a ocultação, pela mulher, da gravidez e do nascimento — abria a porta à demonstração, por qualquer meio incluindo os meios periciais, da exclusão da paternidade do marido. Isto significava ainda, porém, uma abertura pequena e de escassa aplicação real nos tribunais.

No âmbito da acção (mais frequente) de *investigação da paternidade* ilegítima, como se dizia, não houve mudanças com repercussão directa na utilização das provas periciais. Poderá falar-se, no máximo, de uma repercussão indirecta resultante da introdução da *averiguação oficiosa* que multiplicou as acções de investigação e, deste modo, criou o ensejo para maior sensibilização dos juristas para os exames laboratoriais com relevo forense e criou o ensejo para alargar a defesa dos réus.

Nestas condições pode dizer-se que a lei ainda não «contava» com o laboratório; os juristas ainda não esperavam que os peritos os auxiliassem em tribunal; a «determinação da paternidade biológica» ainda não era pretendida e valorizada pela lei. (Pode ressaltar-se o regime da *impugnação da perfilhação*, embora pouco usado).

A lei queria que o pai fosse o marido da mãe; e, fora do casamento, queria que o pai fosse o perfilhante embora com o grande desvio da *averiguação oficiosa*.

Em suma, ainda não se tinha feito uma opção clara pela descoberta da verdade biológica da filiação.

Pode dizer-se que as coisas mudaram com a reforma de 1977. A intenção da Reforma foi clara, no ponto que nos ocupa: o art. 1801.º do C. C. diz hoje: — «Nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados». É certo que este princípio de admissibilidade dos meios técnicos já resultava da possibilidade antiga e mais vasta de usar provas periciais, em geral (abrangendo exames, vistorias, avaliações) mas, até por ser desnecessário, o art. 1801.º mostra que o legislador de 1977 fez questão de referir os meios de prova científica e dar-lhes o relevo que desconheciam até aí.

Depois, ao modificar os institutos que nos têm servido de apoio da exposição, a Reforma abriu nitidamente o caminho aos meios laboratoriais.

A *impugnação da paternidade* do marido deixou de ter fundamentos taxativos. O autor prova por qualquer meio que

sem a aplicação do Direito e bastava-se com os meios de prova convencionais. Na verdade, se pensarmos num dos institutos mais típicos do direito da filiação — a *impugnação da paternidade* do marido da mãe — logo vemos que o direito daquela época não permitia sequer que o impugnante usasse meios de prova laboratoriais como a análise serológica: o autor só podia obter ganho de causa demonstrando a impossibilidade física de coabitação (por afastamento ou doença, etc.) ou a impotência (aqui admitia-se uma prova médica mas que era diferente das perícias laboratoriais).

Também em matéria de acções de *investigação da paternidade* o esforço do autor dirigia-se para a prova de uma das chamadas «condições de admissibilidade» que prescindiam das perícias que hoje nos interessam. E mesmo quando a acção era admitida e o investigador queria fazer a prova da filiação biológica, ele apoiava-se no valor presuntivo da condição de admissibilidade provada sem necessidade do auxílio laboratorial. (A *negação* da paternidade do réu, porém, era cabida e podia ter-se tentado recorrer à perícia hematológica. Mas, ainda assim, as acções não eram muitas e, sobretudo, o sistema, não convidava os agentes a recorrer aos laboratórios que, naturalmente, não se tinham equipado para o efeito).

Nestas condições de quase inutilidade das provas periciais — do ponto de vista da lei civil vigente na época — compreende-se que os laboratórios não tenham sentido estímulo para investir os seus meios técnicos e financeiros nesta área da pesquisa.

O Código de 1967 veio alargar um pouco a relevância dos meios de prova pericial da filiação.

O regime da acção de *impugnação da paternidade* foi alargado: admitiram-se dois novos fundamentos da acção; e um deles — a ocultação, pela mulher, da gravidez e do nascimento — abria a porta à demonstração, por qualquer meio incluindo os meios periciais, da exclusão da paternidade do marido. Isto significava ainda, porém, uma abertura pequena e de escassa aplicação real nos tribunais.

No âmbito da acção (mais frequente) de *investigação da paternidade* ilegítima, como se dizia, não houve mudanças com repercussão directa na utilização das provas periciais. Poderá falar-se, no máximo, de uma repercussão indirecta resultante da introdução da *averiguação oficiosa* que multiplicou as acções de investigação e, deste modo, criou o ensejo para maior sensibilização dos juristas para os exames laboratoriais com relevo forense e criou o ensejo para alargar a defesa dos réus.

Nestas condições pode dizer-se que a lei ainda não «contava» com o laboratório; os juristas ainda não esperavam que os peritos os auxiliassem em tribunal; a «determinação da paternidade biológica» ainda não era pretendida e valorizada pela lei. (Pode ressaltar-se o regime da *impugnação da perfilhação*, embora pouco usado).

A lei queria que o pai fosse o marido da mãe; e, fora do casamento, queria que o pai fosse o perfilhante embora com o grande desvio da *averiguação oficiosa*.

Em suma, ainda não se tinha feito uma opção clara pela descoberta da verdade biológica da filiação.

Pode dizer-se que as coisas mudaram com a reforma de 1977. A intenção da Reforma foi clara, no ponto que nos ocupa: o art. 1801.º do C. C. diz hoje: — «Nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados». É certo que este princípio de admissibilidade dos meios técnicos já resultava da possibilidade antiga e mais vasta de usar provas periciais, em geral (abrangendo exames, vistorias, avaliações) mas, até por ser desnecessário, o art. 1801.º mostra que o legislador de 1977 fez questão de referir os meios de prova científica e dar-lhes o relevo que desconheciam até aí.

Depois, ao modificar os institutos que nos têm servido de apoio da exposição, a Reforma abriu nitidamente o caminho aos meios laboratoriais.

A *impugnação da paternidade* do marido deixou de ter fundamentos taxativos. O autor prova por qualquer meio que

fronta-se a individualidade genética do réu com as frequências génicas da população. Quanto mais raras forem as características genéticas do réu — que se encontrem também no filho — maior será a probabilidade de ser ele o pai e não outro homem qualquer; quanto mais vulgar for a constituição genética do réu, mais facilmente se admite que o progenitor possa ser ele ou outro homem qualquer.

No que respeita ao primeiro elemento — o estudo serológico do réu — o número e o tipo de exames efectuados é fundamental; na verdade, a «fisionomia» genética de um certo indivíduo tem de basear-se sobre um conjunto de dados cuja extensão tem sido definida pela ciência e prática médico-legais. Assim, o número e o tipo de exames deve ser suficientemente alargado para caracterizar o indivíduo e também para explorar as possibilidades de o excluir como progenitor; sem, por outro lado, cair no exagero de esgotar todas as possibilidades científicas — morosas e caras — quando a utilidade de mais um exame começa a parecer diminuta.

A prática internacional indica que se costuma fazer cerca de vinte exames — o que acontece também no nosso país. Note-se que a realização de mais algum teste, ou a modificação das técnicas utilizadas em algum dos testes efectuados, pode não influir no resultado da perícia mas, provavelmente, leva à alteração do resultado final em algum dos seguintes sentidos possíveis: a exclusão da paternidade; a diminuição da percentagem final; o aumento da percentagem final.

O segundo elemento básico desta perícia é, como já escrevi, a disponibilidade de um mapa génico da população.

A perícia seroestatística será tanto mais perfeita quanto mais perfeito for o mapa génico utilizado.

Deve dizer-se antecipadamente que um mapa génico nunca resulta do conhecimento exhaustivo das características genéticas de todos os membros de uma população determinada. Ele resulta sempre de uma amostragem, sendo certo que a selecção e a extensão dos indivíduos analisados obedece a critérios científicos ponderados e julgados bastantes para o efeito de que se trata. Os mapas génicos que

vêm sendo utilizados em Portugal são mapas respeitantes ora à população europeia branca no seu conjunto, ora à população branca norte-americana, ora à população espanhola, sobretudo galega. Começa também a dispôr-se dos primeiros mapas actualizados de marcadores genéticos da população portuguesa.

Importa sublinhar que a circunstancia de se utilizar um mapa — e não outro — traduz-se numa diferença do resultado final. Assim, relativamente a um réu português, é altamente provável que a utilização de um mapa português dê um resultado diferente do que se apura utilizando as frequências de populações a que o réu não pertence (2). Mas, por uma questão de rigor, é necessário dizer que as variações resultantes da utilização deste ou daquele mapa disponível não são grandes; pode honestamente supor-se que a alteração do resultado se cifre em apenas escassas décimas, no máximo.

Apreciemos agora o terceiro elemento que integra o método seroestatístico de afirmação da paternidade — a relação matemática entre a individualidade genética do réu e as frequências génicas da população.

A fórmula de *Essen-Möller* que se usa para determinar a probabilidade de paternidade é utilizada em todos os países e merece todo o crédito. Isto não invalida, porém, que se trate de um método de cálculo de probabilidades que admite uma margem de erro; inclusivé porque opera com dados que são estabelecidos *a priori*. Assim, parte-se do pressuposto de que a probabilidade *a priori* de o réu ser o pai é de 50% — supondo-se que o réu tanto pode ser o pai como não ser. Esta probabilidade *a priori* de 50% é utilizada para que a fórmula seja neutra. Mas a neutralidade que convém em abstracto — pode não quadrar bem com a realidade efectiva e concreta que as provas convencionais e o conhecimento global do caso sugiram: o pressuposto téc-

(2) Sobre este aspecto veja-se SCHOLL, Claus — *Biostatistische...*, cit., p. 1918.

nico de que o réu tem as mesmas probabilidades de ser ou de não ser o progenitor pode mostrar-se claramente falso numa avaliação liminar do caso concreto. E se, ao fazer as contas, se mudasse o valor de probabilidade *a priori*, a conclusão também mudaria: um valor *a priori* de 10% ou de 90% contra o réu daria, respectivamente, uma probabilidade mais baixa ou uma probabilidade mais alta de ser ele o progenitor (3).

Acrescente-se, por último, que o método de *Essen-Möller* utilizado por Hummel e pressuposto pelas suas tabelas não é o único. Os especialistas franceses, por exemplo, dão nota de outros processos matemáticos que atingem resultados diferentes, embora de valor aproximado (3a).

No termo do processo que utiliza os três elementos enunciados obtém-se a probabilidade de o réu ser o progenitor, em vez de outro homem qualquer escolhido ao acaso na população.

A experiência interdisciplinar do método, a prática médico-legal e jurisdicional, permitiu elaborar uma conversão dos valores percentuais em expressões verbais ou «predicados verbais» (traduzindo a frase alemã *Verbales Prädikat*).

O resultado desta conversão é a chamada «escala de Hummel» que se apresenta, resumidamente, deste modo:

<i>Probabilidade de paternidade:</i>	<i>Tradução verbal:</i>
igual ou superior a 99,73%	Paternidade praticamente provada
de 99% incl. até 99,73% excl.	Paternidade altamente provável
de 95% incl. até 99% excl.	Paternidade muito provável
de 90% incl. até 95% excl.	Paternidade provável
de 10% incl. até 90% excl.	Resultado sem relevância

(3) Veja-se, ainda, SCHOLL, Claus — *Biostatistische...*, cit., p. 1918.

(3a) SALMON, D. — *Aide ou diagnostic de paternité à partir des marqueurs do polymorphisme génétique*. Paris, UER, Salpêtrière, 1977.

O que vale uma perícia seroestatística para a decisão de uma causa?

Vale... o que vale. Não deve exagerar-se, nem diminuir-se, o interesse probatório do cálculo seroestatístico.

É necessário prevenir, desde logo, contra a sobrevalorização das percentagens obtidas, com base nos hábitos vulgares de raciocínio. Com efeito, um valor de 89%, por exemplo, é bastante alto na avaliação comum das coisas da vida. No entanto, não é justo utilizar neste domínio específico o mesmo quadro de valores que se utiliza da vida corrente. Basta verificar que, segundo a escala de Hummel, o valor de 89% não significa nada (!) enquanto na ponderação corrente da vida prática significaria uma grande probabilidade de um evento ter acontecido. Em suma, os valores percentuais têm aqui um sentido técnico específico e como tal devem ser ponderados.

Deve ainda considerar-se que se trata de uma conclusão estatística que pode variar em função das mudanças que se introduzam nos pressupostos básicos. A alteração do número de exames, a modificação das técnicas usadas em cada exame, a escolha do mapa génico utilizado, ou a aplicação deste ou daquele método de cálculo de probabilidades, conduzem a variações dos resultados. Por pequenas que sejam, estas variações podem traduzir-se numa mudança de escalão na tabela de Hummel: por exemplo, podem fazer com que um resultado de 99,73%, correspondente a uma «paternidade praticamente provada», acabe por descer para 99,65%, correspondente a uma «paternidade altamente provável»; ou vice-versa.

Tem de pensar-se, também, que um resultado, digamos, de 98% não esconde a remota possibilidade (de 2%) de outro homem qualquer — que não o réu examinado — ser afinal o progenitor do investigante. Esta remota possibilidade tem mais ou menos peso consoante as circunstâncias do caso: se o juiz, por exemplo, acreditar que vários homens coabitaram com a mãe no período legal da concepção, poderá recear que algum desses outros homens seja afinal o pai verdadeiro; pelo contrário, se o juiz admitir que só o réu coabitou com a mãe do filho, ou se admitir que conhece todos os homens que coabitaram com a mulher e apurou a probabilidade

de cada um deles ser o pai, tenderá a desvalorizar aquele risco mínimo de errar na decisão contra o réu.

Estas observações permitem entender bem a diferença de valor conclusivo entre a prova hematológica que *exclui* a paternidade e a prova hematológica-estatística que *afirma* a paternidade. Quando o perito exclui a paternidade está seguro de que o réu não pode ser o pai, em face da incompatibilidade genética verificada no laboratório; quando o perito afirma a paternidade limita-se a exprimir a probabilidade estatística de o réu ser o pai.

É por isto que, embora os resultados seroestatísticos tenham uma aceitação crescente nas acções de filiação e constituam um meio de prova muito importante, é costume dizer-se que eles não devem dispensar um conhecimento global do caso e de outros elementos probatórios concorrentes que ajudem a formar a convicção do tribunal.

Sem prejuízo do respeito por este princípio, julgo que a certeza estatística que se pode obter hoje, nos laboratórios portugueses, não é menor do que a certeza prática que sempre basta para fundar as decisões judiciais. Isto vale por dizer que não é facilmente aceitável que um tribunal despreze um resultado positivo de, digamos, 99% e resolva em sentido contrário com base em provas convencionais.

III — NOVOS ASPECTOS JURÍDICOS

Se é verdade que as modificações legislativas podem ter incrementado as provas periciais, também é verdade que a generalização e a eficiência destas podem suscitar novas dificuldades jurídicas.

a) Julgo que valeria a pena reflectir sobre a legitimidade passiva nas acções de investigação (ou nas acções de estado, em geral).

Quando o autor não pudesse distinguir o pretenso pai de entre os indivíduos que tivessem coabitado com a mãe na época provável da concepção, poderia pensar-se em admitir que ele formulasse o pedido em alternativa, demandando simultaneamente os possíveis

progenitores e pedindo que fosse declarada a paternidade daquele que, segundo o resultado da prova, tivesse sido o responsável pela gestação. Supondo que todos se submetiam à prova pericial, bem poderia chegar-se a conhecer de um modo claro e rápido contra qual deles a acção deveria prosseguir.

Diga-se já que os termos do art. 468.º do Código de Processo Civil não permitem tal coisa; o pedido alternativo supõe uma obrigação alternativa (4). Tratar-se-ia, é claro, de modificar esta regra; não haverá obstáculo decisivo que impeça a admissibilidade de pedidos alternativos para além do caso puro das obrigações alternativas. No fundo, a questão essencial seria a de reconhecer que o direito processual declaratório foi concebido para desenvolver relações patrimoniais, e que os procedimentos típicos carecem de adaptação aos problemas de natureza pessoal que — como é o caso — podem fazer exigências — peculiares.

A ideia de formular o pedido em alternativa nesta matéria é, aparentemente, sedutora, talvez pela simplicidade com que traduz a dúvida que o autor (ou a sua mãe) pode sentir quanto à responsabilidade pela fecundação. Convenhamos, porém, que a execução dessa ideia não parece muito elegante e poderia dar causa a uma «aliança» de conveniência entre os réus que acabaria afinal por prejudicar o autor em lugar de o favorecer (5).

Outra ideia — mais exequível — seria a de admitir a intervenção principal, ao menos (6) quando se pretendesse que a mãe

(4) CASTRO, Artur Anselmo de — *Direito Processual Civil Declaratório*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1981, p. 158.

(5) GERNHUBER, Joachim — *Lehrbuch des Familienrechts*, 3.ª ed., München, C. H. Beck, 1980, p. 892; LÜDERITZ, Alexander — *Zur Reform des Verfahrensrecht in Kindschaftsachen*, «Zeitschrift für das gesamte Familienrecht», Bidefeld, 1966, p. 621.

(6) Excluindo, por agora, a intervenção espontânea, ao lado do autor, daquele que, para evitar o risco de um novo pleito contra si próprio, está interessado em ajudar o filho na procedência da acção.

do filho teria coabitado com outro homem durante a época provável de concepção e que este poderia ser o pai, em lugar do réu.

O direito vigente (art. 351.º do C.P.C.) exclui esta faculdade de intervenção principal sucessiva, pois exige que o interveniente tenha um interesse igual ao do autor ou do réu, e isto depende de ele ser também sujeito da mesma relação material controvertida. Mais uma vez parece que a norma está concebida para as hipóteses normais em que se discute a condenação ou absolvição a propósito de um vínculo patrimonial já formado, e que ela não serve para a acção de investigação em que se pretende constituir a relação jurídica.

A intervenção daquele segundo homem poderia interessar a ele mesmo, desejoso de esclarecer imediatamente as dúvidas acerca da sua responsabilidade na concepção; a intervenção poderia interessar ao juiz da causa que achasse vantagem no contacto mais estreito com este progenitor possível, ou que quisesse acentuar perante ele o dever de colaboração para a descoberta da verdade; a intervenção seria vantajosa, por fim, do ponto de vista da economia processual, sempre que se tornasse patente, sobretudo através da prova seroestatística, que o segundo homem é que seria, provavelmente, o progenitor. A acção improcederia contra o réu primitivo e o esforço judicial seria dirigido contra o segundo homem, num procedimento que os autores alemães designam por «mera formalidade» (7) (8). Com efeito, seria de esperar que toda a prova necessária para um juízo fundado já tivesse sido produzida — com audiência contraditória — na altura em que a lide se dirigia contra o réu primitivo.

(7) LÜDERITZ, Alexander — *Zur Reform...*, cit., p. 622; GERNHUBER, Joachim — *Lehrbuch...*, cit., p. 892. Cfr. também WIESER, Eberhard — *Streitverkündung im Verfahren zur Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft*, «Zeitschrift für das gesamte Familienrecht», 1971, p. 393-395.

(8) Veja-se, para o direito suíço, HEGNAUER, Cyril — *Grundriss des kin-desrechts*, 2.ª ed., Bern., Stämpfli, 1983, p. 62.

Veja-se, para o direito francês, o art. 311-10 do *Code Civil*; BÉNABENT, Alain — *Droit Civil. La Famille*, 2.ª ed., Paris, Litec, 1984, p. 300-301; ainda COLOMBET, Claude, et al. — *La Filiation légitime et naturelle*, 2.ª ed., Paris, Dalloz, 1977, p. 76.

b) A grande eficácia dos novos meios técnicos contrasta muito com os velhos métodos da prova testemunhal que, aliás, no domínio das acções de investigação da paternidade se torna especialmente apaixonada e mentirosa.

Não seria para admirar que uma defesa menos convicta da sua razão preferisse sistematicamente recusar-se a submeter-se a exames hematológicos, para jogar os seus trunfos do modo tradicional. É certo que a recusa seria livremente apreciada e o juiz poderia tirar dela uma consequência desfavorável. Mas pode razoavelmente duvidar-se da eficácia desta sanção.

A alternativa seria a da compulsão pelo uso da força.

Chegado a este ponto, dou por reproduzida a extensa doutrina e o direito positivo sobre a tutela dos direitos fundamentais à integridade física e moral. Feito isto, seria difícil admitir que os exames pudessem ser impostos pela força física.

É verdade que o Código de Processo Penal prevê, com frequência, a utilização da força (cfr. os arts. 116.º, n.º 2, 172.º, 273.º e 323.º). Mas sempre se dirá que os interesses aí prosseguidos justificam mais restrições à liberdade individual do que no processo civil; que, apesar disto, não deixa de se estabelecer o princípio de que são nulas as provas obtidas mediante coacção ou, em geral, ofensa da integridade física (art. 126.º, n.º 1 e n.º 2, al. c)); dir-se-á, por último, que nem no âmbito do processo penal é seguro e pacífico que a utilização da força física, mesmo em casos contados, seja compatível com os direitos constitucionais à integridade física e à integridade moral (9).

Posto isto, fique ao menos a consciência nítida de que, se não estamos no âmbito do processo penal, também não estamos no domínio do processo civil típico. Os interesses ligados ao estado das pessoas são interesses públicos, tendencialmente indisponíveis, a justificar, por exemplo, quer uma ampla intervenção do Ministério Público como parte principal, mesmo a título oficioso,

(9) DIAS, Jorge F.; MONTEIRO, Jorge S. — *Responsabilidade médica em Portugal*. «Separata do Boletim do Ministério da Justiça», Lisboa, 1984, p. 56.

quer o afastamento dos efeitos da revelia (art. 485.º, al. c), do C.P.C.).

Foi certamente a natureza destes interesses que justificou, no direito alemão, o reconhecimento expresso da faculdade de compeli-la pela força física o renitente a apresentar-se no laboratório para efeitos das colheitas necessárias (§ 372 a) (2) ZPO).

Se o direito alemão não puder ser modelo neste particular — mesmo para um sistema como o nosso que, no âmbito do processo civil, admite que uma testemunha possa ser forçada a comparecer sob custódia perante o juiz (art. 629.º, n.º 2, do C.P.C.) — ao menos que a consequência legal estabelecida seja usada de um modo tão eficaz quanto possível. Isto é, ao menos que os tribunais tendam a fundar nas recusas consequências probatórias desfavoráveis, e assim criem uma garantia suplementar da obrigação de cooperar para a descoberta da verdade.

Seria pena que o exercício fraudulento de direitos fundamentais levasse a desperdiçar a eficácia de meios de prova pericial e, deste modo, compromettesse o direito do filho ao estabelecimento da paternidade.

c) O desenvolvimento e a generalização das perícias médico-legais criam o sentimento um pouco grosseiro de que as acções de investigação, ou outras acções de estabelecimento dos vínculos de parentesco, se resolvem no laboratório. Sendo assim, é natural que se pense na faculdade de obter resultados periciais fora de qualquer processo judicial; e se pense na criação de laboratórios diferentes dos tradicionais.

No domínio do estabelecimento da filiação concebem-se hipóteses em que a produção extrajudicial e pré-judicial da prova teria vantagens. Pensemos no indivíduo que, na dúvida sobre a sua condição de pai, só perfilha se tiver a prova bastante da sua responsabilidade; pensemos também que o Ministério Público já beneficia da prova pré-judicial no âmbito da sua competência oficiosa.

Porém, ressalvado o caso da actuação do Ministério Público, o livre acesso à prova pericial fora de uma causa tem mais incon-

venientes do que vantagens. Seria muito desagradável que, por mera curiosidade, alguém pudesse obter uma prova científica e, com base nela, discutir fora de um processo um vínculo familiar estabelecido; como seria muito inconveniente que se pudesse exhibir uma prova decisiva sem intenção de a usar judicialmente ou numa altura em que, por força da caducidade, já não seria possível usá-la judicialmente ⁽¹⁰⁾.

Parece, assim, mais razoável insistir em que a prova pericial só deve poder ser usada no seio de um processo em curso ou, no máximo, nos casos admitidos de produção antecipada de prova ⁽¹¹⁾ ou de averiguação oficiosa pelo Ministério Público.

O segundo problema enunciado nesta alínea é o de saber quais serão os laboratórios competentes para a execução das perícias. Pode dizer-se que o interesse fundamental a satisfazer é o da boa execução dos exames, segundo as normas internacionais próprias, acompanhada pela fiscalização conveniente. Sendo assim, admito que um laboratório privado possa reunir as condições indispensáveis para satisfazer este desiderato. Porém, a melhor realização técnica da perícia não é único valor que se deve proteger. Interessa também garantir que a realização dos exames se faça sob a égide do tribunal, num organismo auxiliar, sem escopo lucrativo, que partilhe da isenção e do prestígio das instâncias oficiais, e que seja permeável a uma tutela e fiscalização seguras.

Parece-me mais sensato, pois, confinar a execução das perícias a laboratórios oficiais.

d) O progresso e a generalização das perícias médico-legais pode suscitar entre nós a questão de saber se a disponibilidade de um novo meio de prova justifica uma revisão de sentença transi-

⁽¹⁰⁾ Cfr., porém, o que se escreve adiante, em al. d).

⁽¹¹⁾ Por exemplo, quando se prevê a morte da mãe na sequência do parto e é conveniente colher amostras de sangue para a realização das perícias.

tada em julgado. Trata-se, afinal, de saber se um novo relatório pericial, baseado em testes mais modernos e concludentes, pode valer como «documento» nos termos e para os efeitos do art. 771.º, al. c), do Código de Processo Civil (12).

Em face da noção muito ampla de documento que o Código Civil acolhe, não haveria dificuldade em qualificar como tal o relatório do perito.

A primeira dificuldade surge, porém, quando sentimos que este documento especial não aceita bem o regime positivo típico sobre a força probatória — regime e força probatória que, no fundo, são a base que sustenta a faculdade de rever uma sentença transitada em julgado.

Apesar disto, o documento em que se traduz a conclusão do perito pode assumir uma força probatória indiscutível, e neste caso poderia valer tanto como um clássico documento escrito para o efeito de justificar a revisão de sentença. Tudo estaria em definir as condições em que o relatório pericial assumiria aquele valor probatório suficiente.

Estas condições diriam respeito, naturalmente, à boa qualidade do laboratório e à categoria do perito, à natureza do método científico utilizado e à capacidade de esclarecimento que os resultados, em si mesmos, manifestassem. Para concretizar, poderia dizer-se que uma perícia hematológica de exclusão da paternidade feita num laboratório oficial, nas condições habituais, poderia bastar para, «por si só (...) modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida» (cfr. o art. 771.º, al. c), do C.P.C.) e, deste modo, sustentar a revisão da sentença que declarara a paternidade do réu. Para dar outro exemplo: um novo exame estabelecendo uma probabilidade altíssima de o réu ser o pai deveria ser bastante para modificar o estado de incerteza que, na investigação de paternidade, conduzira à absolvição do réu.

(12) Sobre a questão, em geral, veja-se REIS, Alberto dos — *Código de Processo Civil*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1953, p. 352-358.

Este problema foi discutido na doutrina da República Federal Alemã durante alguns anos e a opinião dominante (13) aceitava que o resultado de uma nova perícia podia valer como documento novo para o efeito de revisão de sentença. Em 1969 acrescentou-se um artigo ao código de processo consagrando aquela orientação e precisando que o recurso de revisão com base em nova perícia não estava sujeito a prazo de caducidade, ao contrário do regime geral (§ 641 i da ZPO).

Parece ser um grande passo aceitar que o caso julgado ceda perante uma conclusão decisiva resultante de um novo meio pericial. E é. Mas o passo talvez se justifique em homenagem ao estabelecimento da verdade sobre o estado das pessoas, apesar de comprometer a certeza já alcançada.

Note-se, porém, que a relevância prática desta orientação seria pequena. Com efeito, desde que não se admita que se possa obter novos meios de prova pericial fora de uma acção não se vê facilmente como seria possível obter o tal documento novo que justificaria a revisão da sentença (14).

e) O regime legal português da investigação da paternidade fora do casamento pode parecer escusadamente complicado se o compararmos com aquele que vigora nos sistemas jurídicos estran-

(13) GAUL, Hans — *Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe*, Bielefeld, E. und W. Gieseking, 1965; e, do mesmo autor, *Das künftige Verfahren zur Feststellung des unehelichen Vaterschaft und seine Wiederaufnahme*, «Zeitschrift für das gesamte Familienrecht», Bielefeld, 1963, p. 208-221. V. ainda ROSENBERG; SCHWAB — *Zivilprozessrecht*, 12.ª ed., München, C. H. Beck, 1977, p. 916.

(14) Ao que parece, nem quando se admite o acesso livre ao laboratório se torna muito mais viável a produção de um novo meio de prova já que, fora de uma acção, os interessados não têm o dever jurídico de cooperar para a descoberta da verdade e não se dispõem a colaborar em novos exames contra o seu interesse pessoal. Cfr. GERNHUBER, Joachim — *Lehrbuch...*, cit., p. 899 e 900; e REINHIMER, Hans — *Die gerichtliche Feststellung der nichteheliche Vaterschaft*, «Zeitschrift für das gesamte Familienrecht», Bielefeld, 1970, p. 122.

geiros — sobretudo com o sistema germânico onde a mera prova da coabitação faz presumir a paternidade contra o réu. Se a atitude de princípio do legislador dos dois países é a de admitir a prova livre do vínculo biológico, temos de convir que o sistema da R.F.A. satisfaz o objectivo fundamental com muito maior, grandeza.

Julgo, porém, que a escolha entre um regime como o nosso ou como o que vigora na R.F.A. depende, em grande parte, da maior ou menor disponibilidade dos meios científicos de exclusão do vínculo de progenitor. Se a paternidade se presume contra o réu com base na mera prova de coabitação é forçoso que o presumido pai disponha das maiores possibilidades de obter uma prova *negativa* da paternidade quando ele não é, de facto, o progenitor. Esta faculdade de obter facilmente uma perícia que ateste a *exclusão* está garantida na R.F.A há bastante tempo — ao contrário do que vem acontecendo no nosso país. É certo que, desde há alguns anos, pode dizer-se que os laboratórios nacionais estão em condições técnicas de produzir resultados fidedignos de exclusão da paternidade; mas resta ponderar o preço relativamente caro dos exames e o custo pessoal da deslocação dos interessados até aos laboratórios. Julgo que as perícias de exclusão da paternidade — embora tecnicamente irrepreensíveis e fidedignas — ainda não são baratas e exequíveis sem excessivo incómodo, de tal modo que o sistema legal possa organizar-se com base nelas sem onerar demasiado os eventuais réus.

No momento em que se puder dizer que um réu, no nosso país, tem uma real facilidade de obter uma perícia de exclusão da paternidade, será altura de pensar em fazer valer entre nós um regime legal como o que vigora na R.F.A.

ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS, RISCO E ABUSO DO DIREITO, A PROPÓSITO DE UM CRÉDITO DE TORNAS

Parecer (*)

Sumário: — I. A sentença homologatória do acordo das partes, nomeadamente em partilhas, tem uma natureza mais própria do negócio jurídico em que se funda do que de acto judicativo típico. — II. Quando, passados 10 anos, os credores de tornas exigem o seu pagamento aos herdeiros que ficaram com bens da herança situados em Angola e os perderam depois da inexecução deste País contrariam regras elementares da boa fé e fazem exercício abusivo do seu direito. — III. O art. 796.º do C. Civil, embora estabeleça um regime de «riscos próprios do contrato» de transferência de domínio, não afasta necessariamente o regime do art. 437.º ou do art. 334.º do C. Civil. — IV. O art. 796.º impõe ao adquirente o «risco da contra-prestação» para compensar a diminuição patrimonial que o transmitente já sofreu. Esta diminuição prévia não ocorre na adjudicação em acordo de partilhas, pelo que não se justifica a aplicação do art. 796.º do C. Civil.

Nos embargos deduzidos por M. C. e A. F. contra a execução para pagamento de quantia certa que lhes moveram L. S. e A. S., fui chamado a dar o meu parecer.

Conhecendo os factos tal como vêm relatados nos autos, e abstenho-me de os reproduzir, a minha opinião será apresentada em resposta à seguinte pergunta:

— Os executados por dívida de tornas devem ser coagidos a cumprir, neste caso?

1. O direito dos credores de tornas assenta num acordo válido, homologado por sentença e, em situação normal, o seu

(*) Publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, tomo V, 1989, pp. 20-7.

exercício não suscitaria qualquer dúvida. Isto é, não se discute a legalidade formal da pretensão do exequente; mas a legitimidade substancial dela é mais do que discutível nas circunstâncias concretas no caso.

2. O acordo de partilhas, celebrado em Dezembro de 1973, estabeleceu que os executados receberiam todos os bens, pagando tornas aos exequentes. O pagamento havia de ser feito em Luanda, no prazo de um ano a contar do trânsito em julgado da sentença homologatória das partilhas: até 17 de Janeiro de 1975.

Porém, o cumprimento forçado da obrigação de pagar tornas estabelece, neste caso, um *desequilíbrio grosseiro, injusto e surpreendente*, entre os herdeiros. Sem discutir a validade formal da dívida, pode dizer-se que é sobretudo injusto forçar os devedores ao cumprimento.

3. Na verdade, durante o prazo assinado para o cumprimento da obrigação — durante o ano de 1974, *grosso modo* — a vida política, social e económica das ex-colónias portuguesas transformou-se radicalmente. A queda do regime de Marcelo Caetano na metrópole traduziu-se rapidamente, em Angola, na paralisação das actividades militares do exército português, na ascensão política dos chamados «movimentos de libertação», na desorganização da economia quer pela alteração das operações financeiras quer pela perda de confiança na propriedade privada.

Este clima de insegurança afectou globalmente a vida de Angola até um ponto em que se pode dizer que nada ficou como era, naquele território. A expressão mais clara dessas alterações terá sido, para os portugueses residentes na Europa, o movimento dos «retornados»: vários contingentes chegaram à Metrópole logo no ano de 1974.

Os bens de raiz perderam o seu valor de troca e se, em 1974, ainda se faziam algumas transacções, eram apenas em favor dos que procuravam comprar por preço simbólico na esperança de que o clima político se estabilizasse de um modo favorável aos seus interesses: assim se fez em 1962, no início das actividades de guerrilha, e os compradores dessa época fizeram grandes fortunas com a valorização subsequente.

4. Foi por ter uma consciência clara de que os titulares dos direitos não tinham a real disposição dos bens que o legislador de 1977 admitiu a suspensão da liquidação ou do pagamento do imposto sucessório (Dec.-Lei n.º 75-H/77, de 28 de Fevereiro). O preâmbulo desse Decreto-Lei considerou que uma medida como essa era «justa» nas circunstâncias consideradas.

Por sua vez, o caso presente mereceu ficar abrangido por aquele regime de excepção — no art. 27.º da petição de embargo — no processo e a decisão respectiva.

É claro que, em direito estrito, o Estado só tinha de liquidar o imposto sucessório e exigir o respectivo pagamento. Porém, o legislador teve a noção de que o imposto supõe um enriquecimento efectivo, supõe a disponibilidade prática e económica dos bens, supõe que se guarda uma vantagem. Ora, em circunstâncias excepcionais, como as que se verificaram no caso presente, seria injusto cobrar o imposto.

Em suma, a perturbação prática e económica foi tão grave que levou o próprio Fisco a condoer-se do cidadão!

5. A primeira conclusão parcial é esta: os co-herdeiros a quem foram adjudicados os bens da herança — quase todos situados em Angola — perderam os imóveis. Adquiriram a propriedade sobre eles, é certo, no momento em que transitou em julgado a sentença homologatória das partilhas; mas passados alguns meses e durante o ano em que haviam de cumprir o débito de tornas, perderam o domínio de facto, a fruição, o valor de troca dos prédios, até virem a perder o domínio jurídico com a nacionalização da propriedade em 1975. É neste quadro real — notório e dramático — em que o país viveu e em que os executados foram actores anónimos que surge a exigência do cumprimento da obrigação de tornas acordada em 1973, na conferência de interesses na partilha.

Cerca de dez anos passados sobre o incumprimento da obrigação, os credores exibem um título válido e instauram a execução para pagamento de quantia certa.

6. O cumprimento da dívida de tornas depois da perda dos bens adjudicados *desequilibra grosseiramente o acordo dos interessados*.

O acordo dos interessados é o modo e o resultado do exercício da vontade dos co-herdeiros, que têm na sua mão o poder de distribuir as vantagens da herança segundo a proporção das suas quotas, isto é, segundo a regra da igualação proporcional ⁽¹⁾.

É a vontade de todos os herdeiros que dá a cada um tanto quanto este deve receber; e cada um recebe tanto quanto cada um dos outros recebe, com uma quota igual. Trata-se de um acordo e de uma distribuição profundamente sinalagmática; de um negócio no qual cada um recebe porque e na medida em que cada um dos outros recebeu.

É por esta razão que se torna chocante o desequilíbrio entre os intervenientes ainda antes do cumprimento total. O desequilíbrio grosseiro das prestações frustra a intenção primeira do acordo.

O sinalagma próprio do acordo de partilhas sobressai justamente no caso em que há lugar ao pagamento de tornas. De facto, as tornas são a contraprestação de uma vantagem excessiva, devem-se porque se recebeu mais do que a quota permitia. É esta a sua justificação. Pode assemelhar-se este nexos causal àquele que liga a compra de uma coisa à dívida do preço, isto é, pode dizer-se que uma adjudicação hereditária e a dívida de tornas que ela suscita constituem os termos de um sinalagma idêntico ao nexos exemplar da compra e venda.

Em rigor, porém, pode dizer-se que o sinalagma presente na noção de tornas é mais forte do que o vínculo de reciprocidade que une a coisa vendida ao seu preço: é mais forte no sentido em que está mais nitidamente reconhecido e protegido pelo direito. De facto, enquanto o vulgar credor do preço, na compra e venda, ficará protegido só com a garantia patrimonial geral do cumprimento (a não ser que acorde em garantias especiais) o credor de

⁽¹⁾ Paolo Forchelli, *Divisione*, Bologna, Zanichelli, 1970, pp. 490-1.

tornas goza de hipoteca legal sobre os bens adjudicados ao devedor (art. 705.º, al. e), do Código Civil) e de outras garantias, quanto a bens móveis, estabelecidas nos arts. 1378.º e 1384.º do Código de Processo Civil.

Estas garantias especiais impostas por lei reflectem a ligação íntima entre a adjudicação de bens e as tornas que se devem *por causa* dela. O credor de tornas poderia ficar na posição do credor do preço — com a mera garantia geral. Porém, a lei considerou que o crédito de tornas nasce da adjudicação excessiva e que seria impróprio, iníquo que o devedor de tornas pudesse furtar os bens adjudicados à garantia preferencial do crédito respectivo.

É certo que este vínculo de reciprocidade foi respeitado no acordo de interessados: os co-herdeiros assumiram a dívida de tornas porque adquiriram a propriedade de todos os bens de raiz. Mas também é certo que este nexos de reciprocidade foi radicalmente destruído agora, *pois que os proprietários perderam quase tudo e estão a ser forçados a pagar tudo*.

Dir-se-á também que este desequilíbrio pode acontecer ao comprador da coisa que perece por causa fortuita e continua obrigado a pagar o preço. Voltarei largamente a este ponto. Saliento agora, apenas, que se o sinalagma da dívida de tornas é mais forte, mais protegido, do que o sinalagma da compra e venda, então no primeiro caso a quebra da reciprocidade é mais chocante, mais injusta.

7. O ênfase que venho pondo no acordo de partilha, na frustração da vontade das partes, no desequilíbrio do resultado querido pelos co-herdeiros pode ser censurado de um modo simplista: basta afirmar que estamos em face da mera execução de uma sentença, que o acordo das vontades ficou tecnicamente consumido pela decisão judicial e que não tem sentido falar mais dele.

Creio, porém, que a resposta está dada não só pela lei processual mas também pela doutrina.

Os arts. 301.º e 815.º do Código de Processo Civil mostram bem que a sentença homologatória de acordos das partes tem uma natureza mais próxima do negócio jurídico em que se funda do que

do acto judicativo típico: na verdade, os citados artigos proclamam a relevância de todos os fundamentos de nulidade ou de anulação do negócio jurídico sobre o qual recaiu a sentença homologatória.

Também a doutrina reconhece o «carácter substancialmente extrajudicial» das sentenças meramente homologatórias. Anselmo de Castro ⁽²⁾ é bem claro a este respeito, e se a lei processual não se refere expressamente à sentença homologatória de partilhas fá-lo este autor sem hesitação, afirmando que as regras assentes para as sentenças que são referidas devem aplicar-se também a «outros casos» entre os quais se encontra «a adjudicação de bens ou créditos em partilhas» onde «a intervenção do tribunal é aqui também substancialmente homologatória da vontade das partes ⁽³⁾».

Também João Lopes Cardoso ⁽⁴⁾ considera a sentença mera «chancela do que se deliberou», «mais [...] uma homologação das partilhas do que [...] acto final de julgamento delas».

8. O desequilíbrio, além de grosseiro e injusto, é *surpreendente*.

As partilhas foram feitas no domínio da lei anterior à Reforma de 1977 e portanto, era pacificamente reconhecido que os filhos legítimos tinham direito a uma quota igual ao dobro da quota dos filhos ilegítimos.

No caso, os filhos legítimos ficaram com todos os bens de raiz, enquanto os filhos ilegítimos ficaram credores de tornas.

Em face da perda de quase todos os imóveis que compunham a quota dos filhos nascidos do casamento, a satisfação do

⁽²⁾ *A acção executiva singular, comum e especial*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1977, p. 30.

⁽³⁾ *Ob. cit.*, p. 32. A mesma ideia aparece, com todo o vigor, na p. 277, nota 1: «[...] a sentença de partilha, título também de carácter misto de sentença e negócio, por assente em última análise na vontade das partes, e como tal impugnável por vícios da vontade [...]».

⁽⁴⁾ *Partilhas Judiciais*, II, Coimbra, Almedina, 1980, p. 495.

crédito de tornas viria a produzir a seguinte consequência: se não contarmos com uma pequena porção de bens imóveis que se encontravam na metrópole *os filhos que viriam a beneficiar com a herança seriam os filhos ilegítimos*. O que contraria manifestamente o espírito da lei que regeu o acordo de partilhas.

9. O desequilíbrio provocado pela alteração das circunstâncias em Angola e pela exigência do pagamento de tornas é *injusto* também por outra razão, que a seguir se expõe.

O prazo assinado para o cumprimento da dívida de tornas terminava em 17 de Janeiro de 1975. Durante este prazo, os devedores sentiram as maiores dificuldades para administrar os bens herdados, como resulta das suas alegações, do que agora fica escrito e do que foi público e notório, na época. Pode dizer-se que, durante esse prazo, perderam de facto os bens adjudicados que justificavam a dívida de tornas.

Por tudo isto, não pagaram o débito.

Em face disto os exequentes intentaram a acção executiva em Junho de 1985. Ou seja, recorreram às vias judiciais dez anos depois de a dívida estar vencida.

É claro que, salvos os casos em que a lei estabelece um prazo mais curto, o prazo de prescrição é de vinte anos. É evidente, também, que o caso presente não é nenhum daqueles em que a lei estabelece um termo especial. Portanto, em princípio, os exequentes estariam em condições de exigir o cumprimento.

Todavia, *em circunstâncias concretas e muito especiais*, a doutrina tem sublinhado que o *decurso de um prazo relativamente longo, sem exercício do direito, pode provocar no devedor o sentimento justificado de que a prestação não será exigida* ⁽⁵⁾.

A perda de quase todos os bens da herança foi notória para todos os herdeiros; pode bem admitir-se que os executados deram a perda por irremediável — tal como o Estado suspendeu *sine*

⁽⁵⁾ Menezes Cordeiro, *Da bou-fé no direito civil*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1984, pp. 797-836.

die a liquidação do imposto sucessório; e tudo isto pode ter criado nos devedores de tornas a convicção de que o débito perdera o sentido e o seu cumprimento não viria a ser exigido.

É mais do que razoável pensar que, no ânimo dos herdeiros dos bens de raiz, a convicção era a de que a herança se perdera de vez e que se perdera *para todos*. A perda de quase todos os valores que tenham sido objecto de distribuição negocial afectou o acordo globalmente, desaparecendo a razão, a causa, do cumprimento da dívida de tornas.

Durante dez anos os credores de tornas corroboraram esta convicção: desde 1975 até 1985 não exigiram judicialmente o pagamento.

A *boa-fé negocial justificou a sua inércia* e cimentou a ideia de que os titulares do crédito se tinham conformado com a frustração do acordo de partilhas de 1973.

Nestas condições, quando os exequentes exigem o pagamento, em 1985, surpreendem os co-herdeiros. Eles sabem qual fora a causa que justificara o crédito; sabem que os adjudicatários dos bens de raiz não chegaram a ter um domínio real sobre eles e logo perderam o domínio jurídico; e todavia fazem *renascer uma pretensão às tornas que pareciam ter abandonado* — como se esperava — quando não houve, nem há, um verdadeiro enriquecimento dos co-herdeiros a quem foram adjudicados formalmente os bens.

Esta pretensão contraria regras elementares de boa fé.

10. Ponderadas todas as condições referidas, julgo que o exercido do direito pelos exequentes é ilegítimo porque excede manifestamente os limites impostos pela boa fé.

A grave alteração das circunstâncias que ocorreu logo a seguir ao acordo de partilhas, a perda de todos os bens da herança que se encontravam em Angola, a frustração do acordo de distribuição dos bens, a iniquidade de uma dívida de tornas que perdeu a sua causa económico-jurídica, a pretensão executiva apresentada dez anos depois do vencimento quando sempre fora nítido que a herança se perdera e *todos* sabiam disso — tudo isto mostra que

a pretensão dos exequentes deve ser considerada como um exercício abusivo do direito de crédito ⁽⁶⁾.

Sendo assim, o titular do direito deve ser «tratado como se de todo em *todo* lhe faltasse o mesmo direito ⁽⁷⁾; o que se faria dando provimento aos embargos de executado ⁽⁸⁾ com o fundamento técnico mencionado no fim deste trabalho.

11. Analisarei, de seguida, uma objecção de natureza substancial que se podia enunciar deste modo: o caso em apreço exemplifica apenas as hipóteses em que o adquirente de bens deve suportar o *risco* do seu perecimento. Tratar-se-ia simplesmente da aplicação do art. 796.º do Código Civil e, por conseguinte, os adjudicatários dos imóveis devem pagar as tornas devidas aos exequentes tal como o comprador deve sempre pagar o preço, embora tenha perecido a coisa comprada.

Não faria sentido, neste momento, discutir a regra antiga segundo a qual o risco corre por conta do adquirente. Mas é necessário ponderar se esta regra *vale em qualquer caso*, mesmo quando a situação de facto é *excepcional*; e ainda se aquela regra vale para todos os negócios que importem transferência do domínio sobre uma coisa mesmo *quando se trate de uma partilha*.

12. A primeira das questões enunciadas — a de saber se a regra de que o risco corre por conta do dono nunca cede, mesmo

⁽⁶⁾ Como quer que se entenda o abuso do direito. Quer a limitação normativa do exercício abusivo resulte da intenção normativa do próprio direito (Castanheira Neves), quer se encontre fora dele na consciência ético-jurídica da comunidade (Manuel de Andrade), quer resulte antes dos limites do poder auto-determinação individual que o direito subjectivo serve (Orlando de Carvalho), quer ainda se justifique pela ideia de disfunção jurídica e de falta de integração sistemática (Menezes Cordeiro) — seja qual for a construção jurídica que se adopte julgo que o instrumento técnico do art. 334.º do Código Civil deve aplicar-se, neste caso.

⁽⁷⁾ Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, 3.ª ed., 1966, p. 64.

⁽⁸⁾ Sem prejuízo de, em acção normal, os interessados pedirem a modificação do negócio de partilha, para que se procedesse à distribuição dos poucos bens que escaparam à nacionalização decretada pela República Popular de Angola: designadamente os poucos bens que se encontravam na Metrópole.

quando as circunstâncias de facto são excepcionais ⁽⁹⁾ — é resolvida na doutrina nacional maioritária no sentido afirmativo. Na verdade Vasco Xavier ⁽¹⁰⁾, Mota Pinto ⁽¹¹⁾, Almeida Costa ⁽¹²⁾ e Menezes Cordeiro ⁽¹³⁾ afirmam que o regime do risco (art. 796.º do Código Civil) afasta o regime da alteração das circunstâncias (art. 437.º do Código Civil) sempre que se trata de um negócio que implique transferência do domínio sobre uma coisa, embora razões de equidade e de boa-fé justificassem a correcção de um desequilíbrio grosseiro. Seria esta uma imposição da ressalva contida no próprio texto do art. 437.º: «...e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato».

Gostaria de fazer algumas observações sobre esta questão utilizando dois trabalhos recentes, e de sentido oposto, respectivamente de Antunes Varela com a colaboração de Henrique Mesquita ⁽¹⁴⁾ e de Vasco Xavier com voto de concordância de Mota Pinto ⁽¹⁵⁾.

Antunes Varela defendeu a ideia de que o regime do art. 796.º é compatível com a norma sobre a alteração das circunstâncias. Em casos vulgares, quando se tratar de um risco previsível, com o qual as partes podiam contar de acordo com as regras da experiência, não haverá motivo que justifique a aplicação de um regime excepcional e, portanto, valerá a regra pura e simples do art. 796.º;

⁽⁹⁾ A questão é discutida acerca do art. 437.º mas poderia ser tratada de modo análogo em face da aplicação do art. 334.º Perguntar-se-ia então se a exigência do pagamento do preço constituiria exercício ilegítimo do direito de crédito do vendedor ou se, pelo contrário, o regime normal do risco importaria sempre o pagamento.

⁽¹⁰⁾ *Infra*, nota 15.

⁽¹¹⁾ *Infra*, nota 15.

⁽¹²⁾ *Direito das Obrigações*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp. 232-3. Veja-se, porém, o último parágrafo da p. 233.

⁽¹³⁾ *Da boa-fé...*, II, pp. 1092 e segs.

⁽¹⁴⁾ *Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias*, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano VII, tomo 2, 1982, pp. 7-17.

⁽¹⁵⁾ *Alterações das circunstâncias e risco (Arts. 437.º e 796.º do Código Civil)*, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano VIII, tomo 5, 1983, pp. 7-23.

pelo contrário, quando se tratar de um risco anormal, a regra do art. 437.º poderá ser chamada a cumprir a sua função — a de «reconduzir a uma situação de equilíbrio e de justiça comutativa as relações contratuais gravemente afectadas por acontecimentos anómalos». Esta doutrina é acompanhada de exemplificação que poderá resumir-se assim: um incêndio motivado por curto-circuito e a doença sobrevinda a um animal que se comprou a crédito são riscos normais, «daqueles riscos próprios do contrato» a que alude o art. 437.º; pelo contrário, um incêndio de um pinhal situado numa zona húmida e verdejante, especialmente dotada de meios de prevenção de fogos, é um evento anormal, um risco excepcional que pode justificar a intervenção do regime sobre alteração das circunstâncias e fundamentar a resolução do contrato ou a sua modificação em termos equitativos.

Vasco Xavier, no estudo citado, defendeu a opinião de que o regime do art. 796.º *consume* o regime do art. 437.º quando se tratar de negócios que importem a transferência de domínio e ainda que seja óbvia a ocorrência de uma alteração das circunstâncias. O legislador teria optado por «um regime de certeza», «obedecendo ao compreensível propósito de conferir ao tráfico respeitante ao direito de propriedade [...] a necessária estabilidade...». Quando o texto do art. 437.º ressalva «os riscos próprios do contrato» quer justamente excluir da sua alçada os contratos translativos de domínio que têm «um regime de risco específico»: o do art. 796.º O autor acrescenta ainda que a distinção entre risco normal e risco anormal utilizado por Antunes Varela lhe parece arbitrária já que, para o comprador, o perecimento da coisa adquirida é sempre um evento anormal, qualquer que seja a causa; o comprador fecha o contrato sempre na expectativa de guardar o objecto do negócio, pelo que a sua perda nunca se inclui dentro daquele risco que as partes costumam tomar em consideração ao concluir negócios que importem transferência de domínio.

Com a devida vénia, não estou convencido das razões invocadas por Vasco Xavier e da interpretação que a doutrina dominante faz do art. 437.º *Não me parece que os riscos devam ser consi-*

derados todos iguais só porque o dano, para o adquirente, é sempre anormal. E creio que o art. 437.º merece a interpretação mais consentânea com as intenções com que ele foi introduzido no sistema jurídico português.

Já em 1959, a propósito de assuntos bem diferentes é certo, Teixeira Ribeiro escrevia que há uns riscos mais arriscados do que outros ⁽¹⁶⁾.

O risco de incêndio é um risco conhecido, isto é, já aconteceu com uma frequência enorme e calculada, segundo cada uma das suas causas típicas — fúscas, curto-circuito, etc. Tal como o risco de morrer está contabilizado segundo as idades e as causas naturais ou acidentais mais vulgares. É a frequência dos danos e das várias causas eficientes que permite calcular as probabilidades de um evento prejudicial acontecer, ou seja, que permite calcular o grau de risco.

É sobre esta distinção objectiva entre os riscos que assenta a organização do seguro. Há riscos baixos e há riscos altos; e há riscos «de tal modo arriscados» que não há companhia de seguros que os assuma, quer porque a probabilidade de o evento acontecer se aproxima da certeza, quer porque o volume dos danos é incalculável, quer ainda porque o dano e a respectiva causa não acontecem com o mínimo de frequência para que se possa determinar a probabilidade de o dano se verificar, isto é, para que se possa determinar o grau de risco ⁽¹⁷⁾.

É certo que, para o adquirente concreto, a perda da coisa comprada é sempre um evento anormal — ninguém compra à espera de ver o bem perder-se logo a seguir. Mas este sentimento diz respeito ao dano e não ao risco: o que se pode dizer, em rigor,

⁽¹⁶⁾ *Economia Política*, Coimbra, 1959, p. 202. Acerca do risco de ganhar ou de perder do empresário: «... este risco de ganhar ou de perder é de tal modo arriscado que escapa a qualquer lei de grandes números [...]. Não há pois nenhuma companhia de seguros que o assuma».

⁽¹⁷⁾ Cfr. Vaughan e Elliot, *Fundamentals of Risk and Insurance*, 2.ª ed., Santa Bárbara, Wiley and Sons, 1978, pp. 2-27.

é que o dano é anormal para cada comprador; o risco desse dano ocorrer é normal ou anormal, maior ou menor, e está presente em cada caso, e em qualquer caso, porque é um risco objectivo.

Quando se diz que a percentagem de risco de a coisa se perder é de 0,30, isto significa que foi possível observar uma sequência de casos e tirar a conclusão de que, numa série tendente para infinito, em trinta casos de cada cem verifica-se o dano. Nesta hipótese o risco foi calculado, é elevado e normal, e será suportado por todos os adquirentes em circunstâncias idênticas; embora o dano seja excepcional em cada caso — subjectivamente e até objectivamente porque a percentagem elevada de 0,30 só tem sentido e só se concretiza numa sequência infinita de casos ⁽¹⁸⁾.

Exemplificando com uma hipótese diferente: se o risco de uma coisa se perder por certa causa for de 0,01, o risco que cada adquirente corre é sempre muito baixo — sempre anormal — e o dano efectivo, em cada caso concreto, também excepcional ⁽¹⁹⁾.

Por último, há casos em que não se pode saber sequer qual é o risco que o adquirente corre de ver a coisa adquirida perder-se por certa causa. Serão os casos excepcionais entre os anormais, em que a causa e o dano não se verificaram ainda com a frequência necessária para se conhecer a probabilidade de o evento acontecer ⁽²⁰⁾.

Em suma, se podemos afirmar, com Vasco Xavier que a perda da coisa, o dano *individual*, é sempre imprevisto e anormal, julgo que também é verdade que o risco *que se corre*, em cada caso, é variável: há riscos normais e riscos anormais, isto é, há riscos

⁽¹⁸⁾ O incêndio do Chiado constituiu um dano anormal que concretizou um risco normal.

⁽¹⁹⁾ A perda da soberania sobre uma terra fronteiriça provocaria um dano anormal e concretizaria um risco excepcional, nem sequer calculado.

⁽²⁰⁾ Será o caso, p. ex., do incêndio motivado por levantamentos populares que, p. ex., em França, só foi incluído nos seguros em 1983; ou o caso da morte induzida pela permanência no espaço, ou ainda o dos acidentes de trânsito motivados por deficiência da propulsão por energia eléctrica ou solar.

vulgares a que os contraentes são sensíveis ou que são cognoscíveis para eles e há riscos anormais. Tanto assim é que há riscos que se podem transferir para as companhias seguradoras e riscos que não se podem transferir porque as empresas seguradoras não os dominam. Não os dominam no sentido de que se trata de riscos sem uma história longa que permita contabilizá-los e absorvê-los no tráfego jurídico. No fundo, passe o atrevimento, há *riscos próprios do tráfego jurídico e riscos que estão fora do tráfego jurídico*. Assim, num caso vulgar, o adquirente pode sempre transferir para uma empresa seguradora o risco do perecimento por incêndio casual da coisa comprada; mas não pode segurar o risco de que o Estado lhe confisque o bem.

Salvo erro, estas observações permitem acompanhar Antunes Varela e concluir que os riscos de perecimento da coisa não são iguais do ponto de vista do acaso natural, do ponto de vista do ânimo dos contraentes e do ponto de vista do tráfego jurídico. *Há riscos normais e riscos anormais*.

13. É necessário agora analisar o regime do art. 437.º, no ponto em que ressalva os «riscos próprios do contrato» para ver como ele se concilia com o art. 796.º

Vasco Xavier ⁽²¹⁾ entendeu que os dois preceitos se harmonizam preferindo o regime específico do risco do art. 796.º nos contratos que importem transferência de domínio sobre uma coisa. Assim poderá ser, acentuando-se, como fez o autor, o interesse da certeza jurídica nos negócios sobre a propriedade e os direitos reais em geral.

Não creio, porém, que seja forçosa uma aplicação estrita do art. 796.º, que afaste o mecanismo de correcção previsto no art. 437.º. As normas como esta pretenderam justamente disputar um pouco do terreno que até então esteve reservado para o direito

(21) É a doutrina dominante. Refiro-me em especial àquele autor porque resolvi organizar a minha opinião tendo como referências os trabalhos citados de Antunes Varela e de Vasco Xavier.

estrito e a certeza. As normas que protegem a boa-fé, que prevêm o abuso do direito e a alteração das circunstâncias têm a intenção de relativizar preceitos que até há pouco tempo (ou até hoje) se acatavam como absolutos. Por vezes não é forçoso respeitar a palavra dada ⁽²²⁾, excepcionalmente não é nulo um negócio em que não se observou a forma prescrita ⁽²³⁾, pode atribuir-se um direito subjectivo que se funda em regras gerais de equidade e boa fé ⁽²⁴⁾, pode impor-se a redução de um negócio contra a vontade hipotética das partes ⁽²⁵⁾, pode modificar-se um negócio porque as condições fundamentais da contratação se desequilibraram profundamente ⁽²⁶⁾, etc.

É claro que todas estas novidades sacrificaram a certeza jurídica em favor da equidade e da boa fé. Sendo assim, por que razão o velho regime do risco, do art. 796.º, há-de permanecer incólume mesmo nas hipóteses mais chocantes de distorção negocial?

Posso aceitar facilmente que a ressalva do n.º 1, parte final, do art. 437.º justifique a aplicação preferencial do art. 796.º entendido como o regime específico do risco nos contratos de transferência de domínio. Mas creio que esta remissão merece uma *interpretação conforme com a intenção normativa do próprio regime da alteração das circunstâncias*. Assim, «riscos próprios do contrato» de transferência de domínio seriam, por exemplo, os riscos de diminuição do valor económico da coisa vendida, ou o da perda da coisa adquirida. Porém, daqui não se segue forçosamente que o adquirente suporte toda e qualquer perda da coisa, seja qual for a causa e sejam quais forem as condições do desequilíbrio contratual! Pode aceitar-se que o adquirente sofra a

(22) O regime do abuso de direito pode liberar um devedor.

(23) Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., pp. 437 e segs.

(24) Cfr. o Ac. do S. T. J. de 26 de Março de 1980 e a anotação de Antunes Varela, na R. L. J., 114.º, pp. 35-41 e 72-79.

(25) Mota Pinto, *ob. cit.*, pp. 627 e segs.

(26) Refiro-me abreviadamente ao regime do art. 437.º

concretização dos riscos normais do contrato, suporte os riscos previsíveis, os que se podem segurar, os riscos que têm relevância no tráfego; e pode também aceitar-se que há riscos excepcionais que não são «próprios do contrato», de nenhum contrato, porque são estranhos ao tráfego jurídico, intransmissíveis por seguro, riscos de tal modo insólitos e «arriscados» que o sujeito merece uma atenção particular do sistema jurídico em vez de cair sob o domínio cego do velho regime previsto no art. 796.º

O espírito de um sistema que contém referências nítidas à boa-fé, ao abuso do direito, à alteração das circunstâncias, impõe que se adopte a interpretação mais conforme com a sua intenção. Sendo assim, o art. 437.º é consumido, em princípio, pelo regime do risco do art. 796.º; mas, em casos excepcionais, o problema deve regressar ao domínio do art. 437.º para se corrigir o resultado estrito que o outro preceito provocaria.

14. Se concluo pela possibilidade de aplicar o art. 437.º mesmo quando se trata de um contrato de transferência de domínio pelas mesmas razões de princípio aceito que o regime do risco não paralise a norma do abuso do direito (art. 334.º). Na verdade, a discussão travada acerca da alteração das circunstâncias podia imaginar-se acerca do abuso do direito (27) e a pergunta seria se a exigência do pagamento do preço constituiria exercício ilegítimo do direito de crédito do vendedor. A resposta, por sua vez, podia ser a de que a lei atribui expressamente ao comprador o risco do perecimento da coisa pelo que a exigência do preço nunca seria ilegítima.

Pela minha parte, com os fundamentos expostos e as devidas adaptações, creio que o devedor poderá invocar abuso do direito de crédito do preço sempre que puder invocar o regime excepcional da alteração anormal das circunstâncias.

No caso concreto que me ocupa, julgo que os devedores de

(27) Com a diferença de no art. 334.º nem sequer se fazer uma ressalva idêntica à do art. 437.º

tornas não devem suportar o risco excepcional que correram e que os credores exequentes estão a exercer ilegítimamente o seu direito. *O regime do abuso do direito deve aplicar-se em favor dos embargantes.*

15. A segunda questão enunciada no ponto n.º 11 é independente desta que acabei de tratar. A questão é a de saber se, com ou sem abuso do direito, com ou sem violação da boa fé, com ou sem alteração anormal das circunstâncias, o regime do art. 796.º é aplicável ao negócio de partilha.

Aparentemente não há obstáculo à aplicação do art. 796.º, neste caso. De facto, a partilha é o negócio jurídico em que se funda a adjudicação dos bens distribuídos e portanto, é o negócio que causa a transferência do domínio que pertenceu ao antecessor e é recebido pelo herdeiro (28). Além disto, a partilha é vulgarmente aceite como um negócio oneroso (29) cada herdeiro dá porque recebe (30). Deste modo, sendo um negócio real quanto aos efeitos que produz e sendo um negócio oneroso, pode dizer-se que se lhe aplicam todas as regras que valem para estas categorias de negócios e, portanto, também o regime específico do risco estabelecido no art. 796.º

Julgo que esta conclusão é discutível.

A solução clássica da atribuição do risco da perda da coisa justifica-se habitualmente com o argumento de que os prejuízos devem ser suportados pelo titular que colhe as vantagens — o dono (31). E o titular do direito real é o transmitente, antes da perfeição do negócio translativo; e o adquirente, depois celebração do acordo.

(28) Neste momento tanto faz dizer assim como dizer que a transferência de domínio se opera do conjunto dos titulares da herança indivisa para cada um dos sucessores.

(29) Cfr. Forchielli, *Divisione*, cit., p. 11.

(30) É na proporção do que recebe — mas esta nota não é essencial ao conceito vulgar de negócio oneroso.

(31) Cfr., por todos, Vaz Serra, *Impossibilidade superveniente...*, B. M. J., n.º 46, p. 91.

No caso presente o risco seria suportado pelos adjudicatários dos bens nacionalizados pelo Estado angolano, isto é, eles continuariam obrigados a pagar as tornas que representavam o excesso do valor dos bens a que eles teriam direito e que são, digamos, o preço da adjudicação excessiva de bens.

Note-se, porém, que a razão do preceito não está apenas na circunstância conhecida de o adquirente colher as vantagens e dever, por isso, suportar os prejuízos. De facto, *vistas as coisas pelo lado do transmitente*, deve perguntar-se o que é que justifica a protecção jurídica deste, até ao ponto de onerar o devedor do preço com a sua prestação integral. Dito de outro modo: por que razão é que a lei considera com tanto favor a posição do transmitente, credor do preço?

A razão está na circunstância de o credor do preço já *ter sofrido uma perda económico-jurídica* quando realizou a sua prestação. Se não tivesse ocorrido previamente uma diminuição patrimonial na esfera jurídica do transmitente jamais se poderia considerar sequer a hipótese de o adquirente ainda dever o preço apesar de a coisa ter perecido. Manuel de Andrade pensava nisto certamente, quando afirmava que «o risco é o risco da contraprestação»⁽³²⁾.

A justificação plena da regra segundo a qual o risco (da contraprestação) corre por conta do dono está não só no domínio sobre a coisa, que dá as vantagens e deve dar os prejuízos, mas também na circunstância do credor do preço *ter sofrido antecipadamente uma perda* equivalente à sua prestação. Se o transmitente não sofreu uma perda económico-jurídica não se justifica a tutela excepcional que consiste em lhe manter o direito contra o devedor.

Voltando ao caso em apreço. *Poderá dizer-se que os credores de tornas suportaram uma diminuição patrimonial prévia* — como o vendedor que aliena a coisa e espera o preço? Julgo

⁽³²⁾ *Teoria Geral das Obrigações*, 3.ª ed., p. 428.

que não, quer de um ponto de vista formal quer de um ponto de vista substancial.

É certo que, no negócio da partilha, os co-herdeiros que não ficaram adjudicatários dos imóveis perderam o direito a eles em favor dos adjudicatários, no sentido em que se pode falar de uma distribuição dos bens pelos herdeiros — uns guardaram certos bens que, por isso, não ficaram para os outros. Mas note-se que os herdeiros que ficaram excluídos do domínio dos imóveis não perderam o que tinham e que era *o direito a uma quota* da herança. Aliás, ainda numa perspectiva formal, não foram alguns co-herdeiros que atribuíram bens aos outros e ficaram apenas com um crédito de tornas: juridicamente foram *todos* os herdeiros que distribuíram o património indiviso por cada um. Em suma, não se encontra um herdeiro titular formal que tenha transferido o domínio dos bens para outro herdeiro⁽³³⁾.

Se apreciarmos agora as coisas de um ponto de vista substancial e considerarmos não apenas o negócio da partilha mas todo o fenómeno sucessório que a justifica acabamos por ser levados a dizer que nenhum co-herdeiro perde ou sofre uma diminuição do seu património — na pior das hipóteses deixa de receber uma vantagem que advém do autor da sucessão. Um co-herdeiro que não recebe os bens da herança deixa de ganhar, mas não perde no sentido em que perde o vendedor que já alienou e espera o preço, no sentido que releva para o efeito de beneficiar da tutela do art. 796.º

A razão que justifica o regime do risco não está presente neste caso pois não houve um autor, formal e concreto de uma transferência de domínio, um autor real de uma prestação prévia que tenha sofrido uma diminuição económico-jurídica e espere uma contraprestação. O art. 796.º está feito para proteger o interesse

⁽³³⁾ Não deveríamos antes dizer — acompanhando os dados legais — que o autor da sucessão é o transmitente formal de todos os bens que se tem por adquiridos desde a abertura da sucessão?

daquele que suportou uma diminuição patrimonial quando transmitiu o domínio sobre a coisa.

No nosso caso os credores de tornas não suportaram uma diminuição real quando intervieram na adjudicação. Não merecem o regime do art. 796.º, que não foi feito para eles.

16. A solução adequada a este caso em que se trata de um negócio especial — a partilha — enquadrado num processo sucessório, e em que a maioria dos bens adquiridos pelos herdeiros se perdeu antes do cumprimento total ⁽³⁴⁾, a solução adequada, dizia, é a da *modificação da partilha* negociada, contando apenas com os bens que sobraram depois da perda da maior parte da herança, e com o fundamento no regime especial do art. 437.º do Código Civil. Este objectivo, porém, só pode ser prosseguido através dos meios processuais competentes, e não através dos embargos de executado que, apesar de serem uma «contra-acção», servem apenas para «destruir os efeitos do título e da acção executiva» ⁽³⁵⁾.

No contexto dos embargos de executado só se poderá *paralisar a execução* deixando os interessados livres para recorrer depois aos meios convenientes para definir os seus direitos. Com este propósito, dir-se-á que os factos alegados e os de conhecimento público, qualificados nas páginas antecedentes, permitem concluir que o exercício do direito pelos credores é um *exercício abusivo do crédito de tornas* é um exercício formal que contraria a boa-fé e nega quer a justiça material do negócio realizado quer a própria racionalidade do nosso sistema jurídico-civil.

Trata-se, em suma, de um caso que merece a aplicação do art. 334.º do Código Civil, para que seja impedido o exercício do direito invocado pelos exequentes, nas condições actuais.

17. Em face disto, perguntar-se-á qual o fundamento da decisão que aceitar o pedido de embargos de executado.

⁽³⁴⁾ Perdeu-se de facto antes do vencimento da obrigação de pagar as tornas; e de direito pouco depois.

⁽³⁵⁾ A. Castro, *ob. cit.*, p. 47.

É de esperar que na lista do art. 813.º do Código de Processo Civil não se encontre directa e nitidamente previsto o fundamento que convém a este caso. Tratando-se de usar um mecanismo excepcional como o do *abuso do direito*, é compreensível que o art. 813.º não contenha uma alínea seguramente concebida para corresponder às intenções do art. 334.º do Código Civil, na verdade, seria estranho prever um fundamento de embargos típico, dedicar porventura uma alínea, para a hipótese excepcional do exercício do direito contrário à boa-fé.

Apesar disto, não é difícil encontrar no âmbito do art. 813.º do Código de Processo Civil o fundamento conveniente para justificar a procedência dos embargos, neste caso: o fundamento é o da «*inelegibilidade da obrigação exequenda*», nos termos da al. f), parte final.

Talvez que o legislador do Código de Processo Civil, ao mencionar entre os fundamentos dos embargos a inexigibilidade da obrigação exequenda não pensasse no caso que me ocupa. Talvez pensasse antes na obrigação ainda não vencida ou nos casos de pendência de condição suspensiva ⁽³⁶⁾; ou ainda nos casos de relação sinalagmática em que a exigibilidade supõe o oferecimento prévio ou simultâneo da prestação a que o exequente está obrigado, etc. ⁽³⁷⁾. Não é possível estar seguro das hipóteses que o legislador tinha ou não tinha em mente. O que importa é definir a intenção do regime, a finalidade da norma no seu contexto e utilizar os mecanismos interpretativos correntes na doutrina.

Os embargos de executado pretendem paralisar a execução nos casos em que seja possível mostrar, de um modo suficiente, que o título invocado não deve beneficiar da garantia de um cum-

⁽³⁶⁾ V. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da relação jurídica*, vol. 2, pp. 378 e 390-1.

⁽³⁷⁾ V. Eurico Lopes Cardoso, *Manual da acção executiva*, Lisboa, INCM, 1987, pp. 198 segs.

primento coercivo, não deve sustentar uma acção executiva procedente.

Será esse o caso quando se mostrar que uma obrigação válida ainda não pode ser exigida porque, por exemplo, ainda não se verificou a condição suspensiva do seu vencimento. Numa hipótese como esta os tribunais não devem colocar-se ao dispor do titular do crédito para lhe proporcionar imediatamente o cumprimento forçado. Deduzidos os embargos, qualquer tribunal invocará a al. f) do art. 813.º, parte final: a obrigação não é exigível nas condições concretas em que o credor pretendeu o cumprimento.

Julgo que o caso que nos ocupa é também um caso de inexigibilidade da obrigação exequenda. Por força das circunstâncias excepcionais que sobrevieram ao acordo de partilha, a exigência do cumprimento da obrigação exequenda é abusiva, contrária à boa-fé, ilícita. Os credores que pretendem o cumprimento forçado nas circunstâncias concretas deste caso não devem beneficiar desta especial forma de garantia da sua relação jurídica que é a acção executiva. De acordo com as regras da boa-fé, e nas circunstâncias concretas do caso, os credores não devem exigir o pagamento forçado, o sistema jurídico deve paralisar o exercício dos seus direitos e a acção executiva deve parar a tempo de impedir o resultado pretendido.

Não se trata de um dos casos vulgares em que uma obrigação ainda inexigível se pode tornar exigível (cfr. o art. 802.º do Código de Processo Civil) ⁽³⁸⁾; trata-se de um caso em que a obrigação, que era exigível, se tornou inexigível em virtude de circunstâncias posteriores e excepcionais que justificam a invocação material do «abuso do direito». Esta diferença, porém, não retira o caso do âmbito do art. 813.º, al. f). Quer do ponto de vista literal quer do ponto de vista teleológico, o caso presente constitui um caso de inexigibilidade em que a execução não

⁽³⁸⁾ Cfr. Eurico Lopes Cardoso, *Manual*, p. 199.

deve ser levada até ao fim, como é o propósito claro do art. 813.º, al. f).

Os embargos devem proceder, a execução deve parar; neste caso concreto a compulsão judicial ao cumprimento repugna ao direito material, pois o exercício do direito é abusivo.

Conclusões:

1. O direito dos credores é formalmente válido e, em circunstâncias normais, a execução não suscitaria dúvidas.
2. Ainda antes do termo fixado para o cumprimento da dívida de tornas, as circunstâncias em que se fundou o acordo de interessados na partilha alteraram-se anormalmente e gravemente, de tal modo que os devedores de tornas perderam a maior parte dos bens que lhes tinham sido adjudicados na partilha.
3. Esta perda desequilibrou profundamente as posições relativas dos co-herdeiros e destruiu o sinalagma do acordo de partilhas, segundo o qual cada um recebe *porque* o outro também recebe.
4. É o acordo de interessados que deve sustentar as atribuições patrimoniais recíprocas, dado que a sentença no processo de partilhas é meramente homologatória.
5. A procedência da execução daria por resultado que os filhos «ilegítimos» seriam os principais beneficiados numa herança regida pelas normas anteriores a 1977 que, pelo contrário, privilegiavam os filhos legítimos.
6. A execução foi intentada dez anos depois do termo do prazo para o cumprimento, quando os executados já tinham criado a confiança razoável de que não viriam a ser coagidos a cumprir depois de terem perdido os bens adjudicados. Esta confiança razoável merece protecção e a sua quebra é contrária às regras da boa-fé.
7. A exigência do pagamento das tornas, nestas condições concretas, *excede manifestamente os limites impostos pela boa fé negocial e deve ser considerada abusiva.*

8. O caso em apreço não deve ser resolvido com base na ideia de que os adjudicatários receberam os bens e o risco corre por conta deles.

9. Não deve ser assim porque o regime do risco não deve aplicar-se contra regras elementares de boa fé, que já sofreu uma perda económico-jurídica. Ora, no acordo de partilha não foi um titular que transmitiu um direito a outro, mas antes *todos* que transmitiram a cada um; e no momento da adjudicação *nenhum* perdeu o que tinha — a sua quota na herança.

10. Os co-herdeiros não merecem a aplicação, entre si, do regime do risco. No negócio de partilha de bens herdados *nenhum* herdeiro sofre uma diminuição patrimonial comparável à do vendedor que aliena uma coisa e espera o preço — e só para tutelar esta perda real é que a lei impôs ao adquirente o *risco da contraprestação*.

11. Para evitar o resultado injustíssimo pretendido pelos credores de tornas é necessário paralisar a execução, dando provimento aos embargos. E se o fundamento material da inibição do direito dos credores é o *abuso do direito* (art. 334.º do Código Civil), o fundamento processual aplicável é o da *inexigibilidade da obrigação exequenda* (art. 813.º, al. f), do Código de Processo Civil).

Coimbra, Dezembro de 1989.

TESTAMENTO — APONTAMENTOS (*)

Sumário

Noção e caracteres do testamento	121
Requisitos de fundo	128
Capacidade	128
Divergências entre a vontade e a declaração	131
<i>Divergências intencionais</i>	131
Simulação	131
Reserva mental.....	134
Declarações não sérias.....	136
<i>Divergências não intencionais</i>	137
Coacção física e falta de vontade de acção.....	137
Falta de consciência da declaração	137
Erro na declaração	137
Consentimento.....	139
Erro vício	139
Dolo.....	140

(*) Ao longo do pequeno curso de Direito das Sucessões, destinado aos Auditores de Registos e Notariado, adoptei como livro básico: ASCENSÃO, José de Oliveira — *Direito Civil, Sucessões*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

Fui tomando as minhas notas — umas para organizar a exposição, outras para referir pontos omissos ou menos desenvolvidos, outras ainda para exprimir opinião diversa do manual citado.

São estes «Apontamentos».

Coacção moral	140
Estado de necessidade	141
Incapacidade accidental	141
Licitude do objecto e do fim	142
Requisitos de forma do testamento	142
Casos especiais	144
Âmbito da forma legal	147
Interpretação do testamento	148
Integração do testamento	150
Conteúdo do testamento	152
Conteúdo pessoal	152
Conteúdo patrimonial. Algumas disposições típicas	153
Legado de coisa alheia	153
Legado de usufruto simultâneo	154
Legado de usufruto sucessivo	154
Legado para pagamento de dívida	155
Legados Pios	156
Legado em substituição da legítima	157
Legado de crédito	157
Legado da totalidade dos créditos	158
Extensão dos legados	159
Frutos	159
Cláusulas acessórias	160
<i>Condição</i>	160
Condições contrárias à lei típicas	165
Regime na pendência da condição	166
Verificação da condição	168
Exemplos mais vulgares de condição	170
<i>Termo</i>	173
<i>Modo ou encargo</i>	175
<i>Substituições</i>	179
Substituição directa	179
Substituição fideicomissária	182
Substituição pupilar e quase pupilar	188

Inexistência e invalidade do testamento	190
Revogação do testamento	195
Bibliografia	196

Noção e caracteres do testamento

1 — O testamento é um *negócio jurídico*. Dentro da classificação tradicional dos actos jurídicos (Manuel de Andrade — *Teoria Geral...*, vol. II, p. 25) o testamento é um verdadeiro negócio e não um simples acto jurídico, porque os efeitos que produz foram conformados pelo sujeito e a lei aceita-os tal como foram queridos, ressalvados os limites longínquos da ilicitude.

2 — É um negócio *unilateral*. Trata-se de um dos casos «previstos na lei», segundo o art. 457.º do Código Civil.

3 — O art. 946.º, n.º 2, manda considerar como disposição testamentária a doação *mortis causa* que não possa valer como tal, por força da limitação do n.º 1 do mesmo artigo. Trata-se de um exemplo conhecido em que a lei impõe a conversão de um negócio jurídico noutra, sem respeitar os pressupostos estabelecidos no art. 293.º do Código Civil.

Oliveira Ascensão apresenta o problema de saber se este regime excepcional constitui um caso de testamento plurilateral, já que «duas ou mais pessoas ajustaram as suas disposições de última vontade» (*Direito Civil...*, p. 65).

A conclusão deve ser a de que este art. 946.º, n.º 2, não parece trazer uma excepção à qualificação do testamento como negócio unilateral pois, segundo aquele regime, apaga-se juridicamente a figura do donatário; as disposições convertidas serão sempre tratadas como negócios unilaterais, cada um formado por uma só disposição de vontade dirigida a certos efeitos jurídicos, sem consideração da pessoa do destinatário. O negócio seguirá, para todos os efeitos, o regime do testamento.

4 — O regime do art. 946.º, n.º 2, parece constituir uma excepção ao princípio da individualidade ou da singularidade dos testamentos.

5 — O testamento é um negócio jurídico unilateral *não receptício*. «A declaração vale logo que é emitida, sem necessidade de comunicação a pessoa determinada» (Manuel de Andrade — *Teoria...*, vol. II, p. 42).

O testamento fica perfeito logo que a declaração é emitida numa forma considerada pela lei como suficiente. Isto não prejudica que, para se tornar eficaz, seja necessário que se produza um outro facto jurídico — a morte do testador. A eficácia do negócio, por sua vez, traduz-se na vocação sucessória que ele fundamenta e que é independente da atitude dos chamados. Os chamados devem aceitar ou repudiar a liberalidade mas este comportamento exprime só o exercício do seu direito de aceitar ou não aceitar uma liberalidade; não constitui um requisito de perfeição nem sequer de eficácia do testamento, que produziu o seu efeito primeiro ao provocar o chamamento sucessório.

6 — O testamento é um negócio *gratuito*. O autor da declaração procede com intenção liberal; isto é, tem a consciência e a vontade negocial de dar uma vantagem sem receber uma contrapartida.

O autor de uma liberalidade «pode proceder por motivos interessados (conseguir vantagens ainda maiores da outra parte) ou até malévolos (comprometer a outra parte). Só que estes motivos ficam estranhos ao conteúdo do negócio.» — Manuel de Andrade, *ob. cit.*, p. 56.

7 — A eventual previsão de um modo ou encargo, porventura no interesse do disponente, não significa o estabelecimento de uma contrapartida, de um preço; nem mesmo quando houver motivo bastante para resolver a liberalidade com base no incumprimento do encargo (cfr. o art. 2248.º). O nexo entre a vantagem

concedida e o encargo estabelecido tem apenas o carácter de uma coacção ao cumprimento; se pretendesse exprimir um sinalagma típico dos negócios onerosos não poderia valer como disposição testamentária (como na hipótese em que o «disponente» «deixasse» a um amigo um terreno com o «encargo» de este entregar aos seus herdeiros uma quantia que, afinal, traduzia o preço do bem).

8 — O testamento é um negócio *pessoal*.

Num primeiro sentido, este princípio significa que a expressão da vontade tem de ser feita pelo próprio disponente e não por qualquer outra pessoa na qualidade de representante ou até de simples núncio — art. 2182.º, n.º 1. (Veja-se que outros negócios de carácter eminentemente pessoal admitem representação, mesmo que em termos muito limitados: o casamento — art. 1620.º; a perfilhação — art. 1849.º, no fim).

9 — Num segundo sentido, este princípio significa que a expressão da vontade da pessoa tem de ser integral. Porém, os arts. 2182.º, n.º 2, e 2183.º consagram limitações desta regra. Assim, pode cometer-se a terceiro o encargo de intervir para tomar decisões que completam o plano traçado pelo testador, concretizando-o — quer repartindo a liberalidade por pessoas que foram genericamente designadas (art. 2182.º, n.º 2, al. a)) quer nomeando um legatário entre pessoas determinadas pelo testador (al. b)) quer ainda escolhendo a coisa legada depois de determinado o fim do legado e o género em que ele se contém (art. 2183.º). (Veja-se, a propósito deste último caso, o regime geral das obrigações genéricas e da sua concentração — arts. 539.º e segs.).

10 — Oliveira Ascensão (*Direito...*, p. 68) entende que as substituições pupilar e quase pupilar (arts. 2297.º e 2298.º) constituem excepções à regra da pessoalidade do testamento, pois o titular do poder paternal designa os sucessores do representado, isto é, afirma a sua vontade no lugar da vontade desse

representado. Também José Tavares (*Sucessões...*, vol. I, 2.^a ed., Lisboa, Portugal-Brasil, L.^{da}, s. d., p. 406) dava nota de que «Grande parte dos códigos modernos não admitem a substituição pupilar por envolver, não uma verdadeira substituição, mas antes uma disposição testamentária feita por uma pessoa em vez de outra».

11 — O testamento é um negócio *individual ou singular*. Segundo o art. 2181.º não podem testar no mesmo acto duas ou mais pessoas.

É uma regra antiga esta que proíbe os chamados testamentos de mão comum. Visa garantir a plena liberdade de manifestação da vontade; uma intervenção plural no mesmo acto daria o ensejo para a prática de influências sobre cada disponente, sobretudo, talvez, no caso de disposições recíprocas.

Visa também evitar que, à data da morte de um dos testadores, se tomassem logo conhecidas as disposições do testador sobre-vivo (Cunha Gonçalves — *Tratado...*, vol. IX, p. 518).

12 — O testamento de mão comum não prejudicaria a possibilidade de revogação (Oliveira Ascensão — *Direito...*, p. 65). De facto, a mera reunião das disposições num mesmo acto não significaria que a revogação de uma ficasse juridicamente condicionada à revogação de outra. Apenas em termos práticos, que não relevam, poderíamos admitir que cada disponente se sentisse menos livre para revogar a sua manifestação de vontade sem o conhecimento ou o consentimento dos outros; e isto teria mais sentido quando se tratasse de disposições recíprocas.

13 — Oliveira Ascensão observa que a discriminação legal dos tipos de casos de intervenção conjunta — «em proveito recíproco» e «em favor de terceiro» — poderia sugerir que seria admissível a intervenção plural em favor de pessoas diferentes. Mas acrescenta que sempre se entendeu que a proscrição dos testamentos de mão comum é completa (*Direito...*, p. 66).

14 — O caso excepcional de se ter feito uma doação *mortis causa* proibida, convertida por força da lei em disposições testamentárias (art. 946.º, n.º 2) apresenta-nos, no resultado final, um conjunto de disposições testamentárias reunidas no mesmo acto (Oliveira Ascensão — *Direito...*, p. 109).

O legislador deve ter preferido este resultado anormal a ter de invalidar, pura e simplesmente, a doação proibida; deste modo respeitou a aspiração geral de conservar os negócios jurídicos, depois de ter garantido a aplicação do regime de livre revogabilidade das disposições de última vontade, convertidas em disposições testamentárias.

15 — Por vezes, tem de se apreciar a validade de testamentos de mão comum feitos no estrangeiro, por portugueses, de acordo com a lei do lugar.

A jurisprudência costuma afirmar que a proibição dos testamentos conjuntos é uma *regra de forma* e, portanto, deve reconhecer-se o documento elaborado segundo a lei do lugar (arts. 1961.º do Código de Seabra e 65.º, n.º 1, do actual Código Civil).

Ao contrário, a doutrina costuma dizer que a proibição é uma regra que trata de um *aspecto substancial* do testamento e, portanto, vale o regime da lei pessoal do testador — a lei portuguesa (art. 62.º do Código Civil) que não aceita a validade dos testamentos conjuntos (art. 2181.º).

Creio que as razões geralmente invocadas para justificar a proibição colocam a norma no âmbito da disciplina substancial do testamento; aceito, pois, a doutrina corrente nesta matéria.

É necessário, porém, contar com o regime do art. 31.º, n.º 2, que estabelece uma nova conexão relevante — a da residência habitual do autor da declaração — em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos. Assim, um testamento de mão comum feito na residência habitual de um português, de acordo com uma lei que se considere competente para o regular, e que não suscite problemas quanto à forma (art. 2223.º), deve ser válido e eficaz em Portugal, beneficiando da protecção que lhe é dispensada enquanto negócio jurídico.

16 — Veja-se o acórdão do S.T.J. de 14-3-79, no *B.M.J.* n.º 285, pp. 341/5, com votos de vencido.

Este acórdão contém uma extensa lista de referências sobre a jurisprudência e a doutrina.

17 — O testamento é um negócio *mortis causa* (art. 2179.º, n.º 1, *in fine*) por oposição aos negócios *inter vivos* — em que os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes podem e costumam produzir-se a seguir à celebração do negócio, em vida dos intervenientes. (Sem prejuízo de qualquer cláusula que protraia a eficácia negocial; tratar-se-ia de uma estipulação acessória que não retiraria o carácter de negócio entre vivos, mesmo que se deferissem os efeitos para o momento da morte de algum dos intervenientes).

Pelo contrário, não seria possível introduzir no testamento uma disposição que antecipasse a eficácia negocial.

18 — A disposição de bens para valer durante a vida do disponente toma a forma de uma «partilha em vida» (art. 2029.º). Não é um negócio sucessório; é um contrato entre vivos.

19 — O testamento será um negócio patrimonial?

O testamento é tradicional e fundamentalmente um negócio patrimonial; isto é: incide sobre relações jurídicas de natureza patrimonial, sobretudo determinando a alteração subjectiva que se traduz na mudança do seu titular.

Mas também se admitiu sempre que o testamento fosse utilizado para fazer disposições de carácter pessoal. Podia duvidar-se de que se pudesse usar o testamento para fazer apenas disposições de carácter pessoal (cfr., para uma notícia desta dificuldade no direito italiano antigo, Azzariti, F. *et. al* — *Successioni...*, p. 372; Azzariti, G. — *Le successioni...*, p. 375).

O art. 2179.º, n.º 2, do Código Civil resolve claramente as duas questões, num sentido afirmativo.

20 — A circunstância de as disposições de carácter patrimonial coexistirem com disposições de carácter pessoal não significa

que todas tenham um regime comum (Azzariti, F. *et al.* — *Successioni...*, p. 372; Azzariti, G. — *Le successioni...*, p. 375). Veja-se o caso nítido de se afirmar o princípio da livre revogabilidade das disposições testamentárias ao mesmo tempo que se impõe a irrevogabilidade da perfilhação que conste do testamento revogado (art. 1858.º).

21 — O testamento é um negócio *revogável*.

Esta característica já resultaria da natureza de acto de última vontade do testamento: até à morte, o testador poderia sempre formular a sua última vontade. Mas o legislador quis sublinhar esta característica na própria noção do art. 2179.º, n.º 1.

A revogação, que se estudará adiante, pode ser expressa ou tácita; e pode ser total ou parcial (arts. 2311.º e segs.).

A excepção mais conhecida desta faculdade de revogar é a da irrevogabilidade da perfilhação (art. 1858.º).

22 — O testamento é um negócio *formal* (arts. 2204.º e segs.). A manifestação de vontade, para ser válida, tem de revestir, uma forma negocial prescrita na lei; trata-se, pois, de uma das muitas excepções ao princípio da liberdade de forma (art. 219.º).

Há muito que não se admitem no nosso direito disposições verbais de última vontade.

23 — O testamento é um negócio *estranho ao comércio jurídico*. As finalidades do testamento, a sua natureza de expressão da última vontade, levam a separar este negócio do regime comum, embora se trate de um acto de conteúdo fundamentalmente patrimonial.

Para exemplificar algumas consequências de regime: as regras de interpretação (art. 2187.º) são diferentes da norma geral (art. 236.º); as regras sobre divergências entre a vontade e a declaração (arts. 2203.º e 2200.º) são diferentes do regime geral (art. 247.º); como as regras sobre vícios da vontade (p. ex., o art. 2199.º, em cfr. com o art. 257.º).

Requisitos de fundo do testamento

Capacidade

24 — O princípio que rege esta matéria é o da plena capacidade testamentária, sem prejuízo de a lei afastar a capacidade em casos expressamente previstos — art. 2188.º

Os incapazes de testar são os menores não emancipados; e os interditos por anomalia psíquica — art. 2189.º

Pode acrescentar-se a incapacidade especial para fazer testamento cerrado daqueles que não sabem ou não podem ler (art. 2208.º).

25 — Nos termos da lei vigente desde 1977 a emancipação só se obtém pelo casamento — cfr. o art. 132.º; ao contrário do regime anterior que previa a emancipação por concessão do pai, do conselho de família ou por decisão do tribunal de menores. Sobre as razões da alteração veja-se o Preâmbulo do D.L. que aprovou a Reforma de 1977, no seu n.º 7.

26 — A emancipação pelo casamento exige a capacidade para casar, isto é, a idade nupcial (16 anos) nos termos do art. 1601.º, al. a).

Quando os maiores de 16 anos e menores de 18 anos casam sem terem obtido o consentimento necessário dos pais (cfr. o art. 1604.º, al. a)) a lei impõe a sanção que consiste em o cônjuge ser considerado menor relativamente à administração dos bens que tiver levado para o casamento ou que posteriormente lhe advenham por título gratuito, até à maioridade (art. 1649.º, n.º 1).

Pode perguntar-se se, neste caso, o cônjuge pode fazer testamento relativamente a esses bens.

À primeira vista, o testamento parecia admissível: negócio gratuito e *mortis causa*, o testamento não é tentador para o menor (que não ganha nenhum benefício imediato em contrapartida) nem o prejudica enquanto viver (já que só vai produzir efeitos depois

da sua morte). Além disto, o casamento emancipa o menor, que apenas tem de suportar as limitações excepcionais previstas no art. 1649.º, n.º 1.

Porém, a disciplina do art. 1649.º, n.º 2, mostra que o legislador quis retirar ao menor toda a disponibilidade sobre os bens, incluindo a possibilidade de fazer compromissos — mesmo aqueles que só tenham de ser satisfeitos após a dissolução do casamento (por morte ou por divórcio), como acontece frequentemente com as dívidas. De facto, se o menor não pode comprometer os seus bens garantindo dívidas, poderá comprometê-los através da disposição em testamento?

Poder-se-ia contra-argumentar que o menor será tentado a contrair dívidas para substituir a disponibilidade dos bens que lhe foi retirada, conseguindo, deste modo, simples adiantamentos sobre os bens que frustram a sanção legal; pelo contrário, a disposição de bens em testamento — por ser acto gratuito, com efeitos por morte e livremente revogável — não serve bem como expediente para defraudar o art. 1649.º, n.º 1.

27 — Trata-se de incapacidades jurídicas ou de gozo de direitos, insusceptíveis de suprimento por meio de representação. O carácter estritamente pessoal deste negócio jurídico impede que o incapaz possa ser substituído na formulação da sua vontade, ainda que esta substituição ficasse a cargo dos seus representantes legais.

28 — A questão de uma eventual incapacidade acidental é tratada como um caso de falta de consentimento suficiente, pelo que será estudada adiante.

29 — Os casos de indisponibilidades relativas ou ilegitimidades não se fundam numa inferioridade do sujeito mas apenas numa especial posição que este ocupa em relação a certas pessoas.

Na maior parte dos casos previstos nos arts. 2192.º e segs. e 1650.º, n.º 2, o objectivo da proibição de testar é a defesa da pró-

pria liberdade de testar. O legislador supôs que o autor do testamento se encontra numa posição de inferioridade susceptível de aproveitamento em favor do beneficiário. No caso do art. 2196.º a indisponibilidade funda-se numa velha suspeita de que a liberalidade seja feita com o intuito de captar o início ou a manutenção de uma relação adúlterina; alguma doutrina antiga falava, significativamente, no «salário do vício».

30 — A sanção contra as liberalidades feitas com ilegitimidade é a nulidade — art. 2198.º, n.º 1 — mesmo quando feitas por interposta pessoa.

Cfr. o n.º 2 do artigo citado, quanto à noção de interposta pessoa, remetendo para o art. 579.º, n.º 2.

31 — As excepções à regra da nulidade estão previstas em casos em que as disposições são feitas relativamente a familiares próximos — art. 2192.º, n.º 3 — supondo-se que o exercício das funções inibitórias não deve prejudicar as relações familiares e as deixas dentro da família, e que os familiares próximos não usarão as influências ilegítimas que são de recear de estranhos. A excepção prevista no art. 2196.º, n.º 2, explica-se porque o casamento já se desvaneceu e, portanto, o ilícito matrimonial perdeu a gravidade que justificava a tutela (al. a)); ou então porque a liberalidade tem um intuito simplesmente caritativo (al. b)).

32 — Sendo certo que o testamento é um negócio unilateral não receptício, fica perfeito no momento da manifestação de vontade. Assim, compreende-se que o momento da feitura do testamento seja o momento relevante para a verificação da capacidade — art. 2191.º Qualquer incapacidade superveniente não releva, embora ela impeça o testador de revogar a declaração anterior... Mas a alternativa seria a de invalidar esta declaração anterior, sem que houvesse razão para tanto; como se uma incapacidade superveniente tivesse a virtude de agir retroactivamente para apagar uma manifestação de vontade anterior.

33 — Mais rigorosamente, a lei refere-se não à «feitura» do testamento mas sim à data do testamento — art. 2191.º

A data do testamento público é a data em que ele é escrito pelo notário no seu livro de notas; a data do testamento cerrado é a data da sua aprovação — art. 2207.º; cfr. também os arts. 116.º e segs. do Código do Notariado.

34 — Pode mediar tempo entre a elaboração do testamento e a sua aprovação pelo notário. Mas já quando as leis antigas exigiam que o testamento público fosse feito em acto contínuo, esta exigência nunca teve sentido nem aplicação quanto aos testamentos cerrados (cfr. Cunha Gonçalves — *Tratado...*, vol. X, pp. 272/3 e 296).

Poderia perguntar-se se o testador deveria ser capaz nos dois momentos — no da feitura e no da aprovação. O legislador bastou-se com o momento da aprovação, que é o que marca a existência de um testamento; e é quando o autor leva o testamento à aprovação notarial que deve estar em condições de avaliar se a declaração exprime a sua última vontade.

Divergências entre a vontade e a declaração

Divergências intencionais

Simulação

35 — Pode legitimamente estranhar-se que se admita a possibilidade de simular num negócio unilateral; de facto, o acordo simulatório — que é o elemento característico desta forma de divergência entre a vontade e a declaração — anda naturalmente ligado a um negócio bilateral. Mas também se pode conceber um acordo relevante entre o testador e um sujeito que, embora estranho ao negócio, colabora na produção dos efeitos prático-jurídicos visados: imagine-se a deixa da quota disponível a um terceiro para que este a entregue a um dos filhos do testador, sem que os

outros percebam; ou ainda a admissão de uma dívida fictícia, ocultando uma liberalidade, com prejuízo da quota legítima.

36 — Não havia, no direito anterior a 1967, uma norma geral sobre simulação equivalente ao art. 2200.º; mas já se previa o caso da simulação sob a forma de interposição de pessoas destinada a iludir as regras sobre indisponibilidades relativas — cfr. os arts. 1783.º e 1481.º do Código de Seabra; ou seja, já havia uma norma equivalente ao art. 2198.º

37 — A previsão geral do art. 2200.º é, apesar de tudo, restrita ao caso da interposição fictícia de pessoas; trata-se de um modo de simulação relativa em que se finge dispor em favor de B para, na realidade, se favorecer C, por acordo entre o disponente e o beneficiário aparente. (Sobre a noção de interposição fictícia de pessoas veja-se Manuel de Andrade — *Teoria...*, vol. II, p. 186, e Mota Pinto — *Teoria...*, p. 475).

38 — Conjugando o âmbito de aplicação dos arts. 2198.º e 2200.º, diríamos que o primeiro se refere à interposição que visa defraudar as normas sobre indisponibilidades relativas, enquanto o segundo prevê quaisquer outros casos de interposição fictícia, quer fraudulenta quer inocente. (Sobre as noções de simulação fraudulenta e inocente veja-se Manuel de Andrade — *Teoria...*, vol. II, pp. 172/4; Mota Pinto — *Teoria...*, pp. 472/3).

39 — A sanção estabelecida contra a simulação no testamento é a anulabilidade, ao contrário do regime que vale para os negócios jurídicos em geral — cfr. o art. 241.º

Apetece dizer que esta diferença se baseia na consideração de que, apesar de tudo, a simulação em testamento é menos grave do que nos outros negócios jurídicos. Na verdade, o testamento é um negócio gratuito e de última vontade, estranho ao comércio jurídico; pode ser razoável deixar ao interessado a possibilidade de confirmar o negócio, de sanar a anulabilidade, em vez de se impor a inva-

lidade automaticamente, como acontece com a técnica da nulidade, para defesa dos interesses gerais da contratação. Mas esta argumentação falha quando se verifica que o legislador também admitiu a confirmação de disposições testamentárias nulas (art. 2309.º).

Significativamente, o regime que pune a simulação que defrauda as regras sobre ilegitimidades testamentárias é o da nulidade. Pode compreender-se que se aplique um regime especial e mais severo do que o regime-regra nestes casos em que, para além de se castigar a interposição fictícia, se defende a própria liberdade de testar ou valores familiares relevantes.

40 — O art. 2259.º, reproduzindo o regime do art. 1818.º do Código de Seabra, admite a validade do legado para pagamento de dívida, «ainda que a soma ou coisa não fosse realmente devida».

Pelo menos no caso de ter havido acordo com o beneficiário, esta disposição testamentária pretende fazer uma liberalidade sob a aparência de um quase-negócio de pagamento de uma dívida.

Já era discutida a sua conveniência no domínio da legislação anterior (cfr. José Tavares — *Sucessões...*, p. 355). O direito vigente manteve o regime tradicional, embora tivesse o cuidado de evitar o prejuízo que poderia advir para a Fazenda: o Código da Sisa e do Imposto sobre Sucessões e Doações trata a disposição como liberalidade, salvo prova documental em contrário — art. 9.º).

41 — Não se prevê a simulação absoluta. Talvez os casos, se se puderem imaginar, não passem de hipóteses académicas; mas admitamos, por exemplo, que se faz uma deixa testamentária, depois de acordar com o beneficiário que ele a repudiará, tudo com a intenção de fingir que se cumpre um modo com que o testador estava previamente onerado.

42 — Ao aplicar o regime geral do art. 2200.º anulando a disposição simulada — poderemos perguntar se se aplica o regime previsto no art. 241.º, n.º 2, com a dificuldade de o testamento ser um negócio formal.

São conhecidas as hesitações da doutrina sobre este ponto. Veja-se, por todos, Mota Pinto — *Teoria...*, pp. 478/480.

Julgo que há dois aspectos particulares que se devem acrescentar à argumentação habitual.

Por um lado, neste caso de simulação — e quando se opta pela validade do negócio escondido — não se corre o risco que Mota Pinto sublinhava: o risco de se fazer valer um negócio dissimulado com uma natureza diferente (*ob. cit.*, p. 480, nota 1); de facto, se o negócio dissimulado valer, será sempre uma liberalidade testamentária em que só muda o destinatário, será sempre um negócio gratuito, com as diferenças conhecidas relativamente aos negócios onerosos (p. ex., impugnação pauliana e redução de liberalidades inoficiosas).

Por outro lado, os casos relevantes de simulação podem deixar de fora do acordo simulatório o beneficiário real da disposição; ora, sendo assim, corre-se um risco maior de que apareça alguém a pretender alegar uma interposição fictícia que não existiu — para se apresentar como o beneficiário real — sem que este pretendente esteja sujeito às limitações de prova que recaem sobre os simuladores (art. 394.º); isto é, sem que esteja impedido de usar prova testemunhal. Mota Pinto já acentuava aquele perigo (*ob. e loc. cit.*) embora, salvo erro, não tomasse em consideração a defesa que resulta da exclusão da prova testemunhal quando o acordo simulatório é invocado pelos próprios simuladores.

Reserva mental

43 — Na falta de uma norma específica para o testamento, poderíamos justificadamente fazer uso da norma geral do art. 244.º Assim fazia Paulo Cunha, segundo informa Oliveira Ascensão (*Direito...*, p. 104).

A regra geral da irrelevância da reserva mental, porém, funda-se na interesse de proteger a confiança, para defesa do tráfico jurídico — valores que não carecem da mesma protecção nas sucessões *mortis causa*. O testamento é um negócio fora do

comércio jurídico, em que se pode privilegiar a tutela da vontade real do testador.

Com base nestes argumentos, Oliveira Ascensão defende a solução da anulabilidade (embora não seja muito explícito quando afirma que a solução se aplica «por extensão do art. 2200.º»).

A ideia parece-me justificada. No entanto, julgo que será perigoso admitir uma prova de que a disposição claramente escrita no testamento não corresponde à vontade real do testador.

É certo que toda a teoria da revogação tácita supõe que se pode afastar uma disposição expressa para fazer valer uma vontade diferente; mas note-se que na revogação tácita exige-se um qualquer comportamento do testador com o significado inequívoco de alterar o testamento anterior. Reconheça-se, também, que a lei admite a relevância do erro sobre a pessoa do destinatário ou sobre os bens que são objecto da disposição, de tal modo que se poderá substituir a pessoa ou os bens, fazendo prevalecer a vontade real em contraste com o que se lê no testamento; note-se, porém, que a lei exige que se possa concluir do próprio testamento qual a pessoa ou qual o bem a que o testador se queria referir (art. 2203.º). Nestes casos, ou há um comportamento positivo do testador que com toda a probabilidade significa uma revogação do que está escrito, ou não há um comportamento positivo mas resulta do próprio testamento que a vontade real é contrária ao que está escrito.

Julgo perigoso passar além disto, em matéria de reserva mental. Embora concorde com a possibilidade da sua relevância, creio mais prudente exigir que a vontade real contrária ao que está escrito resulte do próprio testamento; no máximo, admitiria a demonstração de que o testador tinha uma intenção diferente da que se lê no testamento, tencionava revogá-lo e, por qualquer motivo ponderoso, não pôde manifestar a vontade revogatória, ainda que de um modo tácito (refiro-me a um motivo ponderoso que não chegue ao ponto de constituir causa de indignidade, nos termos do art. 2034.º, al. c); é que, se houvesse indignidade, a disposição testamentária não surtiria efeito por incapacidade sucessória passiva do destinatário).

44 — No caso de se admitir a relevância da reserva mental — e a anulação da disposição testamentária — o destinatário devia beneficiar da tutela que a lei confere ao destinatário das declarações não sérias, reconhecendo-se-lhe o direito a uma indemnização dos prejuízos que sofreu, desde que possa alegar uma frustração da sua confiança na validade da disposição (art. 245.º, n.º 2). Apesar de ser um negócio gratuito e fora do comércio jurídico, a verdade é que o destinatário pode ter adquirido direitos na sequência da abertura do testamento.

Declarações não sérias

45 — Não há uma norma específica que estabeleça um regime para as declarações não sérias em testamento. De acordo com uma técnica elementar podemos dizer que vale a regra geral do art. 245.º do Código Civil. A verdade é que uma declaração dessas tem de ser considerada inexistente; não pode ser tomada como uma declaração negocial, correspondente à última vontade do testador!

46 — Oliveira Ascensão lembra o regime do código civil germânico que nega o direito a qualquer indemnização semelhante à que o art. 245.º, n.º 2, prevê; com o fundamento de que ninguém deve confiar na validade de disposições não sérias (*Direito...*, p. 96).

É certo que, num domínio estranho ao comércio jurídico, as expectativas dos interessados e a confiança na sua satisfação devem ser menos digna de tutela. Mas talvez seja exagerado afirmar peremptoriamente que nunca se indemnizará o dano de se ter confiado numa disposição testamentária não séria, quaisquer que tenham sido as circunstâncias em que ela tenha sido feita. Julgo que é defensável aplicar o regime geral do art. 245.º, n.º 2, embora seja razoável interpretá-lo com maior exigência — neste domínio do testamento — de tal modo que seja mais difícil obter direito à indemnização.

Divergências não intencionais

Coacção física e falta de vontade de acção

47 — A forma exigida para a declaração, no caso do testamento, torna estas hipóteses muito pouco plausíveis. Isto é óbvio no que respeita ao testamento público — escrito pelo notário. É claro também para o testamento cerrado — embora seja verossímil o exercício de coacção física ou a falta de vontade de acção no momento da escrita do testamento, não é possível que esses factos se registem no momento da aprovação, sem a qual o testamento não tem valor; a menos que haja convivência do próprio notário.

48 — A única disposição especial sobre testamentos que menciona a coacção é o art. 2201.º, estabelecendo a anulabilidade da declaração. Ora, impondo esta sanção, a norma só pode referir-se à coacção moral ou relativa e não à coacção física e à falta de vontade da acção. O regime aplicável a estes casos extremos de divergência entre a vontade e a declaração tem de ser o regime geral da inexistência, previsto no art. 246.º do Código Civil.

Falta de consciência da declaração

49 — Pelas mesmas razões da exigência de uma forma para a validade do testamento não é crível que se verifique um caso destes. Ainda assim deve seguir-se a doutrina que, em face do art. 246.º, manda aplicar as regras da nulidade, em vez do regime da inexistência.

Cfr. Mota Pinto — *Teoria...*, p. 493.

Erro na declaração

50 — Em face dos termos genéricos do art. 2201.º podemos dizer que ele estabelece a anulabilidade da disposição testamentária determinada por erro na declaração.

É compreensível que não se aplique, sem mais, o regime geral dos negócios jurídicos, previsto no art. 247.º do Código Civil. Este regime geral está organizado para os contratos, na perspectiva da conciliação necessária dos interesses do declarante e do declaratário, e preferindo a tutela da confiança deste, que personifica os interesses gerais da contratação.

Em suma, tratando-se de erro obstáculo num testamento, a anulabilidade não está condicionada pela verificação dos requisitos estabelecidos no art. 247.º: provada a divergência a disposição pode ser anulada.

51 — Seguindo o princípio geral da conservação dos negócios jurídicos — sobretudo relevante quando o negócio é irrevocável como é o caso de um testamento já aberto — o legislador, na sequência da anulação fundada no art. 2201.º, permite que a disposição valha relativamente à pessoa que o testador queria realmente mencionar ou relativamente aos bens que teriam sido indicados se não tivesse ocorrido o erro — art. 2203.º Isto, supondo que a interpretação do testamento permite identificar a pessoa ou os bens certos.

52 — Como resulta dos apontamentos anteriores, prefiro um modo diferente do que usa Oliveira Ascensão para entender e fundamentar a invalidade do testamento em caso de erro obstáculo. Na verdade, este autor parece não atribuir relevo ao disposto no art. 2201.º e prefere basear a invalidade numa determinação «implícita» do art. 2203.º (*ob. cit.*, p. 100) que serve para integrar a lacuna de previsão (p. 309). Por outro lado, afirma que o art. 2203.º sugere a sanção da nulidade, em vez da anulabilidade; acrescentando que a lei aproveita a vontade real «pressupondo a desnecessidade de qualquer anulação da disposição declarada» (*Direito...*, p. 100).

Julgo, porém, que não se pode afastar o comando expresso do art. 2201.º que estabelece a anulabilidade. Ou os interessados aceitam a vontade real do testador por via de interpretação extra-judicial do testamento ou, não havendo entendimento pací-

fico sobre o sentido da declaração, parece-me que não se pode impedir o interessado de intentar uma acção de anulação da disposição testamentária, para se apurar depois — e fazer valer — a vontade real.

Dir-se-á então que a lei converte a disposição inválida na outra que corresponde à vontade do testador.

Consentimento

Erro vício

53 — O art. 2201.º estabelece a anulabilidade da disposição testamentária determinada por erro.

Tal como se disse a propósito do erro na declaração — e pelas razões aí apontadas — a anulabilidade não está condicionada à verificação dos requisitos normais, que valem para a anulação dos outros negócios jurídicos. Isto não invalida, obviamente, a necessidade de que se verifiquem os chamados requisitos gerais da relevância do erro, postos em relevo pela doutrina, designadamente a essencialidade do erro.

Num sentido diferente, Oliveira Ascensão (*Direito...*, pp. 98/9) afirma que há uma lacuna de previsão e defende a sanção da anulabilidade, com a simples exigência da prova de que o erro foi essencial.

54 — Enquanto os casos de erro-vício que recaia sobre a pessoa do destinatário ou sobre o objecto da disposição mereceram a sanção da anulabilidade sem requisitos especiais — num regime comum, tal como é comum o regime geral dos arts. 247.º e 251.º — o caso do erro sobre os motivos que não esteja consumido pelas hipóteses anteriores vem a ser sujeito a um requisito especial: a essencialidade do erro tem de resultar do próprio testamento. Isto é, não pode resultar de qualquer outro meio, da chamada prova extrínseca.

As razões desta exigência especial são conhecidas: é perigoso admitir a relevância de um erro sobre um motivo que só se reconhece na mente do testador, que não tem tradução na pessoa do destinatário ou no objecto da disposição. São estas razões que determinam, nos negócios jurídicos vulgares, um grande rigor restritivo para a alegação do erro sobre os motivos (cfr. o art. 252.º; e Mota Pinto — *Teoria...*, pp. 514/5).

Podemos dizer que o art. 2202.º tem o mesmo espírito e desempenha a mesma função, no âmbito do testamento, que o art. 252.º, nos outros negócios jurídicos: torna mais difícil anular a disposição.

Dolo

55 — Em face do art. 2201.º podemos dizer que a disposição testamentária viciada por dolo é anulável

De novo, não me parece adequado defender a existência de uma lacuna de previsão — cfr. Oliveira Ascensão — *Direito...*, pp. 98/9.

56 — Não se faz, em matéria de testamento, a distinção que se encontra no art. 254.º entre o dolo do beneficiário e o dolo de terceiro. No âmbito dos outros negócios jurídicos, a preocupação de defender as expectativas do declaratório que tenha ignorado o dolo de terceiro e não tivesse obrigação de o conhecer leva a que se mantenha válida a declaração. Pelo contrário, no testamento só se considera a vontade do declarante (disponente), não se tutela a confiança de um declaratório, pelo que a disposição será sempre anulável, mesmo que o dolo provenha de terceiro.

Coacção moral

57 — Tal como no caso anterior, suponho que a disposição determinada por coacção moral é anulável com fundamento directo no art. 2201.º

58 — Também aqui não se faz distinção entre a coacção exercida pelo beneficiário da disposição ou por terceiro (cfr. o art. 256.º). As razões são conhecidas: não há que defender a confiança de um declaratório quando a coacção provenha de um terceiro, exigindo uma resistência maior do declarante. O que importa exclusivamente é a defesa da liberdade de testar pelo que, em qualquer caso, a disposição é anulável.

Estado de necessidade

59 — O estado de necessidade difere da coacção moral porque a pressão que vicia a vontade não é causada por um facto humano ou, tendo sido causada por facto humano, este não se dirigiu à extorsão da declaração de vontade viciada.

60 — Não há norma específica para o testamento. Nestas condições, deve aplicar-se o preceito geral do art. 282.º; e o testamento será anulável.

61 — Manuel de Andrade — *Teoria...*, pp. 282/4, e Mota Pinto — *Teoria...*, pp. 532 e 534, destacam a hipótese de o testamento ser feito em favor de alguém que tinha o dever moral ou jurídico de socorrer o disponente; neste caso, defendem que a disposição não deve ser apenas anulável, mas nula por ofender os bons costumes ou a lei (art. 280.º).

Incapacidade accidental

62 — O art. 2199.º prevê um regime especial para o caso de a disposição ter sido feita por quem estava accidentalmente privado de uma vontade sã. A consequência é idêntica à que se prevê no art. 257.º mas não se exigem os requisitos que esta norma impõe, pois eles só se justificam na contratação normal, em que avulta a necessidade de proteger as expectativas do declaratório.

Licitude do objecto e do fim

63 — Na falta de uma norma especial que estabeleça requisitos de licitude do objecto do testamento, deve aplicar-se a regra geral do art. 280.º É concebível, por exemplo, que o testador faça disposições fisicamente impossíveis (p. ex., deixa da lua) ou legalmente impossíveis (p. ex., deixa de um bem do domínio público).

Sem prejuízo de, em várias normas, se estabelecer a invalidade expressa de certas disposições — p. ex., nos arts. 2231.º, 2232.º, 2233.º e 2256.º

64 — Também se concebe que o objecto seja lícito mas o fim seja ilícito — p. ex., a deixa de dinheiro para custear uma insurreiçãõ (Cunha Gonçalves — *Tratado...*, p. 570).

O art. 281.º não é adequado para o testamento porque supõe um negócio bilateral — o negócio «é nulo quando o fim for comum a ambas as partes». Terá sido esta a razão por que o legislador formulou o art. 2186.º, que estabelece a nulidade do testamento quando a sua interpretação mostrar que o fim é contrário à lei, à ordem pública ou aos bons costumes.

Requisitos de forma do testamento

65 — As formas comuns são a do testamento público e a do testamento cerrado.

A exigência de aprovação notarial do testamento cerrado afasta a validade do chamado testamento ológrafo — o testamento simplesmente escrito e assinado pelo testador, admitido em países como a França e a Itália.

66 — O testamento público segue as formalidades das escrituras públicas, no sentido de que é um acto feito pela entidade oficial e não pelo particular. Não é um acto público no sentido de que esteja à mercê do conhecimento de qualquer interessado; na verdade,

ao contrário dos documentos públicos vulgares, de que qualquer pessoa pode requerer certidões (art. 176.º, n.º 1, do Código do Notariado) só os testadores podem ter acesso aos testamentos públicos arquivados nas repartições notariais (art. cit., n.º 2).

67 — O testamento cerrado é escrito e assinado pelo testador; mas também pode ser escrito por outrem e assinado pelo testador, ou ainda escrito e assinado por outrem, sempre a rogo do testador (art. 2206.º).

O n.º 2 do art. citado define as condições em que o testador pode deixar de assinar o testamento: quando não puder ou não souber assinar. Oliveira Ascensão (*Direito...*, pp. 83/4) faz uma censura justa ao preccito, no ponto em que se admite que uma pessoa saiba ler (sem o que não teria capacidade para usar a forma do testamento cerrado — art. 2208.º) mas não saiba assinar! De facto, esta situação não quadra com a experiência corrente, segundo a qual quem sabe ler também sabe assinar. Nestas condições, faz sentido a interpretação derogante do art. 2206.º, n.º 2, na parte referida ou, pelo menos, faz sentido sugerir a modificação do texto legal em momento oportuno.

68 — Quando o art. 2206.º afirma que o testamento cerrado deve ser «escrito» pelo testador, quer dizer «manuscrito», de acordo com o preceituado no art. 118.º do Código do Notariado.

69 — A aprovação do testamento cerrado, nos termos dos arts. 116.º a 119.º do Código do Notariado, é condição de validade do testamento (art. 2206.º, n.º 5).

70 — O testamento cerrado pode ser guardado pelo testador, notário ou por um terceiro (art. 2209.º, n.º 1).

Note-se a previsão especial da responsabilidade do terceiro que não apresentar o testamento no prazo estabelecido: além de ser responsável pelos danos que causar, torna-se indigno para suceder ao testador (art. 2209.º, n.º 2).

71 — Os arts. 2210.º e segs. prevêem as formas especiais do testamento — militar, a bordo de navio ou de aeronave, em caso de calamidade pública.

Apesar das alterações motivadas pelas circunstâncias especiais, reconhecem-se bem os dois tipos comuns de formalismo admitidos no nosso direito.

72 — O testamento formulado por uma das formas especiais, simplificadas, caduca passados dois meses sobre o momento em que cessaram as circunstâncias excepcionais que o justificaram (art. 2222.º).

Casos especiais

73 — Não será rigoroso mencionar, como caso especial, a hipótese de um testamento feito por um português num consulado português. De facto, o regime é idêntico ao dos testamentos feitos em Portugal; apenas as funções de notário são desempenhadas pelo agente consular (art. 3.º, n.º 1, al. a), do Código do Notariado).

74 — O art. 65.º admite a validade do testamento feito segundo a lei do local da celebração ou a lei para a qual esta remeta, ou segundo a lei pessoal do testador.

O n.º 2 deste artigo, porém, mandar respeitar qualquer especial exigência de forma que seja imposta pela lei pessoal do testador.

75 — O art. 2223.º exprime uma exigência especial quanto a forma. Os portugueses poderão fazer testamento no estrangeiro, segundo uma lei estrangeira; mas o acto só será eficaz desde que observem uma forma solene na feitura ou na aprovação do testamento.

Esta norma tem sido considerada tão obscura como a do art. 1961.º do Código de Seabra: «Os testamentos, feitos por por-

tugueses em país estrangeiro, produzirão os seus efeitos legais no reino, sendo formulados autenticamente, em conformidade da lei do país onde forem celebrados».

De novo se hesita no sentido que se deve atribuir à exigência legal. O que é uma «forma solene»? Como é que se cumpre uma forma solene na feitura do testamento ou na sua aprovação?

Tentando esclarecer o sentido do preceito, Baptista Machado afirmou: — «Não é líquido o conceito de 'forma solene', mas parece que deve significar o mesmo que forma escrita; pelo que só ficaria excluída, portanto, a eficácia do testamento puramente nuncupativo». (*Lições de direito internacional privado*, policop., Coimbra, 1971/2, p. 632). Foi atribuída uma opinião semelhante, embora acompanhada das maiores dúvidas, a Isabel Magalhães Collaço (*Sistema português de normas de conflitos*. Apontamentos coligidos por um grupo de alunos, sem revisão da Professora. Lisboa, A.A.F.D., 1968, p. 95).

As dúvidas que têm sido manifestadas autorizam-me a supor que a solução pode ser diversa. Talvez não baste reduzir o testamento a escrito para que se respeite a exigência do art. 2223.º

O nosso direito afastou-se do regime espanhol, francês e italiano, no ponto em que se excluiu o testamento ológrafo, que é simplesmente escrito e assinado pelo testador; esta particularidade mostra um empenho excepcional do nosso direito na garantia de que o testamento se elabore de um modo mais controlado pelo notário, seguindo um formalismo mais exigente, com as garantias que daí resultam. Também pode ser verdade que, ao aceitar a aplicação de uma lei estrangeira, podia ser razoável diminuir a exigência que se aplica internamente, aceitando um formalismo menos pesado, como a simples forma escrita. Mas, tendo esta intenção, seria natural dizer-se claramente que se impunha uma forma escrita; porque se insistiu na exigência obscura de uma «forma solene»?

Por outro lado, ao dizer-se que a «forma solene» equivale a forma escrita acaba por nem se garantir que o testamento seja reduzido a escrito; de facto, como a regra do art. 2223.º fica

igualmente respeitada com o uso de «forma solene» ou na «feitura» ou na «aprovação», teria de admitir-se que a vontade fosse expressa oralmente perante uma entidade (pública?) que fizesse uma aprovação relatada num simples escrito — mas não creio que esta aplicação da doutrina que referi fosse aceite pelos seus defensores.

Por fim, não terá valor a substituição da fórmula de Seabra («formulados autenticamente») pela expressão actual que menciona separadamente a «feitura» e a «aprovação»? Não significará esta mudança que o legislador quis manter, embora com adaptações resultantes da aplicação da lei estrangeira, a exigência do respeito de uma das nossas formas comuns de testar?

Inclino-me para pensar que o legislador ditou o art. 2223.º não apenas para evitar a eficácia de algum raro testamento oral, mas sim para impor sistematicamente a exigência portuguesa da utilização de forma escrita com a intervenção de um notário ou oficial equivalente. O que teria o resultado de limitar a eficácia dos testamentos àqueles que tivessem sido «feitos» por um oficial público ou «aprovados» por ele.

Certamente que esta «feitura» ou esta «aprovação» seguiriam os tramites concretos definidos pela lei estrangeira aplicável — a lei do lugar. Mas sempre poderia reconhecer-se, no testamento cuja eficácia se reconhecia, o cumprimento de requisitos cuja observância se pode esperar num testamento público ou num testamento cerrado.

Pode retorquir-se que esta maneira de entender o art. 2223.º vai inutilizar, por exemplo, testamentos ológrafos feitos em países vizinhos, onde os cidadãos portugueses se encontram radicados, sendo certo que a ineficácia dos testamentos pode ser compreensivelmente ignorada pelo testador; e assim se vai beneficiar os sucessores legítimos contra uma expressão da vontade que pode, em cada caso, não oferecer qualquer dúvida. Em contrário, poderá dizer-se que esta exigência não é maior do que a que se faz, tradicionalmente, aos nacionais residentes em Portugal.

Âmbito da forma legal; o testamento *per relationem*

76 — Trata-se de averiguar a disciplina das «remissões formais» (Capozzi — *Successioni...*, t. I, pp. 414/5). Não estão em causa as chamadas «remissões substanciais», em que o testador delega noutrem algum aspecto da vontade testamentária; estas são, em princípio nulas, por contrariarem a pessoalidade do testamento (vejam-se, porém, as excepções constantes dos arts. 2182.º, n.º 2, e 2183.º).

77 — O art. 2184.º permite que certos aspectos da disposição não constem do texto do testamento. Isto é: o testador pode completar as disposições testamentárias reportando-se a manifestações da sua vontade exteriores e diferentes do testamento propriamente dito. Não se trata nunca de remeter, pura e simplesmente, para outro texto; trata-se apenas de completar a manifestação de vontade que consta do testamento — por exemplo, «deixo a António os bens que indiquei no rol que fica guardado na gaveta da minha secretária».

78 — Como se vê pela primeira parte do art. 2184.º, não é permitido completar o testamento com uma manifestação de vontade simplesmente oral, confiada a outrem. Uma remissão para uma expressão oral da vontade estaria sujeita à maior deturpação e seria nula por falta de forma.

A referência legal ao carácter secreto das instruções ou recomendações feitas a outrem poderia suscitar a dúvida de saber se uma remissão discreta ou pública podia ser considerada como válida. Não se vê que as exigências formais do testamento pudessem suportar uma resposta afirmativa.

79 — Não há dificuldades para a aceitação de uma remissão feita para um documento público, que tem o mesmo valor formal do testamento.

80 — No mínimo, a lei exige que a remissão seja feita para um documento escrito, assinado pelo testador; e mesmo estes têm de ser contemporâneos ou anteriores ao testamento.

Seria interessante compreender por que razão se adoptou aqui um regime oposto ao que vale nos negócios jurídicos em geral, quanto ao âmbito da forma legal (cfr. o art. 221.º).

Interpretação do testamento

81 — As regras sobre interpretação dos testamentos deve ser confrontado com o regime geral de interpretação das declarações de vontade. O art. 236.º consagra a chamada doutrina da «impressão do destinatário», que pressupõe os negócios jurídicos do tráfico patrimonial.

82 — O art. 2187.º estabelece o que se costuma designar por «um desvio subjectivista» (Manuel de Andrade — *Teoria...*, vol. II, pp. 316 e segs.) relativamente à regra geral. Procura-se um sentido que se ajuste à vontade real do declarante, mesmo com o recurso a prova extrínseca, exterior ao testamento e ignorada pelo destinatário. Assim, poderá valer um sentido inacessível a um declaratório normal colocado nas circunstâncias concretas do testamento.

83 — O art. 2187.º, n.º 2, não permite que valha um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no contexto do testamento.

Esta exigência impõe-se por força do carácter formal do testamento e tem paralelo quer nas regras sobre interpretação das leis (art. 9.º, n.º 2) quer na regra geral sobre interpretação de negócios jurídicos (art. 238.º, n.º 1).

Note-se, porém, que o art. 238.º, n.º 1, exige que o sentido apurado em interpretação tenha correspondência no «texto» do documento, enquanto o art. 2187.º apenas impõe uma correspondência no «contexto». Isto é: não se exige uma correspondência nas palavras; basta uma correspondência com o «encadeamento das ideias expressas no texto».

84 — O art. 238.º, n.º 2, admite a validade de um sentido que não tenha correspondência no texto do documento, em certas condições.

Poderíamos averiguar se esta norma geral teria aplicação em sucessão testamentária. A argumentação era possível, com base na vulgar ideia do favor do testamento. Mas o esforço parece inútil.

A condescendência do art. 238.º, n.º 2, só se justifica porque o regime do n.º 1 é muito estrito. Quanto ao testamento, pelo contrário, a necessidade de o sentido apurado ter correspondência apenas no contexto (e não no texto) parece suficientemente flexível para satisfazer as intenções do art. 238.º, n.º 2.

Ex.: «Deixo o meu pinhal ao meu irmão». Se puder concluir-se que a intenção do testador era a de deixar metade do seu único pinhal, não precisamos de recorrer a um regime como o do art. 238.º, n.º 2, para cumprir o legado como o testador queria. Pelo contrário, se se tratasse de uma venda seria necessário o regime do art. 238.º, n.º 2 (cfr. o exemplo apresentado por Antunes Varela — *Código Civil Anotado*, em anotação do art. 238.º).

85 — Não vejo motivo para afastar a aplicação do art. 237.º, no caso de a interpretação conduzir a uma dúvida insanável. Valerá o sentido menos gravoso para o disponente, já que se trata de um negócio gratuito.

Julgo, porém, que a aplicação desta regra geral não deverá chegar ao ponto de fazer abrir uma sucessão legítima, relativamente a bens que ficassem sem destinatário; pelo menos sempre que se puder supor que o disponente pretendeu distribuir todos os seus bens por testamento.

86 — A doutrina costuma dizer que entre dois sentidos possíveis se deve preferir aquele que torne a disposição exequível. Veja-se o exemplo de Cunha Gonçalves: «Deixo ao meu sobrinho Pedro, por conta da sua legítima, o meu prédio da Rua Áurea»

deve ser entendido como uma deixa por conta do quinhão do sobrinho na sucessão legítima, e não por conta de uma «legítima» a que o sobrinho não tem direito (*Tratado...*, vol. IX, p. 639).

Integração do testamento

87 — O problema da integração dos testamentos é semelhante ao da integração de outro negócio jurídico, ressalvada alguma especialidade que se funde na particular natureza da disposição sucessória.

Trata-se, pois, de preencher lacunas da vontade que surgem depois de se terem esgotado os recursos de interpretação admissíveis.

88 — É voz corrente que não se pretende, através da integração, fazer novas disposições de vontade. Trata-se apenas de encontrar soluções de regime para aspectos secundários, tendencialmente do âmbito da execução, que não ficaram previstos. Em suma, a integração só se ocupa de aspectos acidentais e nunca de aspectos essenciais (Lacruz e Sancho — *Derecho...*, p. 472).

89 — Exemplos (Lacruz e Sancho — *Derecho...*, p. 473):

A condição de não casar estabelecida para a instituição da mulher como herdeira também vale para o pré-legado que tenha sido feito em favor dela (cfr. o art. 2264.º)?

A faculdade de dispor concedida ao fiduciário ou ao usufrutuário inclui alienações entre vivos e *mortis causa*, onerosas e gratuitas?

A condição de não alienar ou onerar abrange a nomeação dos bens deixados à penhora em execução quando há outros bens penhoráveis no património do executado?

90 — Em princípio vale a regra geral do art. 239.º, na falta de normas especiais.

O primeiro recurso de integração é o que resulta das normas suplectivas. Exemplos:

O art. 2225.º delimita o âmbito da deixa a uma generalidade de pessoas.

O art. 2226.º restringe o chamamento quando se faz uma liberalidade aos «parentes» ou aos «herdeiros legítimos».

O art. 2271.º resolve dúvidas sobre a extensão do direito do legatário aos frutos da coisa legada.

91 — A aplicação do segundo recurso previsto no art. 239.º suscita dificuldades. É que, por definição, a vontade hipotética do testador não está formalizada; pode pensar-se que o respeito por uma vontade hipotética contraria a necessidade do formalismo testamentário.

A opinião dominante parecer ser, contudo, favorável à possibilidade de recorrer à vontade hipotética do testador. O argumento fundamental é o da necessidade de conservar o negócio de última vontade, irrepetível, tornando-o exequível com a integração da lacuna.

Afinal, em todos os negócios formais é admitida a relevância de um sentido sem correspondência no texto (art. 238.º, n.º 2). E nem o facto de o testamento criar um regime aplicável a pessoas que não intervieram na sua celebração (Maria de Nazareth Lobato Guimarães — *Testamento...*, p. 77) constitui obstáculo; para além de se pretender apenas a integração de lacunas menores na economia do negócio, essa consideração também não impede a aplicação do art. 239.º no âmbito dos negócios unilaterais entre vivos.

92 — A técnica da integração pelo recurso à vontade hipotética é sobretudo tolerada sempre que se trata de tornar exequível uma disposição que, de outro modo, ficaria sem préstimo (Oliveira Ascensão — *Direito...*, pp. 310/1; M. N. Lobato Guimarães — *Testamento...*, p. 77).

93 — O art. 239.º permite que uma lacuna seja preenchida de acordo com os ditames da boa fé, quando a vontade hipotética

encontrada a contrarie. Esta última parte do preceito causa problemas ainda maiores quando se aprecia a sua eventual utilização no âmbito do testamento.

É desde logo duvidoso saber até que ponto as regras da boa fé construídas para os negócios jurídicos vulgares são aplicáveis a um negócio estranho ao comércio jurídico.

Por outro lado, a integração de uma lacuna através da imposição dos ditames da boa-fé significa que o julgador se substitui ao testador. O julgador determina aquilo que o testador devia ter querido se tivesse previsto o ponto omissivo. Assim, não fica posto em causa apenas o formalismo do negócio, mas também o carácter pessoal do testamento (M. N. Lobato Guimarães — *Testamento...*, p. 78).

Conteúdo do testamento

Conteúdo pessoal

94 — A admissibilidade de disposições de carácter pessoal suscita duas dificuldades.

A primeira é de saber se são admitidos testamentos só com disposições de carácter pessoal; designadamente, se o notário pode recusar um testamento público com este conteúdo).

O art. 2179.º, n.º 2, é claro na afirmação de que o testamento pode conter disposições pessoais, «ainda que nele não figurem disposições de carácter patrimonial».

95 — A segunda dificuldade é a de saber se só serão admitidas as disposições de carácter pessoal previstas na lei. Veja-se: art. 358.º, n.º 4 (confissão em testamento); arts. 1853.º, al. b), e 1858.º (perfilhação); art. 1928.º, n.º 3 (designação do tutor pelos pais); art. 1967.º (designação do administrador de bens pelos pais); art. 2320.º (nomeação de testamenteiro); arts. 143.º, n.º I, al. b), e 156.º (designação de tutor para interdito e inabilitado); art. 2038.º (reabilitação do indigno e reabilitação do deserdado num testamento que revoga a deserdação anterior).

A opinião restritiva corresponde à interpretação mais literal da norma — «As disposições de carácter não patrimonial que a lei permite inserir no testamento...» (art. 2179.º, n.º 2). É esta, aliás, a doutrina tradicional italiana (Azzariti, F. *et al.* — *Successioni...*, p. 373; Azzariti, G. — *Le successioni...*, p. 376), em face de um texto igual ao nosso (art. 587.º, n.º 2, do código italiano).

Duas coisas parecem certas: são admitidas as disposições que a lei prevê que se façam em testamento; ao contrário, não são admitidas as disposições que visem um resultado que, nos termos da lei, tenha de se alcançar através de um certo procedimento diverso como a impugnação de uma perfilhação ou a adopção de uma criança.

Quanto a disposições de carácter não patrimonial que a lei não preveja, não haverá razão para as proibir, sob pena de se negar o largo e respeitável princípio da autonomia privada do testador. Deste modo, quando o texto da norma se refere a disposições «que a lei permite», devemos entender que se trata de disposições que a lei não proíbe, de disposições, em suma, que caibam nos terrenos amplos da licitude. Assim, por exemplo, disposições sobre o corpo entrega à ciência, proibição de colheita de órgãos (?), desejo de cremação ou de sepultura, disposições acerca de sufrágios e funeral (Lacruz e Sancho — *Derecho...*, p. 355), autorização para contrair casamento (Lacruz e Sancho, *ob. e loc. cit.*), destino de memórias escritas, direitos de autor, publicações (Lacruz e Sancho — *Derecho...*, p. 356). Veja-se sobretudo Capozzi — *Successioni...*, pp. 428/9, juntando-se à doutrina italiana dominante, neste último sentido.

Conteúdo patrimonial. Algumas disposições típicas

96 — *Legado de coisa alheia*

O princípio da regulamentação só podia ser o da nulidade do legado. Assim, vejam-se os seguintes artigos:

— 2251.º, n.º 1, legado de bem pertencente ao sucessor onerado com o legado ou a terceiro;

- 2252.º, n.º 1, legado pertencente em parte a outrem;
- 2254.º, n.º 1, legado de coisa que não existe no espólio do testador;
- 2256.º, n.º 1, legado de coisa pertencente ao legatário.

97 — Encontramos uma primeira exceção à regra da nulidade no art. 2251.º, n.º 1, segunda parte: quando do testamento resultar que o testador sabia que a coisa não lhe pertencia. Neste caso, supõe-se que o testador quis onerar o sucessor obrigado a satisfazer o legado, entregando a coisa legada ao beneficiário, proporcionando-lhe a sua aquisição, ou pagando-lhe o valor dela (quando o dono não queira vender, ou só venda por um preço excessivo — *dominus non vendat, vel immodico pretio vendat* — Digesto 14 § 2 32, *apud* Cunha Gonçalves — *Tratado...*, vol. X, p. 52).

98 — Encontramos uma segunda exceção no art. 2256.º, n.º 2: a coisa legada pertencia ao próprio legatário na data do testamento mas pertence ao testador na data da morte. Ou se nesta data pertencia ao sucessor onerado com o legado e pode aplicar-se o regime do parágrafo anterior. Cfr. também o art. 2251.º, n.º 3.

99 — *Legado de usufruto simultâneo*

O art. 2258.º só se importa com a duração do legado de usufruto. Interessa-nos conhecer o art. 1442.º (correspondente ao art. 2250.º do Código de Seabra) estabelecendo — supletivamente — o direito de acrescer entre os vários designados, em favor dos que forem sobrevivendo, de tal modo que o usufruto só se consolida com a propriedade por morte do último titular. Pode dizer-se que cada usufrutuário tem um direito de acrescer relativamente à parte de cada um dos outros, subordinado à condição suspensiva de lhe sobreviver.

100 — *Legado de usufruto sucessivo*

Ao contrário do usufruto simultâneo, em que se constitui um único direito com vários titulares, no usufruto sucessivo o direito

do segundo titular só nasce depois de se extinguir o direito do primeiro titular.

101 — A semelhança mais nítida é com a substituição fideicomissária. Em ambos os casos o testador deixa um direito a um primeiro titular e determina que, por morte deste, a posição jurídico-prática será encabeçada por outro titular.

Ao afirmar esta semelhança, não pode ignorar-se que no fideicomisso deixa-se um direito de propriedade, enquanto aqui se trata apenas de um usufruto. Por outro lado, em rigor, enquanto no fideicomisso se transmite o direito deixado, no usufruto sucessivo devemos dizer antes que o primeiro direito se extingue com a morte do usufrutuário, dando lugar a um novo direito que se constitui em favor do segundo usufrutuário (Capozzi — *Successioni...*, p. 593).

102 — A semelhança com o fideicomisso também se nota nos inconvenientes prático-económicos da instituição. Em ambos os casos se impõem limitações ao direito de propriedade plena, limitações severas e prolongadas.

Estes inconvenientes determinaram que se estabelecesse a restrição constante do art. 1441.º: os designados sucessivamente têm de existir ao tempo da constituição do direito em favor do primeiro titular. Deste modo, os inconvenientes não se protelarão mais do que num usufruto simultâneo, ou do num fideicomisso (nos termos em que a lei o admite — num grau).

103 — *Legado para pagamento de dívida* (art. 2259.º)

Os antecedentes históricos deste regime mostram que o legislador aceita como válido o legado que pretende apenas pagar uma dívida real; e aceita também a validade de uma autêntica liberalidade disfarçada sob a capa de um reconhecimento de dívida que não existia (cfr. José Tavares — *Sucessões...*, pp. 355 e segs.). Aliás o texto do próprio art. 2259.º é esclarecedor de que se admite a validade do legado «ainda que a soma ou coisa não fosse realmente devida».

Não admira, pois, que Pontes de Miranda use este caso como exemplo de simulação em testamento — *Tratado...*, vol. LVI, p. 167.

104 — Um dos interesses que a doutrina costuma apontar para sustentar este regime tradicional é a vantagem de formalizar uma dívida nula por falta de forma, ou difícil de provar. Sabe-se que a nulidade por vício de forma pode envolver uma injustiça no plano substancial — note-se, a este propósito, o esforço da doutrina para admitir a relevância do abuso do direito, no sentido de permitir afastar a sanção radical contra a falta de forma, sobretudo nos casos mais chocantes em que o devedor se furta conscientemente à formalização pretendida pelo credor — cfr. Mota Pinto — *Teoria...*, p. 437.

105 — Um outro interesse é o de respeitar a intenção de fazer uma liberalidade mesmo que seja certo que o testador nada devia, ou haja quaisquer dúvidas sobre a existência da dívida.

106 — Prevenindo a hipótese de se usar este tipo de legado para encobrir uma verdadeira liberalidade, o art. 9.º, n.º 1, par. 4, do *Código da Sisa e do Imposto sobre Sucessões e Doações*, determina que «as dívidas reconhecidas em testamento (...) serão havidas por legados, salvo prova documental em contrário».

107 — Legados Pios

O art. 2280.º remete a disciplina destes legados para legislação especial: D.L. 39 449, de 24-11-53; D.L. 43 209, de 10-11-60.

O objecto desta legislação especial tem sido, principalmente, a definição do que é legado pio, e a competência para prestar e para tomar as respectivas contas. Pela configuração habitual deste legado, não encontramos um particular interessado, capaz de impor aos herdeiros a satisfação do seu direito; os destinatários ou são o próprio testador já morto ou um grupo indeterminado de pessoas, que não tem os meios para defender o seu interesse.

108 — O art. 219.º do Código do Notariado também se ocupa destes legados, com o propósito de impor a obrigação de dar conhecimento da sua existência às entidades com competência para controlar o seu cumprimento. E curioso verificar que este artigo usou uma definição muito ampla de legado pio, que inclui «as disposições a favor da alma» e os «encargos de interesse público».

109 — O ordinário da diocese é competente para fiscalizar o cumprimento das disposições a favor da alma; a autoridade administrativa do concelho é competente para fiscalizar os encargos de interesse público.

110 — Legado em substituição da legítima

Os problemas suscitados pela deixa de um legado em substituição da legítima foram quase todos resolvidos pela nossa lei vigente. Assim, não há dúvidas de que o direito ao legado é alternativo do direito à legítima (art. 2165.º, n.º 2); nem há dúvidas sobre o modo de fazer a imputação nas quotas legitimária e disponível (n.º 4).

111 — Pode continuar a discutir-se, com a doutrina italiana, se o beneficiário que aceita o legado assume a estrita condição de legatário ou, pelo contrário, deve continuar a ser considerado como herdeiro para o efeito de beneficiar do direito de acrescer relativamente a uma porção da herança que cabia a um coherdeiro que não pôde ou não quis aceitar; ou para o efeito de partilhar a quota disponível (cfr. Azzariti, F. *et al.* — *Successioni...*, pp. 216 e segs.; Azzariti, G. — *Le successioni...*, pp. 284 e segs.; Capozzi — *Successioni...*, pp. 302 e segs.; Oliveira Ascensão — *Direito...*, pp. 384/5).

112 — Legado de crédito (art. 2261.º)

O legado de um crédito constitui uma cessão do crédito em favor do legatário, com um regime diferente da cessão entre vivos;

na verdade, nos termos gerais a cessão só seria eficaz depois de ter sido notificada ao devedor (art. 583.º).

113 — O interesse do regime está em afirmar que o legatário pode exigir do devedor o montante que o crédito tiver no momento da morte e não o valor que ele tinha na data do testamento.

Este regime é supletivo, de tal modo que pode provar-se que o testador quis beneficiar o legatário com uma quantia igual ao valor que o crédito tinha no momento do testamento, considerando irrelevante o cumprimento parcial ou total que entretanto tenha sido feito.

114 — Cunha Gonçalves previa o caso de o crédito já se encontrar extinto, recomendando ao legatário que repudiasse o legado para não ser onerado com um imposto sucessório por um benefício afinal aparente — *Tratado...*, vol. X, p. 74.

115 — *Legado da totalidade dos créditos* (art. 2262.º)

A lei vigente deu à palavra «créditos» o sentido mais corrente, popular e tradicional, de modo a que ela abrange só as posições activas em que o testador tinha um direito de exigir um pagamento de alguém. Excluiu-se, desta maneira, os créditos em sentido técnico que se traduzem em depósitos bancários e em títulos. Aquele sentido corresponderá melhor ao entendimento comum dos testadores que, querendo referir-se aos outros valores, preferirão chamar-lhes «contas bancárias», «dinheiro», «títulos».

116 — Não se estabelece critério supletivo para a questão de saber se a deixa de todos os créditos abrange todos os que existiam no património do testador à data da sua morte ou apenas os que existiam no momento da feitura do testamento.

Em favor desta última regra pode dizer-se que o testador só podia considerar verdadeiramente os créditos de que era titular no momento do testamento (Cunha Gonçalves — *Tratado...*, vol. X, p. 75); em favor da regra oposta, pode argumentar-se que o testamento exprime a última vontade do testador à data da sua

morte (José Tavares — *Sucessões...*, p. 362) e que, na falta de uma disposição restritiva e nítida, e na falta de uma revogação posterior do testamento, a deixa dos créditos responsabiliza o autor do testamento pela deixa de todos os créditos que se encontrem no seu património à data da morte. (Cfr. o que pode considerar-se um caso paralelo, no regime do art. 2269.º, n.º 2).

Extensão dos legados — art. 2269.º

117 — Estabelece-se a norma supletiva («Na falta de declaração do testador...») de que o legado abrange as benfeitorias e as partes integrantes.

Sobre a noção de benfeitorias recorde-se o art. 216.º; sobre a noção de partes integrantes veja-se o art. 204.º

Note-se que, em geral, as partes integrantes acompanham o destino da coisa principal, ao contrário do que se passa com as coisas acessórias — 210.º, n.º 2. Neste sentido, o regime de extensão do conteúdo do legado corresponde às regras gerais.

118 — O n.º 2 da norma em apreço não acrescenta nada ao regime do n.º 1, no ponto em que faz as partes integrantes seguir o destino da coisa principal. Mas interessa para resolver a dúvida possível sobre se este regime valeria também quanto às coisas que se tivessem integrado depois da feitura do testamento. O legislador preferiu, quanto a estas, manter a regra geral, talvez porque a ideia mesma de parte integrante sugere fortemente esse regime; e talvez por ter pensado que o legado deve ter uma extensão medida na altura da morte do testador que, ao manter o testamento sem excluir as aquisições posteriores à feitura do documento, se responsabiliza pelo sentido mais lato da sua disposição.

Frutos — art. 2271.º

119 — Trata-se, mais uma vez de uma norma supletiva, que cede perante vontade diversa do testador.

120 — A regra básica de que o legatário tem direito aos frutos desde a morte do testador é apenas um corolário do princípio de que os sucessores adquirem os seus direitos no momento da aceitação, com retroacção até ao momento da abertura da herança (art. 2050.º). Deste modo, o legatário será proprietário da coisa legada desde o momento da morte do testador e, portanto, proprietário dos seus frutos.

121 — A excepção relativa ao legado de dinheiro funda-se na ideia de que o dinheiro não é «frugífero por natureza; não pode supor-se que o herdeiro ou o testamentário o teve colocado a juros, no intervalo decorrido entre a morte do testador e a entrega do legado» (Cunha Gonçalves — *Tratado...*, vol. X, p. 107). Poderá manter-se hoje esta ideia?

122 — A excepção relativa aos frutos de coisa não pertencente à herança baseia-se em que os frutos dessa coisa têm de pertencer ao seu dono até ao momento em que o herdeiro a adquira para cumprir o legado ou favoreça a aquisição dela pelo legatário.

123 — Nos casos de legado de dinheiro ou de coisa não pertencente à herança, os frutos só são devidos a partir do momento em que o herdeiro se encontre em mora; este momento depende de ter sido assinado um prazo para o cumprimento do legado, ou de se aplicar a regra legal que obriga o herdeiro a cumprir o legado dentro do ano subsequente à abertura da sucessão — art. 2270.º Os frutos do legado de dinheiro serão, afinal, os juros de mora (como afirmava expressamente o art. 1840.º do Código de Seabra); a obrigação de entregar os frutos de coisa não pertencente à herança, a partir desse momento, significa que a coisa não devia estar no património do herdeiro onerado com o legado, mas sim no património do legatário.

Cláusulas acessórias

Condição — art. 2229.º

124 — Não há dúvida de que se admite a aposição de condição à instituição de herdeiro e à nomeação de legatário,

qualquer que seja a espécie de condição — suspensiva ou resolutive.

No direito romano era impossível aceitar a condição resolutive. Com efeito, a ideia firme de que o herdeiro era um continuador pessoal do falecido — mais do que um continuador do seu património — não permitia que, verificada uma condição resolutive, mudasse a pessoa do herdeiro que tinha sucedido num primeiro momento! Esta consequência era contrária à regra *semel heres semper heres*.

Esta regra veio a assumir, progressivamente, um outro sentido — o de que a aceitação de uma herança é irrevogável (cfr. o art. 2061.º), com este sentido — e com a natureza menos pessoal e mais patrimonial da sucessão — já nada obsta a que um herdeiro sob condição resolutive seja substituído por outro, depois de verificada a condição. Nada obsta, sobretudo quando, segundo a regra geral, a investidura na qualidade de herdeiro retroage ao momento da abertura da sucessão e, portanto, não cria um hiato na titularidade dos bens no momento em que o segundo ocupa o lugar do primeiro.

A dificuldade antiga ainda fez eco em alguma doutrina italiana cfr. Azzariti, F. *et al.* — *Successioni...*, pp. 508/9; Azzariti, G. — *Le successioni...* pp. 518 e segs.; veja-se também Lacruz e Sancho — *Derecho...*, p. 480.

125 — Outro argumento contra a admissibilidade da instituição de herdeiro sob condição resolutive tem ainda actualidade, embora, como se verá, não seja decisivo. O argumento consiste no prejuízo das expectativas de terceiros que adquiram derivadamente do herdeiro e que, por isso, possam vir a perder os direitos adquiridos, no momento em que se verificar a condição.

Como é fácil de ver, este argumento assenta na preocupação geral da tutela da confiança de terceiros que adquiram direitos derivados, sob os quais impenda qualquer ónus. Sendo assim, o problema resolve-se como em todos os demais casos: sujeitando a eficácia da condição resolutive a registo. A redacção anterior do

Código do Registo Predial já era expressiva neste ponto: o art. 29.º, n.º 1, al. i), impunha a necessidade de registo de várias cláusulas e...» em geral, outras cláusulas suspensivas ou resolutivas que condicionem os efeitos de actos de disposição ou alienação de bens, quando respeitem a coisas imóveis». Hoje, o mesmo regime resulta do art. 949.º, que impõe o registo de «... cláusulas suspensivas ou resolutivas que condicionem os efeitos de actos de disposição ou oneração».

126 — As condições impossíveis, contrárias à lei ou à ordem pública ou ofensivas dos bons costumes, apostas em negócios gratuitos, têm um regime muito diferente do que vale para os negócios onerosos. Na verdade, nos negócios onerosos, a lei determina a nulidade total da declaração — art. 271.º — com o argumento de que a vontade negocial é incindível, de que o negócio não pode valer com a condição porque a lei o proíbe ou porque isso é materialmente impossível, nem pode valer sem a condição porque o testador não o quis puro e simples.

(A condição resolutiva impossível, nos negócios onerosos, considera-se não escrita — art. 271.º, n.º 2, parte final. A produção imediata e plena da eficácia negocial era esperada pelo declarante — Manuel de Andrade — *Teoria...*, vol. II, p. 372).

Nos negócios gratuitos a lei determina que as condições se tenham por não escritas, valendo a disposição como se fosse pura e simples — art. 2230.º

Manuel de Andrade apresenta a justificação tradicional para esta diferença: ela residiria numa ideia geral de favorecer o testamento; e na ideia de que ele é um negócio irrepitível, supondo que a vontade do testador seria mais próxima de manter a disposição do que de a ver toda invalidada, na hipótese de saber que a cláusula era proibida — cfr. *Teoria...*, vol. II, p. 373. O autor dá nota, porém, de que já no direito romano não se compreendia bem a razão da distinção... e parece não concordar com ela.

Também Oliveira Ascensão antipatiza com o desvio da regra geral da nulidade (*Direito...*, pp. 326/7); Cunha Gonçalves afirma

claramente que o regime que vale para as liberalidades é ilógico (*Tratado...* vol. IX, p. 531); do mesmo modo Azzariti, *F. et. al.* — *Successioni...* p. 511, e Azzariti, G. — *Le successioni...* pp. 521/2).

127 — As condições física ou legalmente impossíveis são condições impróprias, já que o evento condicionante não pode verificar-se e, portanto, não é um evento incerto (Manuel de Andrade — *Teoria...*, vol. II, p. 370).

Como exemplos: deixo-te X se cresceres até três metros; deixo-te Y se doares ao meu amigo Fulano a quinta da tua mulher.

128 — A condição física ou legalmente impossível tem-se por não escrita, salvo declaração do testador em contrário — art. 2230.º, n.º 1. Isto é, a disposição mantém-se pura e simples, supondo-se que essa é a vontade do autor da sucessão, a menos que o testador declare que a disposição era um todo incindível, de tal maneira que não queria fazer a liberalidade sem a condição.

Podem pensar-se em casos em que o testador ignorava que a verificação da condição era física ou legalmente impossível, como no exemplo de Capozzi — *Successioni...*, p. 466: o testador deixa um campo de ténis ao seu sobrinho António, com a condição de que ele ganhe o Open do Estoril, ignorando que o beneficiário acabara de perder uma perna num acidente de automóvel.

Neste caso, a cisão da disposição, para manter a liberalidade, não parece chocante.

Podem imaginar-se que a aposição da cláusula foi um gracco do testador — uma cláusula não-séria — que não deve ter efeitos. Por maioria de razão parece razoável manter a liberalidade pura e simples.

Restarão os casos, de que fala Manuel de Andrade, em que o testador fez uma cláusula não-séria mas com a intenção de apenas «acenar» com uma liberalidade que não tencionava realmente fazer (*Teoria...*, vol. II, p. 373); nesta hipótese, deveria bastar que a interpretação do testamento mostrasse essa intenção, para que a disposição fosse considerada nula, como recomenda Manuel de

Andrade. Os termos do art. 2230.º, n.º 1, porém, exigem uma «declaração do testador» nesse sentido. Será necessário encontrar uma declaração expressa? Ou bastará uma declaração tácita? Talvez possa dizer-se que se o legislador não exigisse, com estas palavras, uma declaração expressa, teria certamente escrito «salvo vontade do testador em contrário».

129 — A condição contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes, é uma condição própria, pois o evento condicionante é susceptível de verificação.

Como exemplos: deixo-te X se abrires a loja ao domingo; se venderes o teu voto por trezentos contos; se casares com Fulana.

130 — A condição contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes tem-se igualmente por não escrita, mesmo que o testador tenha expressamente declarado que não manteria a liberalidade sem a verificação da condição.

Contra esta distinção entre o regime dos dois números do art. 2230.º veja-se Oliveira Ascensão — *Direito...*, pp. 326/7.

131 — Costuma justificar-se este regime com o argumento de que defende a liberdade do beneficiário — cfr. Mota Pinto — *Teoria...*, p. 566. Com efeito, uma vez que o evento condicionante é de verificação possível, o beneficiário pode ser tentado a praticá-lo para não perder o direito ao benefício, sobretudo quando o testador afirma que não faz a deixa sem o cumprimento da condição. O exemplo típico é aquele em que o beneficiário se dispõe a casar ou a tomar ordens eclesiásticas, sem vontade livre de o fazer, só para não perder a vantagem que lhe é oferecida. Nestes casos o acto que constitui o evento condicionante é em si lícito, mas acaba por ser praticado sob uma pressão que a lei rejeita.

Devemos acrescentar os casos em que o evento condicionante é em si mesmo ilícito. Nestes casos, ao estabelecer a irrelevância da condição, o legislador não defende apenas a liber-

dade do beneficiário; a justificação do regime assenta, sobretudo, na satisfação do interesse geral de que a deixa testamentária não constitua uma compulsão à prática de um acto ilícito.

132 — Haverá casos em que, em vez de se ter a cláusula por não escrita para fazer valer a disposição como pura e simples, se aplica o regime do art. 2186.º — quando a condição, e toda a interpretação do testamento, mostrarem que a liberalidade foi essencialmente determinada por um fim contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes. Ex.: «Deixo os meus bens a B se ele os aplicar na organização de uma rede de tráfico de droga».

Trata-se dos casos em que o Código de Seabra, e a doutrina mais antiga, falava em «causa» ilícita

Condições contrárias à lei típicas — arts. 2232.º e segs.

133 — Na maioria destas disposições, que se referem a condições contrárias à lei, o evento condicionante não é em si mesmo ilícito: casar, tomar ordens, conviver com certa pessoa, fazer testamento. O que faz a condição ser rejeitada pelo sistema jurídico é a circunstância de aqueles factos — que a lei quer livres — ficarem sujeitos à pressão da deixa testamentária, de tal modo que o beneficiário sente que perde o benefício se não os praticar.

134 — Embora o regime legal seja antigo e semelhante ao de outros sistemas, houve sempre quem recomendasse uma aplicação subtil do preceito, nos casos em que a aposição da condição não pretende forçar o beneficiário à prática de qualquer acto e corresponde a uma intenção razoável do testador. Serve como exemplo a deixa de um crucifixo se o beneficiário tomar o estado eclesiástico. Veja-se, neste sentido, Cunha Gonçalves — *Tratado...*, vol. IX, pp. 537 e segs.; Manuel de Andrade — *Teoria...*, vol. II, pp. 371/2; Lacruz e Sancho — *Derecho...*, pp. 484/5.

135 — O art. 2231.º prevê a chamada condição captatória. B faz uma liberalidade em favor de C, sob condição de que C lhe faça, por seu turno, uma liberalidade.

É tradicional o regime da nulidade total da disposição porque ela restringe a liberdade do beneficiado, que será tentado a dispor segundo a vontade de B, para ganhar a vantagem que ele lhe deixou. Dizia Cunha Gonçalves que a condição captatória era «contrária à essência do testamento» (*Tratado...*, vol. IX, p. 548).

136 — Cunha Gonçalves excluía deste regime o caso em que o disponente fazia uma deixa em compensação do facto de o beneficiário também o ter contemplado — neste caso nem sequer há uma condição; e excluía ainda o caso de a disposição ser feita na condição de o beneficiário ter realizado, por sua vez, uma atribuição em favor do disponente — neste caso haverá, em rigor, pressuposição, pois o evento «condicionante» é um facto passado e apenas subjectivamente incerto. Em ambas as hipóteses — e seja qual for a qualificação rigorosa — a disposição não pretende tolher a liberdade testamentária do beneficiário, não é captatória e, portanto, não merece o regime da invalidade.

Regime na pendência da condição — arts. 2236.º e segs.

137 — O caso mais delicado é o de instituição de herdeiro sob condição suspensiva: põe-se um problema de conservação dos bens da herança.

O art. 2237.º, n.º 1, determina que a herança seja «posta em administração» até que a condição se cumpra ou haja a certeza de que não pode cumprir-se.

138 — O art. 2238.º defere a administração à pessoa que tem mais interesse na conservação do património: o próprio herdeiro condicional e, subsidiariamente, o seu substituto, o co-herdeiro com direito de acrescer e, por último, o herdeiro legítimo que será chamado se qualquer das vocações anteriores não surtir efeito.

O n.º 3 do artigo, porém, deixa o tribunal decidir de outra maneira «se ocorrer justo motivo». Imagino que isto possa suceder em qualquer caso em que o desvio dos critérios enunciados seja vantajoso para a conservação dos bens — sendo certo que este é o critério que preside à regra geral.

139 — Os poderes do administrador correspondem, como seria de esperar, aos poderes de um administrador de bens alheios. Na verdade, a lei (art. 2939.º) manda aplicar as regras da curadoria provisória dos bens do ausente, o que nos remete para o art. 94.º do Código Civil.

140 — Prevê-se que se possa estabelecer um conflito de competência e de orientação entre este administrador especial da porção da herança sujeita a condição suspensiva e o cabeça-de-casal. A lei resolve o conflito em favor do administrador geral da herança — art. 2241.º

Cfr. os arts. 2079.º e segs. sobre o cabeçalato.

141 — Nas hipóteses de instituição de herdeiro sob condição resolutiva e de nomeação de legatário sob condição suspensiva ou resolutiva, não se põe com a mesma acuidade um problema de administração de bens: no primeiro caso porque herdeiro condicional assume imediatamente o domínio e fruição dos bens; no caso do legado sob condição suspensiva, porque o bem continua integrado na herança e a ser administrado dentro da massa da herança, até à verificação da condição; no último caso, porque o legatário entra imediatamente no domínio e fruição do bem certo e determinado que recebeu.

Nestes casos, a lei não estabelece um regime semelhante ao que ficou expresso, nem impõe qualquer outra cautela, em princípio.

142 — A pessoa a quem os bens virão a ser entregues por força da verificação da condição pode requerer ao tribunal que o herdeiro ou o legatário preste uma caução — art. 2236.º, n.ºs 1

e 2. A menos que o testador dispense a prestação de caução — art. cit., n.º 3.

O processo para requerimento de caução consta dos arts. 428.º e segs. do Código do Processo Civil.

143 — Quando houver sido estabelecida a prestação de caução e o obrigado não a preste, os receios de delapidação ou de má administração dos bens levam a que se imponha o regime previsto nos arts. 2237.º a 2239.º: aos bens são postos em administração — art. 2238.º, n.º 2.

Neste caso, a administração pertence àquele em favor de quem a caução devia ter sido prestada.

144 — Também se aplica o regime da administração relativamente a dezas a filho de pessoa viva ao tempo da abertura da sucessão — art. 2240.º (cfr. ainda o art. 2033.º, sobre capacidade sucessória).

Note-se que o legislador teve o cuidado de excluir da administração o progenitor que serve de referência à deixa, sem prejudicar os poderes de representação que lhe cabem, nos termos gerais, em tudo o que não disser respeito à liberalidade de que trata.

Já não é assim se o nascituro estiver concebido: a administração cabe àquele que administraria os bens do beneficiado se ele já fosse nascido — art. 2240.º, n.º 2. A gestação cria uma probabilidade grande de a disposição se vir a cumprir, e em prazo breve, de tal modo que é sensato conferir poderes de administração a quem será, em breve, o administrador de todos os bens do menor; pelo contrário, não faria sentido atribuir a administração dos bens nos termos do art. 2238.º, n.º 1, pois neste caso não se encontra ninguém que venha a receber os bens com mais probabilidade do que o nascituro já concebido.

Verificação da condição

145 — De acordo com a regra geral do art. 275.º, n.º 1, a certeza de que a condição não pode cumprir-se equivale à sua não

verificação (cfr. o art. 2237.º, no fim, aplicando o regime geral do art. 257.º, n.º 1).

146 — O art. 2242.º, n.º 1, estabelece o princípio da retroactividade dos efeitos da verificação da condição, tal como o art. 276.º, nos negócios jurídicos em geral.

E nem sequer admite cláusulas em contrário.

147 — Há quem defenda a vantagem de afastar a retroactividade, ao menos na hipótese de condição resolutiva. Se assim fosse, o herdeiro sob condição resolutiva manteria a sua qualidade sucessória até à verificação da condição; e o novo beneficiário tomaria essa qualidade só a partir deste momento. Deste modo ficariam protegidos todos os actos praticados pelo primeiro instituído entre a aceitação e a verificação da condição. Teríamos, como nota Oliveira Ascensão, um regime parecido com o do fideicomisso (*Direito...*, p. 327).

O legislador português não seguiu este caminho.

148 — Os inconvenientes mais graves da retroactividade, quando se verifica a condição resolutiva, foram evitados no direito português: respeitam-se os actos de administração ordinária praticados e os frutos percebidos pelo beneficiário durante a pendência da condição. Por força do art. 2242.º, n.º 2, vale aqui o art. 277.º, n.ºs 2 e 3, que manda aplicar aos frutos percebidos o regime da posse de boa fé consagrado no art. 1270.º Desta maneira, o legislador português favoreceu a conservação dos bens, por um lado, e protegeu a fruição da coisa pelo beneficiário, de acordo como que será a vontade presumível do testador.

Esta solução, que faz um compromisso entre a retroactividade plena e a eficácia *ex nunc* da verificação da condição, teve sempre os seus adeptos e está consagrada em Itália — cfr. Lacruz e Sancho — *Derecho...*, p. 499; Azzariti, F. *et al.* — *Successioni...*, p. 522; Azzariti, G. — *Le successioni...*, pp. 532/3; e Capozzi — *Successioni...*, pp. 473/4.

149 — Os actos de disposição praticados pelo instituído sob condição resolutive caem no momento da verificação da condição. É claro que este regime é severo para os eventuais adquirentes, mas não é mais severo do que o regime que sempre vale quando se adquirem direitos cuja definição ou consistência são precárias. A protecção dos adquirentes está — aqui como em todos os casos — na publicidade que resulta da sujeição da cláusula condicional a registo — art. 94.º, al. b), do Código do Registo Predial.

150 — Enquanto nos termos do art. 276.º é possível afastar a retroactividade, quer por força da natureza do negócio, quer por vontade das partes, no regime específico dos testamentos tem-se por não escrita qualquer cláusula que afaste a retroactividade — art. 2242.º, n.º 1, no fim.

Na ausência de uma explicação confessada para esta diferença de regime, Oliveira Ascensão admite que tenha pesado a velha ideia romana de que não pode haver herdeiros sucessivos, o que aconteceria nos casos em que fosse possível estabelecer desvios à retroactividade plena. Ideia que não serve para justificar a retroactividade plena para os legados, como sublinha o autor.

Talvez se possa acrescentar outra explicação: os desvios da retroactividade, livremente consagrados no testamento, deixariam o caminho livre para estabelecer fideicomissos à margem do regime próprio desta figura. Acresce que o legislador português se inspirou no direito italiano onde a rejeição dos fideicomissos e o receio de figuras equivalentes foi mais sentido do que em Portugal. Explicação que já poderia valer para justificar a proibição de desvios à retroactividade quer nas heranças quer nos legados.

Exemplos mais vulgares de condição

151 — Um dos casos mais conhecidos e delicados é o da herança deixada *aos filhos que António vier a ter*. Trata-se de uma deixa a nascituros ou a concepturos, sob condição suspensiva do seu nascimento.

A relevância prática do caso justifica esta referência, apesar de se tratar de uma condição imprópria, estabelecida pela lei, em geral, para todos os direitos reconhecidos aos nascituros — art. 66.º, n.º 2; e estabelecida, em especial, para os seus direitos sucessórios — art. 2033.º

152 — Nos termos do art. 2240.º a herança é necessariamente «posta em administração» (cfr. os arts. 2237.º a 2239.º).

153 — Os bens deixados não terão dono (apenas terão um administrador) até ao momento em que nascer um filho de António.

E mesmo neste momento, o dono não terá uma propriedade sem limitações, porque o seu direito está sempre ameaçado pelo eventual nascimento de outros filhos de António; cada novo nascimento é uma condição resolutive do direito do titular anterior justificando, segundo a melhor doutrina, a resolução do direito do primeiro titular ou da partilha anterior.

O reconhecimento da qualidade de herdeiro ao primeiro que nascer, e as partilhas que se fizerem entre os que nascerem, devem ser acompanhadas do registo da condição resolutive do aparecimento de novos herdeiros, para que os terceiros beneficiem da publicidade da limitação que impende sobre os direitos dos transmitentes.

Sobre esta solução e sobre outras sugestões menos felizes da doutrina, veja-se Pereira Coelho — *Direito das Sucessões...*, pp. 202 e segs., com a bibliografia aí referida; veja-se, também, Azzariti, F. *et al.* — *Successioni...* p. 605; e Azzariti, G. — *Le successioni...*, pp. 623/4.

Seria interessante ponderar a aplicação, neste âmbito, do regime que a Reforma de 1977 estabeleceu para a partilha em vida que tenha sido feita com preterição de algum dos filhos: o herdeiro preterido tem o direito de ver a sua quota composta em dinheiro, sem afectar a propriedade dos irmãos (art. 2029.º, n.º 2).

154 — A precaridade do domínio sobre os bens, que deriva da condição resolutiva, pode ser mal interpretada. Pode acontecer que um notário se recuse a celebrar uma venda por entender que os filhos de António não estão seguros do seu direito, enquanto for possível que nasçam, ou sejam juridicamente reconhecidos, novos irmãos; isto é: enquanto os pais forem vivos, ou não estiver totalmente comprovada a impossibilidade de surgirem novos herdeiros. Este entendimento é errado e tem inconvenientes práticos manifestos: os donos dos bens podem suportar, durante dezenas de anos, a incomercialidade dos seus direitos, contra os seus interesses, contra os interesses gerais do tráfico jurídico e, porventura, contra a intenção do testador. Os donos dos bens não devem ser impedidos de dispor deles, sem prejuízo de se garantir que o adquirente possa conhecer a eventualidade de a transmissão ser resolvida mais tarde.

155 — Outro exemplo conhecido de deixa sob condição é da condição resolutiva *se morrer sem filhos*: deixo os meus bens ao meu sobrinho António mas, se ele morrer sem filhos, o que lhe deixei é para a minha sobrinha Teresa.

156 — Na doutrina antiga discutia-se a qualificação deste tipo vulgar de disposição, e houve quem visse nela um fideicomisso (veja-se, sobre estas hesitações da doutrina, por exemplo, Cunha Gonçalves — *Tratado...*, p. 161).

Na disposição referida, o primeiro instituído entra na qualidade de herdeiro, embora a sua instituição possa vir a resolver-se, no momento da sua morte, se ele morrer sem filhos, com efeito retractive até ao momento da morte do testador. Neste caso, o segundo designado toma a qualidade de herdeiro desde o momento da morte do testador, como se tivesse sido o único herdeiro. Se, pelo contrário, o primeiro instituído tiver filhos no momento da morte, não se verifica a condição resolutiva e a sua qualidade de herdeiro consolida-se definitivamente: os bens serão transmitidos aos seus próprios sucessores.

O segundo instituído é chamado no momento da morte do testador, sob condição suspensiva de o primeiro instituído morrer sem filhos. Nesse momento aceita a vocação; ao contrário do fideicomissário que só é chamado no momento da morte do fiduciário.

O herdeiro sob condição resolutiva de morrer sem filhos não tem nenhuma obrigação de conservar os bens para que eles se transmitam para outrem; basta-lhe ter filhos para que a vocação condicional do segundo instituído se apague.

157 — Morrer «sem filhos» ou morrer «sem descendência» é diferente.

Neste último caso, a existência de um neto, filho de um filho pré-falecido, consolida a deixa na esfera jurídica do primeiro instituído.

158 — Deve entender-se que a existência de filhos releva no momento da morte do instituído, e não num momento anterior; isto é: se o instituído teve filhos que morreram e não tem nenhum no momento em que morre, não lhe pode suceder um filho e, portanto, morre «sem filhos».

O mesmo se passará se um filho não puder ou não quiser aceitar a herança. De facto, também neste caso fica sem satisfação a vontade do testador de que os bens se mantenham na descendência do instituído. Cfr. Giannattasio — *Delle Successioni...*, pp. 365/6.

Mas se, num caso concreto, houver representação sucessória, talvez possa dizer-se que fica satisfeita a pretensão do testador fazendo os netos tomar a posição do filho pré-falecido.

Termo

159 — O regime legal do termo no testamento é muito diferente do regime que vale para os negócios jurídicos em geral. Enquanto, em geral, é permitida a aposição de uma cláusula de termo, nos testamentos ela tem-se por não escrita.

160 — Costuma censurar-se a solução da nossa lei, quer por desprezar a vontade do testador, quer por não ter uma explicação racional no quadro do nosso direito sucessório — cfr. José Tavares — *Sucessões...*, p. 334; Cunha Gonçalves — *Tratado...*, vol. IX, p. 561.

Diz-se que, provavelmente, a vontade do testador era a de deixar os bens a uns herdeiros e depois a outros. No caso de termo suspensivo, a intenção seria a de deixar os bens aos herdeiros legítimos até à verificação do termo, e depois aos herdeiros testamentários. No caso de termo resolutivo, a intenção seria a de deixar os bens, em primeiro lugar aos herdeiros testamentários e depois aos herdeiros legítimos.

Por outro lado, os motivos que se apresentam para justificar a proibição são frouxos ou incongruentes.

Não tem sentido invocar a velha máxima romana *semel heres semper heres* para rejeitar a sucessão de herdeiros diferentes: de facto, o carácter patrimonial da sucessão, nos direitos modernos, não obsta ao encabeçamento sucessivo da herança por várias pessoas. O argumento de que a aposição de um termo esconde uma substituição fideicomissária também não é bastante num sistema como o nosso que aceita os fideicomissos com largueza. Já se compreenderia uma aversão pelo termo num sistema, como o italiano, que só admite os fideicomissos em favor de descendentes de filhos ou de irmãos ou em favor de entes públicos.

161 — Os autores costumam advertir para a ambiguidade de certas disposições em que, sob a aparência de um termo, o testador faz uma deixa condicional; o exemplo típico é o de uma deixa para quando o herdeiro casar.

162 — A regra da proibição tem um desvio no caso de legado sob termo inicial: o direito transmite-se ao legatário mas o cumprimento do legado fica suspenso até à verificação do termo previsto — art. 2243.º, n.º 1. Esta regra, formulada em termos gerais,

inspirou-se, provavelmente, no art. 1835.º do Código de Seabra, que autorizava o legado a menor, para ter efeitos quando ele atingisse a maioridade.

A doutrina falava da distinção entre termo suspensivo do direito e termo suspensivo da execução.

163 — O segundo desvio relativamente à proibição vale para o estabelecimento de termo final na deixa de um legado de direito temporário — art. 2243.º, n.º 2, no fim.

Não me parece fácil justificar a restrição da admissibilidade do termo final aos direitos temporários, excluindo-se, pois, os direitos sem duração limitada.

Nos direitos temporários, o efeito do termo final é modesto: trata-se apenas de antecipar a extinção do direito que ocorreria por força da natureza do próprio direito.

Nos direitos sem duração limitada a aposição de um termo final teria um efeito até certo ponto parecido com o funcionamento típico do fideicomisso: o legatário seria o titular até à verificação do termo e, depois dela, o herdeiro onerado com o legado recuperaria a titularidade do bem. Um sistema que aceita os fideicomissos sem grandes restrições não tem razão para limitar, como o faz, a admissibilidade do termo final. Valerá como justificação a rejeição tendencial dos casos de propriedade temporária.

Nem a doutrina italiana, com um regime legal avesso aos fideicomissos, defende a proibição do termo final nos legados — cfr. Capozzi — *Successioni...*, p. 476.

Modo ou encargo

164 — O estabelecimento de um encargo sobre o beneficiário é geralmente admitido nos negócios gratuitos — veja-se o art. 963.º, para as doações, e o art. 2244.º, para os testamentos. Tanto a instituição de herdeiro como a nomeação de legatário podem ser sujeitas a encargos.

165 — São conhecidos as espécies de modos: positivo, traduzindo-se numa prestação em favor do disponente ou em favor de terceiro; ou negativo, impondo a omissão de um comportamento.

166 — É conhecida a frequência com que o texto do testamento se apresenta ambíguo, ficando o intérprete na dúvida sobre se o testador quis impor um ónus ou sujeitar a disposição a uma condição. A dúvida é grave porque o regime das duas situações é muito diferente.

Os autores são unânimes em recomendar que se evite atribuir importância demasiada ao texto, e que se procure a vontade real do testador. Pode acontecer, porém, que esta investigação não surta efeito, permanecendo o intérprete na dúvida sobre o real sentido da cláusula. Neste caso, de acordo com a doutrina geral, deve resolver-se a dúvida no sentido mais favorável ao beneficiário da disposição; isto é: entre considerá-lo sujeito a uma condição ou ao mero encargo, escolhe-se colocá-lo na posição mais leve de titular dos bens simplesmente onerado com uma prestação. Trata-se, afinal, de aplicar o regime consagrado no art. 237.º do Código Civil.

167 — O regime que vale para o modo impossível, contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes, é o mesmo que vigora para a condição — cfr. o art. 2245.º As razões que justificam esse regime — a defesa da liberdade de aceitação do benefício ou o afastamento de uma impulsão para a ilicitude estão também aqui presentes.

168 — À semelhança do que se passa com os encargos da herança, o valor do modo não deve exceder as forças da herança ou do legado.

Este regime foi estabelecido propositadamente para o caso dos legados com encargo — art. 2276.º

Tratando-se de encargos sobre heranças, não se estabeleceu claramente o mesmo regime. E o modo que recai sobre um her-

deiro não cabe perfeitamente nas várias categorias de encargos da herança, referidos no art. 2068.º, para que possamos aplicar, sem mais, o art. 2071.º

Estas circunstâncias poderiam significar que o herdeiro onerado com encargos responderia pessoalmente pelas forças do seu património próprio, tal como se admite, geralmente, no sistema italiano, quando a herança for aceita pura e simplesmente (cfr. Capozzi — *Successioni...*, p. 485).

Julgo, porém, que continua a ser boa a opinião que Cunha Gonçalves defendia para o direito anterior: o herdeiro só tem de cumprir os encargos dentro dos limites das forças da herança. Por um lado, como escreve Antunes Varela a propósito da doação modal, a limitação da responsabilidade resulta da «... natureza funcional específica do *modus*. A doação modal é sempre uma doação, uma liberalidade, que não pode transformar-se num acto prejudicial para o donatário» (*Código Anotado, Anotação ao art. 963.º*). Por outro lado, num sistema em que as próprias dívidas da herança só são pagas pelas forças da herança, não faria sentido privilegiar o beneficiário do encargo com uma garantia maior do que a dos credores; com a garantia do património pessoal do herdeiro.

169 — A regra da limitação do encargo às forças da liberalidade suscita dificuldades, principalmente, quando a prestação que satisfaria o encargo, além de excessiva, for indivisível.

Perante esta dificuldade, a doutrina maioritária italiana sugere que o modo seja tratado como «impossível»; isto é, a liberalidade manter-se-ia sem o cumprimento do encargo, salvo quando o modo tivesse sido o motivo determinante da disposição, segundo o direito italiano — Capozzi — *Successioni...*, p. 485. No nosso direito, a excepção resultaria de o testador ter declarado que não faria a liberalidade sem o cumprimento do encargo — arts. 2245.º e 2230.º

Não me parece que seja rigoroso equiparar esta hipótese aos casos de modo impossível, que supõem que a prestação do one-

rado não pode ser feita validamente por força de uma proibição legal ou por causa de uma impossibilidade física. Prefiro entender o caso como tratando-se de um não cumprimento lícito (como o do herdeiro que não cumpre as dívidas *ultra vires*), acompanhado pelo regime da resolução quando o testador o determinou ou esta vontade resultar implícita do testamento — art. 2248.º, n.º 1.

Devia ainda ponderar-se a solução adoptada pela nossa lei em casos paralelos: a solução de mandar o onerado cumprir a prestação indivisível com direito a ser indemnizado pelo excesso sobre o valor da liberalidade que recebeu — cfr. o regime da acessão industrial, nos arts. 1333.º e segs. Talvez esta fosse a solução que se aproximaria mais do projecto do testador.

170 — O Código de Seabra previa que o tribunal pudesse determinar a prestação de caução nas hipóteses de condições negativas e Cunha Gonçalves recomendava a extensão desse regime quer às condições positivas quer ao modo (*Tratado...*, vol. X, pp. 555/6).

A lei actual, reproduzindo o texto do direito italiano, segue esta orientação. com efeito, o art. 2246.º permite ao juiz que fixe caução, para garantia do cumprimento do modo, se o testador não tiver dito o contrário.

Como sublinham Azzariti, F. *et al.*, a caução é sobretudo útil quando o modo deve ser cumprido muito tempo depois de feita a liberalidade ou quando seja possível resolver a disposição por falta de cumprimento; nestes casos é maior o risco de se consumirem ou delapidarem os bens antes do cumprimento do modo ou da resolução da liberalidade (*Successioni...*, p. 530; veja-se também Azzariti, G. — *Le successioni...*, p. 541).

171 — O cumprimento do modo pode ser exigido nos termos gerais em que se pede o cumprimento das obrigações. Mas a lei teve o cuidado de alargar a legitimidade activa para além do que resultaria dos critérios gerais: qualquer interessado pode exigir o cumprimento, quer o interesse seja moral quer seja patrimonial,

directo ou indirecto — art. 2247.º Capozzi refere expressamente a legitimidade do testamenteiro (*Successioni...*, p. 487).

172 — Como o modo não é um correspectivo da liberalidade não há, em princípio, um direito de resolução por incumprimento, segundo a regra geral das obrigações. Só há direito de resolução quando o testador o previu; ou seja, não por força de uma condição resolutiva tácita mas sim para que se respeite a vontade do testador.

173 — Pode haver resolução quando o testador o tiver dito, ou ainda quando se perceber, pela interpretação do testamento, que o seu autor não teria feito a liberalidade sem o cumprimento do encargo — art. 2248.º, n.º 1.

Nota-se uma diferença relativamente ao regime paralelo das doações: neste último (art. 966.º) só releva a declaração do disponente no sentido da resolução. Na falta de uma justificação melhor e mais patente, a diferença poderá basear-se na ideia geral de proteger amplamente a última vontade, mesmo que ela não tenha sido manifestada com clareza. Trata-se, afinal, da razão que fundamenta o pendor subjectivista da interpretação dos testamentos.

174 — O efeito da resolução em relação a terceiros é determinado pelo regime geral do art. 435.º

175 — Vejam-se as normas do Código da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações que tomam em consideração a existência de encargos.

Substituições

Substituição directa

176 — A substituição directa, com o sentido que ainda conserva no art. 2281.º, tinha uma função relevante no direito

romano: evitava a falta de herdeiros, falta considerada «ignominiosa» (José Tavares — *Sucessões...*, p. 400). Cfr., expressamente, Vitali — *Delle Successioni...*, vol. IV, p. 554.

A alteração do sentido geral da herança e das suas regras, ao lado das complicações geradas em torno das substituições levaram Melo Freire a recomendar a sua abolição (José Tavares, *ob. cit.*, p. 400). Mas acabaram por permanecer nos vários regimes nos-
sos conhecidos.

177 — A substituição directa é tutelada por uma razão de respeito pela vontade do testador, e não já pela necessidade social de encontrar um continuador pessoal do falecido. Esta mudança de propósito explica que o seu regime se aplique também aos legados — art. 2285.º, n.º 1.

178 — A substituição directa é uma instituição de herdeiro ou de legatário subordinada à condição suspensiva de um primeiro designado não querer ou não poder aceitar a liberalidade (Cunha Gonçalves — *Tratado...*, vol. X, p. 130; Capozzi — *Successioni...*, pp. 564/5).

179 — «Não querer» aceitar resulta do acto de repúdio.

«Não poder» aceitar resulta de várias circunstâncias relativas ao primeiro designado: a pré-morte; a declaração de morte presumida, que tem os mesmos efeitos que a morte; a incapacidade sucessória; a ausência entendida como o desaparecimento sem notícias (art. 120.º); a falta de verificação da condição suspensiva ou a verificação da condição resolutiva.

(Capozzi menciona expressamente este último caso — *Successioni...*, p. 566; Cunha Gonçalves apenas refere a falta de verificação da condição suspensiva — *Tratado...*, vol. X, p. 131. Vitali aceita os dois casos — *Delle Successioni...*, p. 568.

Afinal, no caso da verificação de condição resolutiva, embora o herdeiro tenha chegado a aceitar a sua condição de sucessor, a verificação da condição retira-lhe aquela condição e faz chamar o substituto).

180 — Foi sempre duvidoso o caso de o instituído ser chamado à sucessão e morrer antes de ter aceitado ou repudiado a liberalidade: tanto se pode dizer que este é um caso típico de transmissão do direito de aceitar ou de repudiar, para os sucessores do chamado, com prejuízo da substituição; como pode afirmar-se que quem morre sem ter aceitado «não pode» aceitar a liberalidade, operando-se a substituição determinada pelo testador.

A opinião dominante é a de que o direito de aceitar se transmite, como de costume (art. 2058.º) — Oliveira Ascensão — *Direito...*, p. 199; Lacruz e Sancho — *Derecho...*, p. 605; Capozzi — *Successioni...*, p. 566. Mas já se admitiu que o estabelecimento de uma substituição directa mostra uma vontade clara de dar preferência ao substituto sobre os herdeiros transmissários — Lacruz e Sancho, *ob. cit.*, p. 605, nota 2. Na verdade, se a substituição prima sobre a representação e o crescer, não é óbvio que deva ceder em favor do direito de transmissão.

181 — Oliveira Ascensão demonstra que, apesar de a lei referir a substituição directa só a propósito da sucessão testamentária, não há razão para que ela não valha no âmbito da sucessão legítima e até legitimária, desde que não ofenda regras determinadas por esta última, designadamente o direito de representação e o direito de crescer (*Direito...*, pp. 197/8).

182 — Não se vê obstáculo a que o testador faça substituições sucessivas, já Cunha Gonçalves (*Tratado...*, vol. X, p. 131) e José Tavares (*Sucessões...*, p. 402) afirmavam isto.

183 — O conteúdo da posição jurídica do substituto mede-se pelo conteúdo da posição do substituído; e, em último termo, resulta da vontade do testador, que pode determinar o que entender — art. 2284.º

No art. 1864.º do Código de Seabra afirmava-se o princípio da equiparação, excluíam-se os encargos pessoais e permitia-se que o testador declarasse a vontade de que o substituto manti-

vesse estes encargos. A lei vigente não deve ter pretendido alterar o regime; apenas usou uma fórmula mais simples, que parte da regra da equiparação e admite os desvios que resultarem da interpretação da vontade do testador, nos termos gerais (Oliveira Ascensão — *Direito...*, p. 201).

Substituição fideicomissária

184 — Na comissão revisora do Código Civil, havia quem preferisse escrever que o fiduciário tem a obrigação de conservar os bens para os *transmitir* ao fideicomissário; estas palavras correspondiam melhor à ideia de que o fideicomissário é um legatário do fiduciário, sucedendo-lhe em bens certos e determinados (Gomes da Silva e Pires de Lima). Mas prevaleceu a ideia de que os bens *revertem* para o fideicomissário, são-lhe automaticamente devolvidos; esta maneira de dizer quadra melhor com a doutrina de que o fideicomissário sucede ao testador, por força de um acto do testador, embora depois de o fiduciário ter sido dono vitalício dos bens (Vaz Serra e Galvão Telles) — cfr. *Direito das Sucessões. Trabalhos preparatórios...*, pp. 313 e segs.

A ideia da reversão acentua-se nos arts. 2293.º, n.º 1, e 2294.º, que mencionam a *devolução* da herança para o fideicomissário.

185 — O principal inconveniente do fideicomisso é a imobilização dos bens, a restrição ao livre tráfego, que é prejudicial do ponto de vista social e económico.

Esta razão levou o direito italiano a restringir bastante a substituição fideicomissária, sendo apenas admitidas os fideicomissos em que o fiduciário é filho ou irmão do testador e o fideicomissário é descendente deles, nascido ou nascituro; também se admite que, em ambos os casos, a reversão se dê em favor de um ente público.

186 — Cunha Gonçalves, embora aceitasse o regime tradicional, considerava que a admissão do fideicomisso era inútil e que a

que «o encargo de conservar e transmitir por sua morte» não passava de «palavreado tradicional» (*Tratado...*, vol. X, p. 151). Porque, afinal, tudo se resumia a uma deixa de usufruto ao fiduciário.

De facto, são aplicáveis ao fiduciário as regras do usufruto (art. 2290.º, n.º 2). Mas também são evidentes algumas diferenças: o usufruto pode ser trespassado (art. 1444.º); o fiduciário pode alienar bens sujeitos ao fideicomisso, embora em condições apertadas (art. 2291.º); a responsabilidade do usufrutuário pelos encargos da herança tem um regime especial (art. 2072.º) enquanto o fiduciário responde nos termos gerais.

187 — O fideicomissário sucede ao testador, depois do fiduciário, por força de um acto de vontade do autor da sucessão. Por isso tem de ser capaz relativamente ao disponente, e não relativamente ao fiduciário.

Por não ser herdeiro do fiduciário, o fideicomissário não fica sujeito ao caso julgado que vincule o fiduciário — cfr. art. 2290.º, n.º 3 (Oliveira Ascensão — *Direito...*, p. 256).

188 — O fideicomissário só é chamado depois da morte do fiduciário. Por isto é que ele só pode aceitar ou repudiar depois desse momento (arts. 2294.º e 2293.º, n.º 1; e também o art. 2059.º, n.º 2). E só no momento da morte do fiduciário a herança é devolvida ao fideicomissário (art. 2293.º, n.º 1). Portanto, o cônjuge do fideicomissário, casado em comunhão geral, não tem parte nos bens do fideicomisso se a separação ocorreu antes da morte do fiduciário (Oliveira Ascensão — *Direito...*, p. 257); mais rigorosamente, se o fiduciário morreu depois da propositura da acção de divórcio ou de separação (cfr. o art. 1789.º, n.º 1).

189 — A limitação mais evidente do regime dos fideicomissos é a limitação da substituição a um só grau. Em termos práticos pode dizer-se que é proibido fazer uma terceira instituição.

(Claro que, como advertem Lacruz e Sancho — *Derecho...*, p. 620 —, a palavra grau não está tomada no sentido com que se

usa habitualmente em direito das sucessões, com o sentido de grau de parentesco).

O objectivo desta restrição é o de evitar uma imobilização da riqueza que se estendesse por várias gerações.

190 — A limitação a um grau impõem-se mesmo que a terceira instituição seja condicional (art. 2288.º, no fim). Na verdade, a terceira instituição poderia efectivar-se, contra o propósito limitativo do sistema; poderia até defraudar-se, com facilidade, a restrição da lei: bastaria estabelecer uma condição cuja verificação fosse quase certa.

191 — O estabelecimento de um fideicomisso em mais do que um grau não invalida toda a instituição; apenas se tem por não escrita a substituição excessiva (art. 2289.º). Trata-se, pois, de um caso de redução do negócio jurídico, imposta por lei (cfr. o art. 292.º).

Este regime seria de esperar, num sistema que faz os possíveis para aproveitar e cumprir a declaração de última vontade.

192 — Este princípio do respeito pela vontade do testador leva Oliveira Ascensão a propor soluções muito interessantes (*Direito...*, pp. 244/251).

O autor sugere que, no mínimo, a instituição excessiva seja convertida numa substituição directa. Assim, o último fideicomissário pretendido pelo testador não seria completamente afastado: ainda poderia receber a liberalidade, ao menos quando o beneficiário anterior não pudesse ou não quisesse aceitar.

Admite ainda que se possa averiguar se a vontade do testador ia no sentido de eliminar outro beneficiário, que não o último. A relevância da vontade do testador, claramente admitida na parte final do art. 2289.º, permite esta indagação.

Por último, o autor sugere ainda que, em homenagem à regra do aproveitamento da deixa inválida, os beneficiários porventura excluídos sejam considerados usufrutuários dos bens. Esta conversão do fideicomisso em usufruto não fere a limitação prevista

no art. 2289.º e satisfará aproximadamente a vontade do autor do testamento.

Concordo com as sugestões de Oliveira Ascensão. Mas faço a ressalva de que uma leitura rigorosa e formalista do art. 2289.º pode dificultar as coisas. Na verdade, o texto apenas dá relevância à vontade do testador com o sentido de ela determinar a nulidade de toda a instituição — a nulidade da instituição é que é «o contrário» da validade que a lei estabelece. Uma leitura assim, que não deve desprezar-se, torna difícil praticar as soluções mais subtis e imaginosas que o autor propõe.

193 — Não haverá excesso no fideicomisso que preveja um substituto directo para o fideicomissário; neste caso não há instituição em mais de um grau.

194 — O fiduciário é proprietário dos bens até à sua morte. Tem o gozo e a administração dos bens» (art. 2290.º, n.º 1). Tem uma posição semelhante à do usufrutuário (art. 2290.º, n.º 2), e portanto está sujeito a sérias limitações.

195 — O fiduciário deve usar e fruir a coisa como o faria um bom pai de família, e não como ele mesmo usa e frui os seus outros bens (art. 1446.º).

196 — O fiduciário não pode alienar os bens sujeitos ao fideicomisso, nem constituir direitos reais de garantia que impliquem a alienação eventual e forçada dos bens.

Prevêem-se dois tipos de excepção a este regime: por um lado, certas alienações podem ser autorizadas pelo tribunal, no interesse da conservação do próprio capital (art. 2291.º, n.º 1); por outro lado, podem ser autorizadas alienações no interesse do fiduciário, desde que se preservem os interesses do fideicomissário (art. 2291.º, n.º 2). Será exemplo deste último caso a alienação por troca (sub-rogação directa) ou com a garantia de reemprego do capital (sub-rogação indirecta).

Veja-se o regime da autorização judicial, no art. 1438.º do Código do Processo Civil.

197 — O fiduciário pode alienar os bens fideicomitidos sob condição suspensiva de o fideicomissário não poder ou não querer aceitar a transmissão (Capozzi — *Successioni...*, p. 579) porque, verificada essa condição, a propriedade dos bens considera-se definitivamente adquirida pelo fiduciário desde a morte do testador (art. 2293.º, n.º 2).

198 — Os credores pessoais do fiduciário não poderão fazer-se pagar pelos bens fideicomitidos (art. 2292.º); esta é uma manifestação típica de autonomia patrimonial.

199 — Se o fiduciário não quiser ou não puder aceitar a liberalidade, a substituição fideicomissária converte-se em substituição directa e o fideicomissário torna-se definitivamente proprietário dos bens desde o momento da morte do testador (art. 2293.º, n.º 3).

Oliveira Ascensão admite que o testador preveja a representação do fiduciário pelos seus descendentes, caso em que poderíamos hesitar entre falar de representação ou afirmar que estávamos, afinal, perante uma substituição directa (*Direito...*, p. 249). De facto, é normal que o testador prefira que os bens sejam logo entregues ao fideicomissário, que é o destinatário final e definitivo da liberalidade; mas se o testador intercalar alguém no lugar do fiduciário, só temos de respeitar a vontade manifestada porque nem se pode falar de um desvio à regra da limitação a um grau. Além disto a lei admite expressamente que o testador mostre uma intenção diferente da solução estabelecida: a conversão legal e a devolução da herança ao fideicomissário só se faz «... no silêncio do testamento...».

200 — Se é o fideicomissário que não pode ou não quer aceitar a liberalidade, os bens consideram-se adquiridos definiti-

vamente pelo fiduciário desde o momento da morte do testador (art. 2293.º, n.º 3). Os bens serão entregues aos herdeiros do fiduciário, nos termos gerais.

Oliveira Ascensão considera a hipótese de o testador preferir chamar representantes do fideicomissário, em vez de seguir a solução expressa nesta norma (*Direito...*, p. 248). Esta sugestão só seria inaceitável se tivéssemos de considerar imperativa a norma do art. 2041.º, n.º 2, al. b), que afasta a representação relativamente ao fideicomissário. Julgo, porém, que não há motivo para tanto, uma vez que não se viola qualquer regra intransponível, designadamente a proibição do fideicomisso em mais de um grau.

Creio também que não deve ser obstáculo a esta solução o facto de o art. 2293.º, n.º 2, não abrir expressamente o caminho à vontade especial do testador (no que difere do texto do n.º 3 do mesmo artigo). De facto, no âmbito da sucessão testamentária, a possibilidade de recorrer à vontade do testador, e o esforço para a respeitar plenamente, não têm de ser especialmente admitidos pela lei.

201 — O art. 2295.º prevê os chamados fideicomissos irregulares. Trata-se disposições testamentárias em que não se vêem nitidamente as características do fideicomisso, quer porque não se designa expressamente um substituto, quer porque não impõe estritamente a obrigação de não alienar os bens. Todavia, a nossa lei sujeita essas disposições ao regime dos fideicomissos, depois de tentar suprir as reais ou aparentes lacunas da vontade.

202 — No caso da al. a), falta a designação de um substituto, embora esteja presente uma proibição de alienar. O legislador supôs que a vontade presumida do autor da sucessão seria a de chamar, como substitutos, os seus herdeiros legítimos. É muito natural que se faça aqui o mesmo que se faz quando não há sequer testamento: chamar os herdeiros legítimos.

203 — O caso da al. b) (chamado fideicomisso de resíduo) foi sempre discutido por não implicar uma verdadeira restrição sobre

o fiduciário (cfr. José Tavares — *Sucessões...*, pp. 442/3). De facto, a obrigação de deixar ao fideicomissário o que sobrar, não é limitação nenhuma. O nosso legislador, porém, impôs as restrições da alienação que valem para o fideicomisso normal, acrescentando a faculdade de alienar com o consentimento do fideicomissário; com este regime, já se aceita a aproximação destas disposições dos fideicomissos regulares.

204 — A al. c) exprime também um fideicomisso de resíduo a que acresce o carácter eventual da extinção do fideicomissário.

Quanto à faculdade de alienar os bens, valem as regras estabelecidas para a alínea anterior, marcando a vinculação dos bens típica do fideicomisso.

Quanto à diferença que resulta do carácter eventual da extinção do fiduciário e da reversão dos bens, pode dizer-se que ela não afasta a vinculação típica do fideicomisso. Apenas acontece que a substituição se faz sob condição suspensiva de a pessoa colectiva que ocupa o lugar de fiduciário se extinguir antes da morte do fideicomissário.

Substituição pupilar e quase pupilar

205 — A substituição pupilar é mais uma das sobrevivências do direito romano que mudou de carácter, perdeu o sentido, e se articula mal com o resto do sistema. como afirma Cunha Gonçalves, era «o reflexo da onipotência do paterfamilias» da preocupação de assegurar o culto dos antepassados (*Tratado...*, vol. X, p. 134). O chefe da família designava o sucessor do seu filho, para o caso e ele morrer antes da idade suficiente para instituir herdeiro e sucessor daquele culto.

Podia dizer-se que o pai fazia testamento em vez do filho. Os sucessores herdavam do filho, e não do pai; e herdavam tanto os bens que o pai deixava como os bens que o filho tivesse adquirido por outra via; podia haver lugar à substituição mesmo quando

o pai deserdasse o filho, de tal modo que o substituto só herdaria bens que o filho tivesse adquirido por outro modo (Lacruz e Sancho — *Derecho...*, p. 679).

206 — No nosso direito, a substituição pupilar tem características diferentes do regime romano, e não é nítido que se trate de o pai fazer testamento em vez do filho (cfr. Oliveira Ascensão — *Direito...*, pp. 69/70).

O requisito de que o pai se encontre no pleno exercício do poder paternal sugere que a substituição pupilar é um acto de representação, um gesto do pai em nome do filho, um testamento feito por representante — em contraste absoluto com a ideia de que a incapacidade testamentária, como incapacidade de gozo, é insuperável. Em sentido contrário, a regra de que a substituição só vale para os bens que o filho tenha recebido do pai (art. 2300.º) sugere que o pai não está a fazer testamento em vez do filho, sobre todo o património deste, e está apenas a fixar o destino, em mais um grau, dos bens que ele próprio deixa ao filho. Res-salvadas todas as diferenças, apenas estaria aqui presente o interesse básico que justifica o fideicomisso; tratar-se-ia de um fideicomisso (de resíduo) sob condição suspensiva de o filho morrer antes de adquirir capacidade testamentária activa — cfr., sobre esta dúvida, Lacruz e Sancho — *Derecho...*, p. 684.

207 — Ao contrário do que se passa na substituição fideicomissária, não há uma vinculação dos bens em poder do filho e uma «reversão» para o substituto. Não há uma obrigação de conservar os bens no património do filho, não há restrições à faculdade de alienar.

O substituto receberá os bens que estiverem no património à data da morte do substituído, e os bens subrogados no lugar deles (Lacruz e Sancho — *Derecho...*, p. 689).

208 — A velha ideia de que o filho é representado pelo pai, que faz testamento em nome dele, levaria a dizer que o substituto sucede ao filho, e não ao pai.

A ideia diferente de aproximar a substituição pupilar do fideicomisso (de resíduo e condicional) levaria a dizer que o substituto herda do testador.

209 — Aceitando que o substituto sucede ao filho, a capacidade sucessória tem de verificar-se relativamente a este.

Aceitando que o substituto herda do testador, a capacidade sucessória relevante é em face do testador.

Inexistência e invalidade do testamento

210 — Como na doutrina geral dos negócios jurídicos também se podem considerar inexistentes os supostos testamentos que não exprimem qualquer vontade do autor e, por isso, não cumprem de modo algum, a função típica do testamento. Será o caso dos testamentos falsos; dos que foram obtidos por coacção física; do «testamento» oral (cfr. Capozzi — *Successioni...*, p. 506).

211 — Segundo a regra geral, os vícios dos testamentos ou de cláusulas testamentárias dão origem a nulidade do negócio ou da disposição (art. 294.º). Em vários casos a lei determina uma solução diferente: a anulabilidade.

212 — As diferenças entre a nulidade e a anulabilidade, nesta matéria, são muito menos claras do que nos negócios jurídicos em geral.

Não pode dizer-se que a nulidade do testamento opera imediatamente, por força da lei; não tem sentido dizer isto quando a lei prevê uma acção de nulidade que caduca ao fim de dez anos. Na verdade, se os efeitos da nulidade se produzissem automaticamente a acção de nulidade seria meramente declarativa e imprescritível.

Também não é próprio que a nulidade seja do conhecimento oficioso do tribunal, sobretudo porque não se estabelece qualquer prazo para exercer essa competência. Seria muito estranho que o

tribunal pudesse conhecer a nulidade a todo o tempo e os particulares estivessem sujeitos a um prazo de dez anos.

A nulidade do testamento ou de uma disposição testamentária tem um regime aproximado da anulabilidade; as diferenças estão no círculo de pessoas legitimadas para agir (o que tem efeitos quanto à confirmação) e no prazo em que o podem fazer.

213 — Nos termos gerais, têm legitimidade para pedir a declaração de nulidade todos os interessados (art. 286.º). Neste caso, são interessados todos os que serão chamados a suceder se o testamento ou a disposição for invalidada: os herdeiros legítimos, os herdeiros ou legatários designados num testamento anterior, os herdeiros desonerados pela invalidação de um legado, os titulares de um direito de acrescer, os substitutos que tomarão o lugar dos substituídos quando se impugna só a primeira instituição (cfr. Lacruz e Sancho — *Derecho...*, p. 531).

214 — Têm legitimidade passiva todas as pessoas favorecidas pelo testamento. Esta regra levaria a demandar todos os herdeiros e também os legatários. Porém, sendo os legatários meros credores da herança (art. 2068.º), pode ser razoável dizer que os herdeiros garantem o contraditório necessário, sem necessidade de a acção ser dirigida contra aqueles; e talvez esta solução encontre apoio no regime estabelecido no art. 2091.º

Também se pode perguntar se a acção deve ser intentada contra o testamenteiro, tendo em conta as suas funções de vigilante e executor do testamento. Julgo que os herdeiros esgotam o círculo dos «sujeitos da relação material controvertida» (art. 26.º do C.P.C.); sem prejuízo de o testamenteiro poder intervir como assistente, aceitando-se que o desempenho prático das suas funções e a retribuição que lhe tiver sido atribuída estão dependentes do resultado da causa.

215 — O legislador português admitiu a confirmação da disposição nula, por aquele que poderia aproveitar-se da nulidade.

Este regime constitui uma excepção à regra de que só os negócios anuláveis são susceptíveis de confirmação. Costuma dizer-se que ela é um meio de salvar o negócio inválido, o que se justifica bem no âmbito do testamento porque a declaração negocial não pode ser repetida. Além disto, se um interessado aceita a disposição expressamente ou tacitamente, manifesta o seu respeito pela vontade do testador e a lei vincula-o a esse gesto que satisfaz uma grande preocupação de todo o direito sucessório (Azzariti, F. *et al.* — *Successioni...*, p. 562; Azzariti, G. — *Le successioni...*, p. 577; Giannattasio — *Delle Successioni...*, p. 35).

216 — Não se trata de uma confirmação plena, capaz e sanar a invalidade, como aquela que está prevista no art. 288.º Trata-se apenas de tomar em consideração que um dos interessados aceitou a disposição como ela foi feita e não deve, mais tarde, voltar atrás; esse interessado perde o direito de invocar a nulidade, «não pode prevalecer da nulidade» (cfr. Pires de Lima e Antunes Varela — *Código Anotado*, art. 968.º; Rui Alarcão — *A confirmação...*, pp. 134/6).

O seu gesto confirmativo não impede que outros interessados intentem a acção de nulidade (cfr. Marty e Raynaud — *Droit Civil...*, p. 431).

217 — Não haverá dúvida de que a confirmação do testamento inválido pode ser tácita, resultando de actos inequívocos como a execução voluntária da disposição. A lei é mais clara acerca deste ponto na norma dedicada às doações (art. 968.º) do que no art. 2309.º, mas nada leva a supor que se tenha querido afastar a regra geral do art. 288.º, n.º 3.

218 — Embora o legislador não tenha feito distinções, parece inevitável dizer-se que nem todas as invalidades podem ser objecto de confirmação.

Têm de ser excluídas, em primeiro lugar, as invalidades estabelecidas por imperativos de defesa da ordem pública e dos bons

costumes (Capozzi — *Successioni...*, p. 507). Sendo matéria indisponível, não se concebe que a vontade de um herdeiro possa sanar a invalidade.

Devem reconhecer-se outros limites fundados em razão da indisponibilidade da matéria. Não será admissível que um sucessor confirme disposições de carácter pessoal contrárias à lei (Capozzi, *ob. cit.*, p. 505), como uma perfilhação de um nascituro feita antes da concepção (cfr. o art. 1855.º).

Devem acrescentar-se os casos em que a invalidade se destina a proteger o próprio autor do testamento cuja vontade foi viciada ou não se exprimiu na declaração. Não faz sentido que um sucessor confirme um testamento ou uma disposição que não exprime ou não corresponde realmente à vontade do testador.

Por último, resta um grande número de casos de disposições ilícitas e inválidas que serão, em princípio, susceptíveis de confirmação; mas num caso ou outro os interesses que ditaram a invalidade podem afastar a faculdade de confirmar.

No primeiro grande grupo de casos encontram-se, por exemplo, o testamento que deixa a escolha dos bens ao arbítrio de terceiros para além do que é expressamente admitido (art. 2182.º), a disposição *per relationem* que exceda os requisitos do art. 2184.º, o testamento de mão comum em favor de terceiro (art. 2181.º). No segundo grupo encontram-se, porventura, o testamento de mão comum recíproco que traduza um acordo sinalagmático, ou a disposição feita sob condição captatória, admitindo que ambas as situações descritas envolvem prejuízo da liberdade de testar e são, portanto, contrárias a um princípio basilar da sucessão testamentária. (Cfr. Capozzi, *ob. cit.*, p. 508).

219 — Ao contrário do direito anterior (cfr. Cunha Gonçalves — *Tratado...*, vol. IX, pp. 591/2; José Tavares — *Sucesões...*, pp. 502/3), a lei vigente admite, nos termos amplos em que está redigida, a confirmação de invalidades baseadas em vícios formais. Assim poderá acontecer, por exemplo, quanto a um testamento cerrado que não contenha alguma rubrica numa folha

não assinada (cfr. o art. 2206.º, n.º 3), ou quanto a um testamento público que não contenha o nome dos pais do testador (cfr. o art. 63.º, n.º 5, do Código do Notariado).

220 — Vale o requisito geral de que a confirmação, para surtir efeito, supõe a consciência do direito de invalidar e de sanar o defeito ou renunciar à arguição da invalidade. Isto é particularmente relevante quando o acto de confirmação for tácito, resultando de «factos concludentes» (cfr., por exemplo, Capozzi — *Successioni...*, p. 505).

221 — Oliveira Ascensão (*Direito...*, p. 335) faz notar que os prazos estabelecidos para a caducidade das acções de invalidação só têm sentido se as disposições testamentárias estiverem cumpridas. Faz-se aplicação da regra geral do art. 287.º, n.º 2: só caduca o direito de agir se os beneficiários estiverem na posse dos bens.

222 — Segundo a regra geral, o notário deve recusar a prática de actos nulos; e deve praticar os actos simplesmente anuláveis, fazendo advertência aos interessados e registando esta advertência (arts. 190.º e 191.º do Código do Notariado). A diferença de atitude que a lei recomenda explica-se, certamente, pela diferença de regime dos dois tipos de invalidade. Enquanto a nulidade opera imediatamente, por força da lei, sem necessidade de uma decisão judicial, a anulabilidade não impede que o acto produza os seus efeitos, antes da invalidação judicial que, aliás, pode nem chegar a ser intentada. Deste modo, é de esperar que o notário não colabore num acto condenado a não produzir efeitos, inevitavelmente. Pelo contrário, é razoável que o notário celebre o acto requerido que, embora anulável, pode chegar a valer para sempre se os interessados não o invalidarem no prazo assinado.

As afirmações precedentes justificam que se pergunte qual deve ser a atitude do notário em face de uma disposição nula, considerando o regime especial das nulidades testamentárias. Se

a disposição nula produz os seus efeitos enquanto não for destruída e se a acção de nulidade pode caducar, isto é, se o regime da nulidade do testamento é idêntico ao da anulabilidade (apenas com uma diferença quanto ao prazo para agir), então a atitude do notário deve ser idêntica em ambos os casos: deve praticar o acto nulo, com a advertência prevista no art. 191.º, n.º 2.

Revogação do testamento

223 — O respeito pela manifestação de última vontade leva a que se considere irrenunciável a faculdade de revogar o testamento (art. 2311.º). A revogação de um testamento é uma manifestação de vontade equivalente à elaboração de um testamento.

224 — A doutrina e o Código de Seabra (na epígrafe do art. 1755.º) costuma falar de três modalidades de revogação: expressa, tácita e real; esta última resultaria da destruição física do testamento ou de o testador ter alienado ou transformado a coisa legada em outra de diversa natureza, forma ou designação.

225 — A revogação expressa pode fazer-se através de um meio formal que tenha a mesma dignidade do testamento. O art. 2312.º menciona o testamento ou a escritura pública.

226 — O modo vulgar de fazer uma revogação tácita é a elaboração de um novo testamento que seja incompatível com o primeiro.

Note-se que o legislador considerou a eventualidade de se encontrarem dois testamentos incompatíveis, com a mesma data: têm-se por não escritas as disposições incompatíveis — art. 2313.º

227 — A chamada revogação real pode (e talvez deva) reconduzir-se à categoria de revogação tácita: afinal, os tipos de actuação que exprimem a chamada revogação real são modos indirectos de exprimir a vontade de revogar, de acordo com a noção vulgar de «factos concludentes» — cfr. o art. 217.º

228 — A alienação da coisa legada pode significar apenas uma deixa de coisa alheia, nos termos do art. 2251.º

229 — A revogação do testamento revogatório não recupera automaticamente o primeiro testamento. O gesto da revogação, só por si, não é claro: para que o primeiro testamento recobre o seu valor, o legislador exige que o testador afirme positivamente a sua vontade de o recuperar.

230 — Não estou certo de que a recuperação do primeiro testamento, depois da revogação de um testamento revogatório, esteja vedada na hipótese de revogação real — cfr., sobre isto, Oliveira Ascensão — *Direito...*, p. 89.

A circunstância de a lei referir os casos de revogação expressa e tácita (art. 1314.º, n.º 1), e de não mencionar a chamada revogação «real», não chega para justificar a solução: creio que a revogação real é apenas uma espécie de revogação tácita, e parece claro que o Código de 1966 não reconheceu, como um modo de declaração negocial, um modo real de manifestar a vontade revogatória.

Por outro lado, a natureza da chamada revogação real não obsta completamente à recuperação do primeiro testamento. No caso de a revogação do primeiro testamento ter resultado da alienação ou da transformação da coisa, a disposição poderia valer desde que se provasse a vontade de deixar uma coisa alheia ou transformada (cfr. o art. 2316.º, n.º 2). No caso de a revogação do primeiro testamento ter resultado de dilaceração ou destruição, sempre poderia considerar-se a possibilidade de aproveitar a declaração de vontade, tal como se faz no caso de inutilização do testamento feito por pessoa diversa do testador ou pelo testador privado do uso da razão (cfr. o art. 2315.º, n.º 1).

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel de — *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 2 vols., 2.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1966.

- ASCENSÃO, José de Oliveira — *Direito Civil. Sucessões*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1989.
- AZZARITI, Francesco et al. — *Successioni per di morte e donazioni*, 4.ª ed., Padova, CEDAM, 1969.
- AZZARITI, Giuseppe — *Le successioni e le donazioni*. Padova, CEDAM, 1982.
- CAPOZZI, Guido — *Successioni e Donazioni*, 2 vols., Milano, Giuffrè, 1983.
- GIANNATTASIO, Carlo — *Delle Successioni. Successioni testamentarie*. (arts. 587.º-712.º), 2.ª ed. Commentario del Codice Civile, Libro II, tomo 2.º, Torino, U.T.E.T., 1978.
- GONÇALVES, Luis da Cunha — *Tratado de Direito Civil*, vols. IX e X, Coimbra, Coimbra Editora, 1934 e 1935, respectivamente.
- GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato — *Testamento e Autonomia*. Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XVIII (Jan.-Dez.), 1972.
- LACRUZ BERDEJO, José; SANCHO REBULLIDA, Francisco — *Derecho de Sucesiones. Parte geral. Sucesion voluntária*. Barcelona, Bosch, 1971.
- LIMA, F. Pires de; VARELA, J. Antunes — *Código Civil Anotado*, vols. 1.º e 2.º, 3.ª ed., Coimbra Editora, 1982 e 1986.
- MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre — *Droit Civil. Les Successions et les Libertés*. Paris, Sirey, 1983.
- PINTO, Carlos da Mota — *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.
- TAVARES, José — *Sucessões e Direito Sucessório*, 2.ª ed., Lisboa, Portugal-Brazil, L.ª, s.d.
- VITALI, Vittore — *Delle Successioni legittime e testamentarie*. «Il Diritto civile Italiano», vol. IV, Napoli/Torino, Eugenio Marghieri/U.T.E.T., 1909.

TESTAMENTO OLÓGRAFO (*)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça,
de 12 de Maio de 1992

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

A

1.º

Suzanne Louise Sachet recorre de revista do acórdão da Relação de Coimbra (p. 64) que negou provimento a apelação sua, e confirmou a sentença (p. 62 e v.) do tribunal do círculo da Covilhã, a qual julgou totalmente improcedente esta acção com processo ordinário simplificado, que a ora recorrente move a Nuno José Martinho Henriques, Maria Clara Peixoto Pina Henriques e José Luís Baptista Henriques, por aquele tribunal de círculo (pp. 31 a 33 v.).

A Suzanne formulou estas conclusões, na sua alegação (p. 81):

- I — o testamento deixado por José Henriques foi manuscrito por ele, em língua francesa, no dia 23 de Janeiro de 1978, dispondo dos seus bens para depois da morte;
- II — esse testamento foi confiado pelo mesmo a um notário — Michel Savouré — e encontra-se depositado no seu cartório;

(*) Publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 125.º (1992), pp. 309-16.

- III — e não contém rasuras ou entrelinhas, e os seus espaços em branco foram trancados por aquele notário;
- IV — e José Henriques é cidadão português;
- V — nos termos do art. 2223.º do Cód. Civil, esse testamento é válido, e produz efeitos em Portugal, pois foi respeitado o princípio da solenidade;
- VI — pois forma solene só poderia significar o mesmo que forma escrita;
- VII — pelo que só ficaria excluída (ver «concluída», a p. 46; e «excluída», a pp. 44 e 81 v.) daquele normativo a eficácia do testamento puramente nuncupativo;
- VIII — a preocupação do legislador, ao restringir no art. 65.º, II, do Cód. Civil, o alcance do princípio do «favor testamenti», que inspira o seu n.º I, é de garantir uma autenticidade ao testamento;
- IX — ora, no caso vertente, não há dúvidas sobre a autenticidade das disposições para depois da morte, feitas pelo José Henriques, no dia 23 de Janeiro de 1978, já que foi confiado a um notário, e depositado no seu cartório;
- X — o acórdão da Relação violou os arts. 65.º, I, e 2223.º do Cód. Civil, pois;
- XI — estando tais palavras «feitura» e «aprovação», neste último preceito, separadas pela disjuntiva «ou», significa que o legislador se contenta com a observância de uma forma solene, quer seja na feitura, quer na aprovação do testamento;
- XII — não se pode, por outro lado, socorrer-se, nestes casos, das disposições ilegais portuguesas, que regulam a feitura ou a aprovação dos testamentos, pois que a exigência principal do nosso legislador é que o testamento seja feito de harmonia com as leis do País em questão;
- XIII — ora, dado que, pelo menos, na feitura foi sem dúvida observada uma forma solene, o testamento em causa produz efeitos em Portugal;
- XIV — mas o depósito do testamento no notário, que o guardou, e «trancou» os espaços em branco, e que atesta como ele

- se identifica, como está redigido, quantas linhas escritas tem, como começa, como acaba, que não tem rasuras ou entrelinhas, e que atesta também a identidade do testador, José Henriques, equivale à sua aprovação para os efeitos do dito art. 2223.º;
- XV — e isto porquanto o legislador alude a uma forma solene, e não desta ou daquela forma solene de aprovação;
- XVI — esta resulta, assim, do documento de p. 20.

Nestas bases, a recorrente pediu a procedência da revista, revogando-se o acórdão recorrido e julgando-se a acção procedente.

Os recorridos alegaram no sentido de se negar provimento ao recurso (pp. 83 a 86 v.).

Já, depois dos vistos aos E.^{os} Adjuntos, foi solicitado ao E.^o Adido Cultural junto da Embaixada de França, em Lisboa, o favor de nos enviar fotocópia dos preceitos legais franceses (sem tradução), relativos aos actos notariais de pp. 19 a 21; o que foi amavelmente satisfeito, achando-se a fotocópia junta de pp. 91 a 101.

Mantém-se a inexistência de questões que obstassem ao conhecimento do recurso.

B

2.º

O acórdão da Relação considerou provado que (p. 60 e v.):

- I — no tribunal da comarca do Fundão, correm termos uns autos de inventário facultativo, por óbito de José Henriques, que foi morador no Fundão, e faleceu em 8 de Novembro de 1987;
- II — nesse processo, estão habilitados como únicos herdeiros e interessados na Partilha dos bens do José Henriques, a ora autora, como cônjuge sobrevivente, e os reus Nuno e José Luís, como seus filhos únicos;

- III — nas suas declarações de cabeça de casal, prestadas nesse processo de inventário, a ora autora declarou «que o falecido José Henriques tinha deixado testamento da quota disponível a favor dela, testamento feito em França;
- IV — e juntou ao processo de inventário um documento manuscrito pelo falecido José Henriques, escrito em língua francesa e datado de 23 de Janeiro de 1978, o qual se encontra fotocopiado a p. 9 do presente processo, bem como a sua tradução para o idioma português, certificada pelo notário do cartório notarial do Fundão;
- V — juntou ainda um documento, que constitui uma carta dactilografada, oriunda de «Michel Savouré — Notaire», cujo teor foi dado como reproduzido e bem assim a tradução respectiva, com certificação do mesmo notário português, mencionado no fim do n.º IV anterior;
- VI — o dito José Henriques tinha nascido na freguesia de Salgueiro, do concelho do Fundão, e estava registado como filho de Luís Henriques e Augusta Pinto;
- VII — José Henriques era cidadão português, foi ele quem escreveu, datou, e assinou o documento fotocopiado a p. 9, cujo teor começa com a frase «ceci est mon testament».

3.º

«Diz-se testamento o acto unilateral e revogável, pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da sua morte, de todos os seus bens ou de parte deles» — estabelece o art. 2179.º, I, Cód. Civil, no seguimento literal do anteprojecto de Inocêncio Galvão Teles, art. 168.º, § 1.º (em «Boletim», 54, p. 84).

Foi precisamente isto que o José Henriques fez, na declaração por ele manuscrita, datada, e assinada, em Versalhes, no dia 23 de Janeiro de 1978, como se constata do documento fotocopiado a pp. 9 e 21.

As sucessões por morte são reguladas pela lei pessoal dos respectivos sujeitos (art. 25.º), a qual é a da nacionalidade que tenham (art. 31.º, I, do Cód. Civil).

Portanto, sendo o testador José Henriques cidadão português, a lei a atender para regular a sua sucessão por morte é, em primeira linha, a portuguesa.

Esta não é, porém, uma regra rígida, pois o legislador português deu certa consagração à doutrina do reconhecimento internacional das situações jurídicas criadas no estrangeiro; «... mas isto só no caso de entre a situação considerada e as leis ao abrigo da qual (essa situação) se constituiu existir uma conexão que, olhadas as coisas da perspectiva do DIP (Direito Internacional Privado) local, possa reputar-se suficientemente estreita para fundamentar a aplicabilidade desse sistema ...», em alternativa; como resulta do art. 31.º, II, do Cód. Civil — Ferrer Correia, em «Revista de Legislação», 116, p. 163, e «Direito Internacional Privado. Alguns Problemas ...», ed. de 1981, pp. 254 e segs.

Esse art. 31.º, II, indica claramente qual é tal conexão, que deve existir entre o negócio jurídico praticado por cidadão português em País estrangeiro, e a lei que neste vigore, e ao abrigo da qual o negócio jurídico surgiu: esse cidadão português deve ter residência habitual no País estrangeiro em referência (obra ultimamente referida, pp. 254-255-257-258),

Sendo negócio jurídico o acto pelo qual os particulares auto-regulam os seus próprios interesses (Dias Marques, «Noções Elementares», 5.ª ed., p. 49), o testamento é indubitavelmente um negócio jurídico, e de carácter unilateral (Mota Pinto, «Teoria Geral», I ed., pp. 243-265; II ed., pp. 353-386; Manuel de Andrade, «Teoria Geral da Relação Jurídica», ed. 1960, II, p. 38).

A lei francesa (art. 969.º do Cód. Civil) prevê expressamente que o testamento possa ser ológrafo, ou seja, todo escrito pela «mão do testador (do grego «holos» + «graphein» — Cândido de Figueiredo, «Novo Dicionário da Língua Portuguesa», 4.ª ed., p. 290, do volume II); e exige então, para a sua validade, que ele seja totalmente escrito, datado, e assinado pela mão do testador,

sem sujeição a qualquer outra forma (art. 970.º do apontado diploma; e p. 91).

Temos, portanto, que estes arts. 969.º e 970.º foram inequivocamente respeitados, como sucede com o seguinte art. 1007.º, onde se exige que o testamento ológrafo seja depositado nas mãos de um notário, antes de ser executado: o que se verifica ter aqui ocorrido, da carta do E.º notário de Versalhes Michel Savouré, fotocopiada a p. 7, e referida pela Relação.

Foi também acatado o requisito do art. 2223.º do Cód. Civil Português, de «forma solene» na feitura do testamento, já que esta expressão deve significar o mesmo que forma escrita, ficando apenas excluída a eficácia do testamento puramente nuncupativo, ou seja oral (do latim «nuncupatur» — Cândido de Figueiredo, obra citada, II, p. 269).

Temos, assim, um testamento feito por cidadão português em França, com observância da lei civil francesa, e numa forma solene; o que é a previsão do art. 2223.º do Cód. Civil Português.

É certo que este preceito menciona «uma forma solene na sua feitura *ou aprovação*» (nosso o sublinhado).

Mas o «ou» surge claramente como conjunção disjuntiva, no sentido de que basta a forma solene na feitura, *ou* então na aprovação do testamento, não sendo exigível esse requisito de «forma» nas duas fases.

Aliás, não faria sentido que o art. 2223.º exigisse aprovação do testamento por notário ou outro funcionário estrangeiro, se à partida a respectiva lei local se tem como observada.

Essa aprovação é a que parte do funcionário consular português respectivo, em casos como o do art. 255.º do Regulamento Consular Português (Decreto n.º 6462, de 7 de Março de 1920): testamento cerrado de cidadão português, lavrado no estrangeiro, fora dos serviços consulares nacionais.

Sucede até que os funcionários consulares portugueses nenhuma ingerência podem ter aos testamentos ológrafos, feitos por cidadãos portugueses, em países onde a lei os admite como autênticos; e os reconhecimentos que façam da letra ou da assinatura res-

pectivas não importam, por forma alguma, a aprovação do testamento, como dispõe o art. 265.º do mesmo Regulamento. Limitações resultantes de a ordem jurídica portuguesa, em obediência ao princípio da solenidade, ter banido o testamento ológrafo, escrito e porventura datado e assinado pelo atestador, sem observância de qualquer outra formalidade — Oliveira Ascensão, «Direito Civil — Sucessões», ed. 1981, p. 75.

Temos, portanto, que o art. 2223.º do Cód. Civil Português não impõe a aprovação do testamento ológrafo, como o do José Henriques, quer ao notário francês, junto do qual se procedeu ao seu depósito, quer ao funcionário consular português da área, expressamente afastado desse acto.

4.º

As Instâncias entenderam (pp. 32 v. a 33 v. e 61 v. a 62 v.) estarmos perante um testamento cerrado no qual falta uma forma solene de aprovação, cuja exigência a Relação fez assentar tanto no art. 2206.º, IV, como no art. 2223.º do Cód. Civil; o que acarretaria a nulidade do testamento (art. 2206.º, V).

Ora, aqui há vários reparos a fazer.

Se a ordem jurídica portuguesa reconhece eficácia e relevância em Portugal a testamento feito por cidadão português em país estrangeiro, com observância da lei estrangeira, observados que sejam certos requisitos de forma (art. 2223.º, do Cód. Civil), temos necessariamente que o enquadramento legal do testamento em referência deve ser dado por essa lei estrangeira, tida como observada, ou seja aqui a francesa, e não pela lei portuguesa.

Ora, à face da lei francesa, o testamento é ológrafo (como vimos), contraposto ao testamento místico (art. 969.º, do Cód. Civil Francês; p. 91), expressão esta última também usada para referir o testamento cerrado (Melo Franco-Herlander Martins, «Conceitos e Princípios Jurídicos», 1983, p. 683).

É errada, portanto, a orientação das Instâncias ao qualificarem o testamento em referência como cerrado, e ao exigirem a verifi-

cação de todo o condicionalismo posto pelo art. 2206.º do Cód. Civil Português para um testamento deste tipo, lavrado em Portugal, nomeadamente a sua aprovação por notário, sob a cominação de nulidade (p. 62 e v.).

Aliás, qual notário? — o francês, certamente que não, pois a aprovação seria um acto redundante, pois parte-se da base de que o testamento foi feito de harmonia com a lei francesa (art. 2223.º); e o português também não, porquanto a letra e o espírito dos arts. 2206.º, IV, do Cód. Civil e 116.º-119.º do Cód. Notariado não abarcam essa hipótese.

A orientação, que defendemos, de enquadrar o testamento do José Henriques na lei francesa como testamento ológrafo e não na portuguesa como testamento cerrado, permite-nos afastar o apoio que as Instâncias (pp. 33 e 61) encontraram no art. 65.º, II, do Cód. Civil, pois «a observância de determinada forma ...» respeita só ao momento da declaração das disposições por morte, e então bastaria a observância da forma escrita na feitura do testamento (art. 2223.º, do Cód. Civil); além de que forma de um negócio jurídico é determinada figuração anterior, prescrita pela lei para a respectiva declaração ou manifestação de vontade (Manuel de Andrade, obra citada, II, p. 48), pelo que nunca abrangeria a aprovação do testamento, feita por notário, verificada a regularidade formal do documento (Oliveira Ascensão, obra citada, ed. 1989, p. 83). Ou seja, o instrumento de aprovação é algo que está para além da forma do testamento, pois representa o resultado de uma apreciação positiva dessa forma.

Daqui resulta não serem atendíveis os reparos das Instâncias, filiados nos arts. 65.º, II; 2206.º, IV e V; e 2223.º do Cód. Civil.

5.º

Outro, porém, vem, e muito forte, do já adiantado sob o n.º 3.º: não se verifica a conexão entre o testamento do José Henriques e a lei francesa, que o regeu, exigida pelo art. 31.º, II, do Cód. Civil, e consistente na residência habitual do testador em França, quando da feitura desse negócio jurídico unilateral.

Com efeito, em passagem alguma do articulado das Partes, o José Henriques é apresentado como residindo habitualmente em França, então; até pelo contrário, ele é indicado como morador no Fundão (p. 24, art. 1.º), o que a Relação fixou (p. 60, n.º 1.º) — arts. 722.º, II, e 729.º, I, do Cód. Proc. Civil.

Não basta, em sentido contrário, a circunstância de esse cidadão português afirmar que morou em Versalhes, no seu testamento (pp. 9 e 21); pois não só a afirmação pode não ser exacta, como também dela não resulta que a eventual residência em Versalhes do José Henriques pudesse ser qualificada como habitual, tal como o art. 31.º, II, exige.

É possível que os litigantes hajam ficado aquém daquilo que poderiam ter alegado a este respeito, mas os tribunais só podem servir-se (fora excepções aqui sem interesse) dos factos articulados pelas partes, como resulta dos arts. 664.º-726.º e 713.º, II, do Cód. Proc. Civil; e na nossa ordem jurídica vigora o princípio da auto-responsabilidade das partes segundo o qual elas conduzem (em grande medida) o processo, a seu próprio risco, suportando as consequências das respectivas omissões.

O José Henriques podia ter celebrado o seu testamento em França de conformidade com a lei portuguesa, perante o cônsul ou o vice-cônsul português respectivo (arts. 251.º-253.º-255.º do apontado Regulamento Consular); e o negócio jurídico produziria plenos efeitos no nosso País.

Também teria podido celebrá-lo em França, junto do notário francês, com observância da lei francesa, e por forma escrita; mas, então, o testamento só seria reconhecido em Portugal, e aqui produziria efeitos como tal, se o José Henriques residisse habitualmente em França aquando da sua feitura — arts. 2223.º e 31.º, II, do Cód. Civil, encarados conjugadamente, como se impõe, já que esse, diploma é um todo harmónico, e não dividido em compartimentos estanques, com preceitos impermeáveis entre si.

O que *não* podia era relevantemente, residindo no Fundão, ir a Versalhes testar segundo a lei francesa, e perante um notário francês; pois que, com tal atitude, violou o âmbito da sua lei pes-

soal, a portuguesa, que é a reguladora da sua sucessão por morte, sem que se verificasse a especial conexão exigida pelo art. 31.º, II, do Cód. Civil, para se transigir perante a lei estrangeira.

Do que resulta que o testamento em referência não pode ser reconhecido em Portugal, e a acção tem de improceder, tal como as Instâncias entenderam, se bem que por razões diversas, ficando desatendida a pretensão da Suzanne Louise Sachet.

C

6.º

Razões por que negamos revista, com custas pela recorrente Suzanne.

Lisboa, 12 de Maio de 1992. — *Bessa Pereira* — *Vassanta Tambá* — *Martins da Fonseca*.

ANOTAÇÃO

1. Dos problemas considerados pelo presente acórdão, o mais difícil de resolver era o da interpretação do artigo 2223.º do Código Civil. Ainda não se encontrou uma solução inequívoca para a questão de saber quais são as exigências formais que a lei impõe aos cidadãos portugueses que queiram fazer testamento no estrangeiro, de acordo com a lei local.

O artigo 1961.º do Código de Seabra aceitava que os testamentos feitos no âmbito de uma lei estrangeira tivessem validade no reino português se tivessem sido «formulados autenticamente». Esta expressão foi discutida, entre outros, por JOSÉ TAVARES (1),

(1) *Sucessões e Direito Sucessório*, vol. I, 2.ª ed., Lisboa, Portugal-Brazil, L.ª, s. d., pp. 629 e segs.

J. ALBERTO DOS REIS (2), CUNHA GONÇALVES (3) e FERRER CORREIA (4), sem que houvesse entendimento pacífico. Era sobretudo difícil saber se os requisitos que caracterizavam a observância de uma «forma autêntica» deviam ser definidos pela lei do lugar da celebração do acto ou pela lei portuguesa.

O Código de 1966 ocupou-se do problema nos artigos 65.º e 2223.º, mas sem ter logrado terminar toda a discussão. O artigo 2223.º condiciona a eficácia do testamento feito por um português no estrangeiro, e de acordo com a lei estrangeira, à circunstância de ter «sido observada uma forma solene na sua feitura ou aprovação».

O que é uma «forma solene»? Como é que se cumpre uma forma solene na feitura do testamento ou na sua aprovação?

Tentando esclarecer o sentido do preccito, BAPTISTA MACHADO afirmou:—«Não é líquido o conceito de «forma solene», mas parece que deve significar o mesmo que forma escrita; pelo que só ficaria excluída, portanto, a eficácia do testamento puramente nuncupativo» (5). Foi atribuída uma opinião semelhante, embora acompanhada das maiores dúvidas, a ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO (6).

2. Os termos da discussão no direito anterior e as dúvidas que ainda se manifestam autorizam-me a supor que a solução pode ser diversa. Talvez não baste reduzir o testamento a escrito, para que se respeite a exigência do artigo 2223.º

(2) *Das Sucessões no Direito Internacional Privado*, Coimbra, França Amado, 1889, pp. 228 e segs.

(3) *Tratado de Direito Civil*, vol. X, Coimbra, Coimbra Editora, 1935, pp. 340 e segs.

(4) *Lições de Direito Internacional Privado*, policop., Coimbra, 1963, pp. 788-800.

(5) *Lições de Direito Internacional Privado*, policop., Coimbra, 1971/2, p. 632.

(6) *Sistema português de normas de conflitos*. Apontamentos coligidos por um grupo de alunos, sem revisão da Professora. Lisboa, A.A.F.D., 1968, p. 95.

O nosso direito afastou-se do regime espanhol, francês e italiano, no ponto em que se excluiu o testamento ológrafo, que é simplesmente escrito e assinado pelo testador; esta particularidade mostra um empenho excepcional do nosso direito na garantia de que o testamento se elabore de um modo mais controlado pelo notário, seguindo um formalismo mais exigente, com as garantias que daí resultam. Também pode ser verdade que, ao aceitar a aplicação de uma lei estrangeira, podia ser razoável diminuir a exigência que se aplica internamente, aceitando um formalismo menos pesado, como a simples forma escrita. Mas, tendo esta intenção, seria natural dizer-se claramente que se impunha uma forma escrita; porque se insistiu na exigência obscura de uma «forma solene»?

Por outro lado, ao dizer-se que a «forma solene» equivale a forma escrita acaba por nem se garantir que o testamento seja reduzido a escrito; de facto, como a regra do artigo 2223.º fica igualmente respeitada com o uso de «forma solene» ou na «feitura» ou na «aprovação», teria de admitir-se que a vontade fosse expressa oralmente perante uma entidade (pública?) que fizesse uma aprovação relatada num simples escrito — mas não creio que esta aplicação da doutrina que referi fosse aceite pelos seus defensores.

Por fim, não terá valor a substituição da fórmula de Seabra («formulados autenticamente») pela expressão actual que menciona separadamente a «feitura» e a «aprovação»? Não significará esta mudança que o legislador quis manter, embora com adaptações resultantes da aplicação da lei estrangeira, a exigência do respeito de uma das nossas formas comuns de testar?

Inclino-me para pensar que o legislador ditou o artigo 2223.º não apenas para evitar a eficácia de algum raro testamento oral, mas sim para impor sistematicamente a exigência portuguesa da utilização de forma escrita com a intervenção de um notário ou oficial equivalente. O que teria o resultado de limitar a eficácia dos testamentos àqueles que tivessem sido «feitos» por um oficial público ou «aprovados» por ele.

Certamente que esta «feitura» ou esta «aprovação» seguiriam os trâmites concretos definidos pela lei estrangeira aplicável — a lei do lugar. Mas sempre poderia encontrar-se, no testamento cuja eficácia se reconhecia, o cumprimento dos requisitos básicos cuja observância se pode esperar num testamento público ou num testamento cerrado.

Pode retorquir-se que esta maneira de entender o artigo 2223.º vai inutilizar, por exemplo, testamentos ológrafos feitos em países vizinhos, onde os cidadãos portugueses se encontram radicados, sendo certo que a ineficácia dos testamentos pode ser compreensivelmente ignorada pelo testador; e assim se vai beneficiar os sucessores legítimos contra uma expressão da vontade que pode, em cada caso, não oferecer qualquer dúvida. Em contrário, poderá dizer-se que esta exigência não é maior do que a que se faz, tradicionalmente, aos nacionais residentes em Portugal.

3. O acórdão de 26 de Fevereiro de 1991, da Relação de Coimbra (?), e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Maio de 1992, tiveram de optar entre as duas orientações conhecidas sobre o sentido da necessidade de observar uma «forma solene». Se tivessem seguido a opinião mais exigente, o caso teria tido a solução fácil de não se reconhecer eficácia ao testamento, por não estar satisfeita a regra especial do artigo 2223.º Mas os tribunais superiores seguiram a orientação mais recente e porventura mais acertada; discordaram do tribunal de primeira instância quando este, perante um testamento feito num escrito particular, elaborado em França, disse que não fora observada qualquer forma solene na sua feitura. Por outras palavras, os tribunais superiores aceitaram que, para cumprir o artigo 2223.º, bastava que tivesse sido utilizada a simples forma escrita.

Suponho, então, que o passo seguinte devia ter sido este: ao aceitar que tinha sido usada uma «forma solene», nada havia a opor

(?) *Colectânea de Jurisprudência*, ano de 1991, tomo 1, pp. 86/8.

à eficácia de um testamento feito de acordo com a lei do lugar onde o acto foi celebrado, como permite o artigo 65.º, n.º 1, do Código Civil.

Mas não foi este o caminho que os tribunais superiores seguiram.

4. A Relação de Coimbra, depois de ter aceite que tinha sido observada uma «forma solene», perfilhou o entendimento da primeira instância de que se estava perante um testamento cerrado. Dito isto, é claro que se tornava necessário encontrar o acto de aprovação sem o que um testamento cerrado não tem valor. Assim, em vez de aplicar o direito francês aplicou o direito português, pesquisando o cumprimento das exigências estabelecidas no nosso Código Civil e no Código do Notariado para a validade dos testamentos cerrados. E como não se descortinava qualquer acto de aprovação (na verdade ele não tinha sentido para um testamento ológrafo) rejeitou a eficácia do testamento, confirmando a sentença recorrida.

5. O Supremo Tribunal acompanhou a decisão da segunda instância quanto ao aspecto mais importante: entendeu que a exigência de cumprimento de uma forma solene, imposta pelo artigo 2223.º, fica satisfeita com a simples utilização de uma forma escrita. O testamento em causa, então, não podia ser rejeitado, liminarmente, por falta de forma.

A divergência do Supremo Tribunal relativamente à Relação de Coimbra esteve no ponto em que negou o carácter de testamento cerrado ao acto de JOSÉ HENRIQUES e negou a necessidade de um acto de aprovação. O Supremo entendeu que reconhecer a natureza de testamento cerrado e procurar um acto de aprovação se traduziria na aplicação do direito português, quando a validade do testamento em causa devia ser apreciada pela lei francesa. Ora, a lei francesa reconhece os chamados testamentos ológrafos, simplesmente escritos e assinados pelo testador.

Dito isto, seria de esperar que o Supremo Tribunal revogasse a decisão anterior e reconhecesse a eficácia do testamento em causa.

Mas o Supremo fundou a aplicabilidade da lei francesa no artigo 31.º, n.º 2, do Código Civil. Ao fazê-lo, tinha de encontrar nos autos a prova de que o testador mantivera em França residência habitual; o que não acontecia neste processo. Deste modo, não se verificava a conexão relevante que permitia afastar a aplicação da lei pessoal; a lei portuguesa, afinal, era a lei aplicável e o testamento ológrafo não podia ser reconhecido.

Creio, todavia, que a norma invocada não tinha aplicação. O artigo 31.º, n.º 2, estabelece uma conexão relevante suplementar, para garantir a validade dos negócios jurídicos; é um recurso mais que o nosso direito estabelece para salvar da invalidade um negócio jurídico que não possa subsistir de outro modo. No caso presente, contudo — e em face da doutrina seguida pelos tribunais superiores acerca do sentido da exigência de «forma solene» — o testamento ológrafo feito por José Henriques, em França, não precisava de qualquer remédio.

A aplicação da lei francesa devia fundar-se na pura e simples regra de conflitos portuguesa que trata da validade formal dos testamentos feitos no estrangeiro — o artigo 65.º, n.º 1. Nos termos desta norma, o testamento é válido e eficaz se tiver sido feito segundo a lei do lugar da celebração (no caso, a lei francesa) sendo irrelevante que esse lugar não passe de uma residência ocasional do testador.

Um tribunal que está perante um testamento ológrafo e que não vê qualquer obstáculo resultante dos artigos 65.º, n.º 2, e 2223.º — como foi o caso do Supremo Tribunal — só pode aplicar tranquilamente o direito do lugar da celebração do acto e aceitar a eficácia do testamento em Portugal.

A CRIANÇA MALTRATADA (*)

A situação da criança, como objecto de violência, altera-se, provavelmente, em função de três factores:

- o valor que a sociedade dá às crianças;
- o alcance da intervenção do Estado sobre a Família;
- a situação económica conjuntural das sociedades.

(Não se exclui a grande influência de outros factores — sobretudo a estabilidade cultural, que garante códigos definidos de conduta).

São estas as linhas gerais das observações que vou fazer:

- o valor da criança aumentou lentamente, nos últimos séculos, mas talvez esteja a diminuir, hoje;
- a intervenção do Estado cresceu atrasada relativamente ao aumento do valor da criança, e parece agora estar a retrair-se;
- a má situação económica conjuntural faz diminuir a intervenção do Estado e a tranquilidade social.

1. A violência na Família não é completamente arbitrária, no sentido de que a violência é apenas um exercício abusivo de um

(*) Texto-guião de uma palestra feita em Maio de 1994, a convite do Instituto de Clínica Geral de Coimbra.

processo de exercício de autoridade que se reconheceu sempre aos progenitores, pelo menos ao pai. A violência assenta, pois, na autoridade tradicional que sempre foi reconhecida ao pai — em contraste com o pequeno valor que se reconheceu à pessoa do filho, e num quadro de organização social em que o Estado não existia ou não intervinha.

Família tem a origem etimológica de fâmulos (criados) e significava o conjunto de parentes e de criados que viviam na mesma casa, sob as ordens de um pater, de um chefe.

Na origem, no direito romano primitivo, não havia dúvida de que o poder dos pais sobre os filhos abrangia o direito de os matar ou de os deixar viver.

2. Creio que ainda é obscura a história da Família ao longo dos primeiros mil anos da era de Cristo; desde há vinte ou trinta anos, porém, os historiadores estão cientes do que se passou na Idade Média e do que se modificou até aos nossos dias.

A Idade Média parece ter perdido a consciência da especificidade da infância, de tal modo que até os pintores, quando figuravam crianças, desenhavam corpos pequenos com cara de adultos.

A escola sem classes, a aprendizagem na rua, a alta mortalidade infantil não facilitava um investimento afectivo e o reconhecimento da pessoa da criança.

A criança não tinha nunca o estatuto de adolescente — passava de infante para homem pequeno. E esta passagem era feita através da convivência com os adultos, na rua, nas oficinas, ou em casa de família alheia, segundo a tradição da “aprendizagem”.

Num quadro destes talvez nem tivesse sentido identificar um problema social de violência sobre as crianças.

3. Nos séculos dezasseis e dezassete, os reformadores moralistas e os colégios das ordens religiosas começaram a recuperar, lentamente, o sentimento da infância, a ideia esquecida de que o jovem tem sentimentos específicos da sua idade, diferentes dos sen-

timentos dos adultos. Começou a longa caminhada no sentido da separação das crianças do mundo dos adultos, designadamente com a escolarização e com a escola organizada em classes segundo a idade.

4. Nos fins do séc. XVII já era patente um declínio da autoridade do pai, substituído pela autoridade das escolas na formação académica e profissional e pelas autoridades sanitárias. A Família, em suma, reduzia a sua intervenção e com isto diminuía a sua autoridade.

John Locke afirmava que a autoridade paterna era condicionada e dirigida para o auxílio, instrução e conservação do filho. (Mas outros teóricos da organização social defendiam ainda que só a restauração total de um poder absoluto, divino, poderia salvar a comunidade).

Mas durante muito tempo, os pais ainda podiam contar com a cooperação dos poderes públicos no exercício violento de autoridade. Assim, nos meados do séc. XVII, o procurador-geral de Paris ordenou um inquérito que mostrou crianças encarceradas, sem saber andar ou falar, apenas porque perturbavam um segundo casamento do pai; ou crianças de dez anos a quem o pai queria apenas deserdar.

O controlo do Estado sobre o modo como os pais exerciam a sua autoridade foi crescendo timidamente. Depois da Revolução francesa, por exemplo, as decisões de internar um filho num estabelecimento público de correcção passaram a ter de obter a concordância de um tribunal, sendo certo que até então bastava a anuência do chefe da polícia ou de uma entidade administrativa equivalente.

5. Só na segunda metade do séc. XIX foram produzidas leis que se destinavam a limitar o mau exercício da autoridade na Família e significavam, portanto, uma intromissão clara e firme do Estado numa esfera social que lhe estivera vedada até aí! (É sintomático que a primeira Sociedade inglesa para a protecção das

crianças tenha sido formada por iniciativa da sociedade protetora dos animais de Liverpool).

Em França, leis de 1889 e 1898 disciplinaram a intervenção da Assistência social, que podia chegar a privar os pais do direito de guarda sobre os filhos. Em Inglaterra, foram promulgadas leis semelhantes em 1880 e 1889.

O séc. XX marcou a afirmação plena da intervenção protetora do Estado, o carácter condicionado da autoridade paterna.

6. A legislação portuguesa acompanhou esta evolução que se registou nos países ocidentais.

A lei penal de 1886 não parecia tão clara como hoje na punição dos pais violentos, mas já previa expressamente o crime de exposição e de abandono de infantes (arts. 345.º a 348.º).

Na lei civil, o art. 141.º do nosso código de 1867 já previa que os pais pudessem "abusar" do exercício do poder paternal e condenava expressamente esse desvio.

Mas foi no Decreto de 27 de Maio de 1911 — a chamada Lei da Protecção à Infância — que se estabeleceram as bases de um verdadeiro sistema de tutela. A regulamentação destas bases legais não foi pacífica, apesar de se terem produzido vários diplomas. Só em 1962 se logrou uma Organização Tutelar de Menores com um alcance semelhante à regulamentação actual.

É certo que o Código Civil de 1966 ainda reconhecia expressamente aos pais um «poder de correcção» (art. 1884.º) que lhes permitia aplicar castigos corporais moderados; mas também eram claras as referências às limitações do poder dos pais que ficavam a cargo dos tribunais de menores, nos termos da legislação de 1962.

7. A Constituição de 1976, reconheceu às crianças um direito à protecção em face da sociedade e do Estado e referiu expressamente que as crianças têm direito a ser defendidas «contra o exercício abusivo de autoridade na família» (art. 69.º, n.º 2); (o texto final nem quis mencionar o que se lia na proposta: «o exercício abusivo do direito de correcção»).

A reforma do código civil de 1977 mostrou pudor de manter a redacção anterior do art. 1884.º (poder de correcção) que reconhecia aos pais o poder de «corrigir moderadamente o filho nas suas faltas». Hoje, o texto afirma discretamente que «os filhos devem obediência aos pais», embora ninguém pretenda que os pais tenham realmente perdido aquela faculdade de correcção, usando castigos corporais proporcionados e moderados.

Na lei penal vigente, de 1982, o art. 153.º pune os maus tratos ou a sobrecarga de menores, a crueldade e omissão do auxílio devido, ao menos nos casos em que se puder falar de malvez ou egoísmo dos pais. E o projecto do novo código aumenta esta protecção.

8. O Código Civil, na versão de 1977 que hoje vigora, é ainda mais subtil na protecção das crianças e dos jovens. Na verdade, a nossa lei não se limita a estabelecer os limites ao exercício da autoridade, ou as condições em que esse exercício passa a ser considerado abusivo. Não se limita a prever o que é ilícito aos pais. Mais do que isto, impõe aos pais um dever positivo de respeito pela personalidade dos filhos. Assim, os pais, «de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida» (art. 1878.º, n.º 2).

Para além desta disposição de carácter geral, e em consonância com ela, várias normas específicas prevêm o direito do menor influir ou decidir em assuntos relevantes da sua vida:

1886.º — os jovens de dezasseis anos decidem livremente sobre a sua educação religiosa;

1901.º, n.º 2 — os filhos maiores de catorze anos são ouvidos acerca de um desacordo dos pais num assunto de particular importância em que o tribunal seja chamado a desempatar;

1981.º, n.º 1, al. a) — os adoptandos com mais de catorze anos têm de concordar com a sua própria adopção;

1984.º — os filhos que o adoptante já tenha têm de afirmar que concordam com uma adopção que os seus pais queiram fazer;

Lei n.º 3/84, de 24 de Março, art. 5.º, n.º 1 — os menores têm o direito de recorrer a consultas de educação sexual e planeamento familiar, independentemente do consentimento dos pais, salvo erro.

Pode afirmar-se que o quadro legal português é claramente protector contra a violência na Família, como nunca fora. Isto é verdade no que se refere à violência física e também é verdade quanto à violência psicológica ou à falta de consideração pela pessoa do menor.

9. Apesar de tudo, incluindo a falta crónica de estatísticas, parece que a violência é muita; todos sentimos isso.

Por um lado a crise económica e as tensões que ela gera fazem desencadear os mecanismos típicos de frustração e de alívio sobre os mais fracos — e aí temos as formas mais brutais de violência física.

E não haverá aqui também vítimas, quando as mulheres requerem uma esterilização e pedem um certificado de esterilidade que lhes dá vantagens junto dos empregadores?

As crises económicas, além disto, têm feito retrair a intervenção do Estado, que procura transferir as suas responsabilidades para os meios privados de solidariedade social.

Por fim, talvez o próprio valor da criança esteja em fase de declínio.

Não é isto que se passa quando, na sequência de divórcios, em vez de se disputar a guarda dos filhos, os progenitores desentendem-se mas porque nenhum deles quer assumir o encargo de cuidar das crianças?

E, por paradoxal que pareça, não é também violência que um economicismo sem quartel leve os pais a exceder as capacidades e as inclinações dos filhos, forçando-os a uma super-pre-

paração escolar e cultural, na ânsia de os encaminhar para a vitória no seio de comunidades cada vez menos frugais e solidárias e cada vez mais competitivas? E aí estão formas subtis de violência psicológica e intelectual.

Por último, o decréscimo de natalidade não mostra que a criança perde o valor familiar e social que tinha?

É possível, lamentavelmente, que o famoso historiador da família Philippe Ariès tivesse razão quando previa, há alguns anos atrás, que o reinado da criança, construído laboriosamente ao longo dos últimos três séculos, esteja a chegar ao fim. Talvez a criança não consiga manter o estatuto de figura central do lar. Se assim for, em vez de ser tratada principescamente como um «precioso fardo», poderá vir a ser tratada com o desprezo — ou a violência — que se dispensa a um qualquer maçador.

O DIREITO DA FAMÍLIA (*)

I. Tenho a impressão — fundada, creio — de que as Leis da Família vigentes em Portugal são boas. Isto é, constituem um quadro jurídico dentro do qual se podem prosseguir os objectivos fundamentais do ordenamento: respeitar a dignidade individual, organizar de uma forma justa as relações entre pessoas que vivem numa particular proximidade, resolver conflitos que assumem, frequentemente, uma dimensão sentimental.

Por sorte nossa e mérito dos seus autores, as duas últimas grandes intervenções legislativas em Portugal produziram obras de categoria invulgar.

Em 1967, o Código Civil que nos rege significou um avanço enorme relativamente ao velho código de 1867 e às leis da 1.ª República. Bastaria a arrumação nítida das matérias e a clareza das soluções para justificar o elogio. E quanto mais se discordasse das orientações que consagrava, mais se devia reconhecer que a sistematização brilhante do diploma facilitava a sua própria contestação.

A mudança política de 1974 e a promulgação da nova Constituição da República impôs a reforma do Código Civil. Assim, em 1977, entrou em vigor o Decreto-Lei n.º 47 344, de 25

(*) Participação no painel «Família e Sociedade» do Colóquio Parlamentar «Ano Internacional da Família — que sequência?», realizado em Coimbra, em 13 de Março de 1995, no Auditório da Reitoria da Universidade de Coimbra.

de Novembro, que aprovava uma extensa alteração do Direito da Família.

Nesta Reforma de 1977 ficaram resolvidos os principais problemas legislativos que se debatiam nos países da nossa grande família cultural.

Em primeiro lugar, e por imperativo da Constituição, consagrou-se *o princípio da igualdade dos cônjuges*. As normas tradicionais que atribuíam ao marido o poder de decidir em todos os actos da vida conjugal, que lhe davam o exercício do poder paternal sobre os filhos menores, ou que lhe permitiam denunciar os contratos de trabalho celebrados pela mulher sem a sua autorização, foram substituídas por regras igualitárias. Hoje, e em resumo, o artigo 1671.º afirma que o casamento se baseia na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, e que a direcção da família pertence a ambos os cônjuges.

Em segundo lugar, a reforma de 1977, também em cumprimento do imperativo constitucional, estabeleceu a *igualdade de estatuto entre os filhos* nascidos do casamento e os filhos chamados «ilegítimos» na fórmula antiga. Assim, os direitos sucessórios tornaram-se iguais para todos; por outro lado, modificou-se o regime legal da acção de investigação da paternidade que, tal como estava organizada, constituía, por si só, uma forma de discriminação contra os investigantes (como tive oportunidade de escrever nessa época, embora esta ideia não fosse pacífica).

Em terceiro lugar, destaco uma outra alteração operada pela reforma de 1977. Tratou-se de uma alteração discreta num aspecto do Direito da Família que não se manifesta por uma conflitualidade evidente: refiro-me ao princípio básico que define *o conteúdo do poder paternal*. A alteração consistiu no seguinte: suprimiu-se a fórmula que permitia ao pai «corrigir moderadamente» o filho nas suas faltas e, no seu lugar, surge uma outra fórmula que, sem deixar de afirmar que os filhos têm de cumprir as ordens dos pais, sublinha que os pais devem ter em conta a opinião dos filhos, de acordo com a sua maturidade, e devem reconhecer-lhes «autonomia» na organização da sua própria vida.

Apesar de ter um efeito prático discreto, esta regra manifesta uma atitude de princípio saudável, com um alto valor pedagógico, ao menos dentro do sistema ou do «mundo jurídico». E tem sido acompanhada por certas normas concretas que impõem a audiência dos menores em certos assuntos importantes que lhes dizem respeito, quando não lhes dão, pura e simplesmente, o direito de decidir livremente.

Dito isto, pode admitir-se que temos, desde 1977, um regime jurídico da Família que assenta sobre bases igualitárias e que consagra regras fundamentais semelhantes às dos sistemas vigentes nos países da nossa esfera cultural.

Esta verificação serve-nos para admitir que, neste momento, não há razão para pretender ou para esperar reformas importantes na nossa legislação.

II. Estas afirmações não significam que o futuro das leis da Família esteja cumprido, para sempre! Na verdade, alguns aspectos do Direito vigente devem merecer a atenção do legislador quer porque o decurso do tempo se encarregou de envelhecer as leis, quer porque surgiram novos problemas carecidos de regulamentação.

Vou dedicar alguma atenção a estes aspectos, com um propósito de simples inventário.

a) Todos os sistemas jurídicos tiveram de resolver o problema da coexistência entre o casamento civil e o casamento religioso, segundo os vários ritos.

Em Portugal, depois do regime estabelecido pelas leis da República — que dava relevância exclusiva ao casamento civil, como seria de esperar, nessa época — a Concordata de 1940 veio admitir uma opção entre o casamento civil e o casamento católico, nos termos que vigoram ainda hoje. Segundo este regime, o Estado português reconhece validade e eficácia ao casamento católico, desde que se cumpram certos requisitos formais e substanciais que não importa referir. Assim, os cidadãos que professam a reli-

gião católica podem casar segundo as normas da sua Igreja, sabendo que, depois dessa celebração, ficam casados perante a Igreja e também perante o Estado; pelo contrário, os cidadãos que professam religiões diferentes da religião católica só ficarão casados em face do Estado se celebrarem um casamento civil, e só ficarão casados em face da sua religião se celebrarem um segundo casamento de acordo com o seu rito confessional.

Se tivermos em conta o carácter laico do Estado, que a actual Constituição da República perfilha convictamente, e se pretendermos dar uma expressão clara ao pluralismo cultural que marca as sociedades ocidentais contemporâneas, pode legitimamente duvidar-se do nosso «sistema matrimonial». De facto, ele tomou-se uma raridade no contexto internacional; todos os países preferem um sistema que só dá relevo jurídico ao casamento civil ou então adoptam um sistema que dá relevo jurídico ao casamento celebrado por qualquer confissão religiosa. De acordo com este último regime, o Estado não privilegia qualquer confissão; as várias confissões religiosas beneficiam de um tratamento semelhante.

b) Uma das regras básicas do regime patrimonial da família — o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e dos regimes de bens — não se encontra nos sistemas jurídicos mais conhecidos. Pior do que isto, há muito tempo que a doutrina portuguesa mais conceituada não lhe encontra uma razão clara.

Os vários países europeus prevêem normas muito diversas, é certo, mas com o traço comum de permitirem alterações dos regimes de bens do casamento, suscitadas pelas conveniências da vida patrimonial dos cônjuges. Também é certo que os sistemas jurídicos que admitem a mudança não podem afirmar que tudo corre bem e que essa faculdade de mudar não gera complicações; mas parecem convictos de que vale a pena pagar algum preço pela liberdade de conformar o estatuto patrimonial às necessidades da melhor gestão do património familiar.

Julgo que o legislador devia ocupar-se deste ponto do direito vigente.

c) Em terceiro lugar, admito que valeria a pena apreciar o estado em que se encontram os meios de coerção das obrigações de contribuir para as despesas domésticas e das obrigações de alimentos, tanto entre cônjuges como entre pais e filhos. Bem sei que as garantias de cumprimento das obrigações pecuniárias têm as suas fragilidades, porventura insuperáveis: se o devedor não cumpre e não tem património que garanta o cumprimento, não é seguro que o Direito possa valer ao credor insatisfeito. Mas também conhecemos os casos em que o devedor se coloca intencionalmente na situação de não poder cumprir ou esconde, pura e simplesmente, o património que tem, para se furtar ao cumprimento e à execução.

Estas obrigações com uma natureza alimentar — que servem para garantir o sustento, vestuário e habitação do credor — precisam de todas as ajudas que o sistema jurídico lhes puder dar. E, na verdade, o legislador tem mostrado um especial empenho, quer através de convenções internacionais quer através do direito penal ou das leis civis. Tratar-se-ia, pois, de averiguar se é possível alargar os meios especiais que já existem ou imaginar outros expedientes que auxiliem estes credores especialmente carecidos de protecção contra a mera infelicidade ou, noutros casos, contra o abuso torpe por parte dos devedores.

d) No âmbito do direito da filiação, a reforma de 1977 fez mais alterações do que estava obrigada a fazer. Para além de desenvolver o princípio constitucional da igualdade dos filhos, a comissão de reforma aproveitou o ensejo da remodelação necessária para alterar alguns regimes que não tinham sido afectados pelas regras constitucionais de 1976.

Uma das notas mais marcantes do direito que emergiu dessa época foi o respeito vincado pela verdade biológica dos vínculos de filiação. Esta atitude exprime-se em vários aspectos do regime mas pode resumir-se com o princípio expresso no artigo 1801.º do Código Civil: «Nas acções relativas à filiação são admitidos como meio de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados».

Este princípio surgiu numa altura em que os Institutos de Medicina Legal se apetrechavam de tal modo que as provas periciais puderam ser usadas, desde então, com uma frequência e uma segurança inéditas.

Esta evolução das capacidades periciais no sentido de averiguar a paternidade biologicamente verdadeira, e a utilização crescente que a jurisprudência tem feito delas, começa a sugerir alguma inadequação das normas processuais vigentes.

O direito processual está feito para as acções patrimoniais típicas, onde se jogam interesses particulares. Daqui resultam tanto o predomínio do princípio dispositivo como o modo como estão organizados os incidentes processuais, designadamente a intervenção de terceiros. Ora, estes quadros legais parecem não convir hoje às acções de filiação. Por um lado, não parece razoável tratar as acções de filiação como questões em que se jogam meros interesses particulares; de facto, o estabelecimento dos vínculos de parentesco é, evidentemente, uma questão de interesse público. Por outro lado, as capacidades técnicas dos laboratórios sugerem claramente que o juiz tenha maior liberdade de condução do processo, de tal modo, por exemplo, que possa fazer intervir como parte principal um sujeito estranho à acção, no sentido de averiguar a possibilidade de ele ser o pai biológico; de tal modo que possa prosseguir uma acção contra um sujeito diferente do réu, por ter fundadas razões para crer que esse novo réu é o progenitor.

Soluções como estas já começam a encontrar-se nos sistemas jurídicos mais desenvolvidos. Não sou um processualista, mas julgo que convinha formar um júízo técnico sobre a vantagem de criar um pequeno corpo de regras processuais especiais, adequadas às novas realidades das acções de filiação.

e) O nosso país vem debatendo, timidamente, os problemas emergentes das novas técnicas de procriação medicamente assistida. Sobretudo as intervenções que impliquem a colaboração de dadores, isto é, de pessoas estranhas ao casal, vão implicar a criação de regimes especiais. Há alguns anos tive a experiência de

projectar uma regulamentação completa sobre a utilização de meios de procriação assistida, sob a orientação do meu querido Professor Francisco Pereira Coelho; pude avaliar, nessa época, a extensão das modificações que se imporiam ao Direito da Família tradicional, no caso de o nosso país aceitar a generalização de tais processos.

Não sei em que ponto se encontram os trabalhos preparatórios que progrediam há algum tempo com base, salvo erro, em anteprojectos diferentes daquele em cuja elaboração participei.

III. Eis alguns aspectos do Direito da Família que o tempo se encarregou de envelhecer ou que as novidades técnicas vieram perturbar.

Porém, o enunciado destes temas, ou de outros que uma análise mais miúda sublinharia, se fosse oportuno fazê-la, confirma que o quadro fundamental do Direito da Família não precisa de modificações profundas. Depois da reforma de 1977, o regime legal precisa de repouso, para que a doutrina e a jurisprudência o compreendam e o apliquem com todas as suas virtualidades.

Sempre se farão sentir novas necessidades e o Diário de República, de vez em quando, há-de dar-nos a alegria de um preceito novo...

Mas parece-me claro que é de outras áreas de intervenção social que se podem esperar modificações relevantes para o progresso da instituição familiar. É noutros mundos, para além do Direito, que se têm de encontrar os remédios para o desemprego, para a insatisfação, para a violência — que comprometem a paz da vida familiar, que tornam pouco frutuosa a celebração de um Ano Internacional da Família e que justificam o cepticismo com que se pode encarar a sua «Sequência».

Resumo

As Leis da Família vigentes em Portugal constituem um quadro jurídico dentro do qual se podem prosseguir os objectivos fundamentais do ordenamento.

Na Reforma de 1977 ficaram resolvidos os principais problemas legislativos que se debatiam nos países da nossa grande família cultural.

Neste momento, não há razão para pretender ou para esperar reformas importantes na nossa legislação.

Estas afirmações não significam que alguns aspectos do direito vigente não devam merecer a atenção do legislador mas, depois da reforma de 1977, o regime legal precisa de repouso, para que a doutrina e a jurisprudência o compreendam e o apliquem com todas as suas virtualidades.

É de outras áreas de intervenção social que se podem esperar modificações relevantes para o progresso da instituição familiar.

A PROVA DIRECTA DO VÍNCULO BIOLÓGICO (*)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça,
de 10 de Maio de 1994

Sumário: — I. A paternidade biológica é a causa de pedir de todas as acções de investigação de paternidade. — II. O Assento de 21-6-83 determinou que, não dispondo o autor de uma presunção de paternidade, caber-lhe-ia demonstrar a exclusividade das relações sexuais entre o réu e a mãe do investigante. — III. A prova da paternidade biológica não pode ser feita directamente através de meios técnicos, nomeadamente através de exames hematológicos. — IV. Em consequência, não é possível formular um quesito no qual se pergunte se a gravidez de que nasceu o investigante resultou de relações entre a mãe deste com o investigado.

Acordam, em conferência, no Supremo Tribunal de Justiça:

1. Nos presentes autos de Revista, vindos do Tribunal da Relação de Coimbra, em que são, Recorrente, o M. P. e Recorrido, José Torres, está em causa o Acórdão daquele Tribunal de fls. 161 e segs., que aqui se dá por reproduzido.

2. No dia 14-4-1986, na freguesia de Vila Maior, concelho de S. Pedro do Sul, nasceu um indivíduo do sexo masculino, a quem foi posto o nome de Diogo, o qual foi registado como filho de Maria Almeida, solteira.

(*) Publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 128.º (1995), pp. 180-6.

O menor seria filho perfilhável do ora Recorrido, tendo a acção de investigação sido declarada viável por despacho do Tribunal de S. Pedro do Sul, no respectivo processo de averiguação oficiosa de paternidade.

3. Daí ter o digno Agente do M. P. da Comarca de Viseu vindo propor contra o já referido José Torres a presente acção ordinária de investigação de paternidade, que foi distribuída ao 3.º Juízo e à 1.ª Secção daquele tribunal.

3.1. Na respectiva petição inicial pede o Autor que seja reconhecido judicialmente o menor Diogo como filho do Réu para todos os efeitos legais.

Alega que a gravidez de que resultou o nascimento do menor foi fruto das relações sexuais mantidas entre a mãe deste e o Réu, no período legal da concepção, ou seja, nos primeiros 120 dias dos 300 que precederam o nascimento do menor.

3.2. Na contestação conclui o Réu pela improcedência da acção e pela sua absolvição do pedido.

Nega a paternidade do menor e nomeadamente que tenha tido relações de sexo com a mãe do menor no período legal da concepção, embora admita que tenha, tido tais relações antes desse período.

E alega que no mesmo período a mãe do menor teve relações de sexo com outros homens.

3.3. Na sentença foi a acção julgada procedente e provada e o menor Diogo declarado, para todos, os efeitos legais, filho de José Torres.

4. Desta sentença interpôs o Réu recurso de Apelação para o Tribunal da Relação de Coimbra.

Este Tribunal, por Acórdão de fls. 161 e segs., concedeu provimento ao recurso, revogou a decisão recorrida e alterou as respostas aos quesitos na parte em que admitem o relacionamento sexual do Réu

com a mãe do menor no período legal da concepção, com exclusividade, e quanto à atribuição da paternidade ao Réu, pela população local; julgou a acção improcedente e absolveu o Réu do pedido.

5. É deste Acórdão que o Digno Agente do M. P. junto do Tribunal da Relação de Coimbra traz o presente recurso.

O recurso foi minutado e contraminutado.

O Ilustre Representante do M. P. junto deste Supremo Tribunal deu a sua concordância, às alegações do M. P. junto da Relação.

Após os vistos legais, cumpre decidir:

6. Nas suas alegações, formula o Recorrente a sua pretensão e os seus fundamentos e indica a lei violada.

6.1. Pretende o Recorrente seja anulado o julgamento para formulação de um quesito novo no qual se pergunte se a gravidez de que nasceu o menor Diogo resultou das relações de sexo mantidas pelo Réu com a mãe daquele.

6.2. Formula para tanto as seguintes conclusões:

1.ª Na acção de investigação de paternidade, a causa de pedir é o facto jurídico da procriação.

2.ª A prova da veracidade desse facto pode hoje ser feita directamente através dos meios científicos e outros actualmente disponíveis, não sendo pois o Assento n.º 4/83, desde que interpretado restritivamente, obstáculo a que, em face dos resultados a que tais meios de prova conduzem, a acção possa ser julgada procedente sem se provar a exclusividade no período legal de concepção.

3.ª Por isso, e mais não sendo a prova da exclusividade das relações sexuais que uma espécie de sucedâneo indutivo da paternidade biológica, de que se pode prescindir é hoje possível e tecnicamente correcto quesitar se a gravidez de que nasceu o investigando resultou das relações da mãe deste com o investigado, posto que o questionário deve versar os factos articulados que interessem à decisão.

4.ª No caso, esse facto não foi levado ao questionário e, por isso, o colectivo sobre ele não se pronunciou, estando assim também vedado ao Tribunal da Relação fazê-lo, por se tratar de uma questão nova e diferente.

5.^a No entanto, o Acórdão em apreço, ao alterar como alterou o sentido das respostas aos quesitos, nos termos do artigo 712.^o, n.^o 1, *a*), do CPC, por forma a desvirtuar desde logo a prova relativa ao quesito da exclusividade, indutivo da paternidade biológica, não podia deixar de retirar daí todas as ilações e de ponderar as possíveis consequências que, no quadro daquele mesmo artigo, uma tal decisão poderia implicar.

6.^a Uma dessas consequências, face à margem de dúvida e incerteza assim criada em torno de um dos pontos da matéria relevante, teria de passar necessariamente pela indispensabilidade da quesitação directa do facto jurídico da procriação, para oportuna resposta pelo Tribunal Colectivo, anulando para tanto o julgamento, de modo a fazer-se assim uso correcto e integral dos poderes conferidos pelo citado artigo 712.^o, n.^o 1, *a*) e *h*), e ordenando-se a formulação de um novo quesito no qual se perguntasse se a gravidez de que nasceu o menor Diogo resultou das relações de sexo mantidas pelo Réu com a mãe daquele.

6.3. Ao decidir de forma diferente, o Acórdão recorrido violou, designadamente, os artigos 511.^o, n.^o 1, 650.^o, *f*), e 712.^o, n.^o 2, do CPC.

7. Nas suas contra-alegações assume o Recorrido uma posição totalmente antagónica.

7.1. Assim, entende que é de negar a Revista e de confirmar a decisão recorrida.

7.2. E isto porque:

1.^o — O Tribunal da Relação julgou definitivamente a matéria de facto.

2.^o — O questionário continha todos os quesitos necessários ao julgamento em causa.

3.^o — «Porém, a Relação entendeu que a matéria de facto alegada pelo Autor não se provara e julgou em conformidade.

7.3. Deste modo não se verificam os vícios invocados pelo digno Agente do M. P.

8. A única questão a resolver consiste em saber, pois, se é possível provar directamente o facto jurídico da procriação e se,

consequentemente, deveria ter sido formulado um quesito sobre esse facto.

9. Da especificação e das respostas aos quesitos estas, alteradas, em parte, pela Relação, nos termos do artigo 712.^o, n.^o 1, *a*), do CPC, resultam provados os seguintes factos:

a) Em 14-4-1986, em Vila Maior, S. Pedro do Sul, nasceu o menor Diogo, o qual foi registado em 22-4-1986, como filho de Maria Almeida, solteira, doméstica, nascida em 2-1-1964.

b) A presente acção foi viabilizada por despacho proferido no Tribunal de S. Pedro do Sul (A.O.P. 39/86, doc. n.^o 4B).

c) Por três ou quatro vezes, a Maria e o Réu encontraram-se no Café.

d) Uma vez o Réu telefonou para o Café a perguntar pela Maria, indo depois lá ter com ela.

e) Esta teria telefonado algumas vezes ao Réu, de casa da Elisa.

f) A mãe do menor é considerada moça séria, sendo certo que, antes de andar com o Réu, ela saía, às vezes, com rapazes.

g) Dizia-se que a paternidade era atribuída mais ao Torres, mas também se punha a dúvida se não seria outro — resp. aos ques. 1.^o a 11.^o, alteradas pela Relação.

h) Algum tempo depois de se conhecerem, o Réu e a mãe do menor deram alguns passeios de carro — 12.^o

10. Vejam a questão posta:

Dispõe o artigo 342.^o, n.^o 1, do CC:

1. «Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado».

Actualmente, após a entrada em vigor do DL n.^o 496/77, de 25-11, deixaram de existir os pressupostos de admissibilidade da acção de investigação de paternidade e passou a haver tão-só presunções de paternidade — cfr. artigo 1871.^o do CC.

Antes do referido Decreto, nas acções officiosas de investigação de paternidade já a causa de pedir era a paternidade biológica.

Actualmente, a paternidade biológica, é a causa de pedir de todas as acções de paternidade, como é reconhecido no Assento deste Supremo Tribunal de 21-6-83, *BMJ* 328-297.

Já o Assento deste Supremo Tribunal de 25-7-78, *BMJ* 279-79, estabelecerá que a averiguação da filiação biológica constitui matéria de facto da exclusiva competência das instâncias.

Porém, actualmente, a distinção entre acções oficiosas e não oficiosas deixou de ter relevância; a distinção relevante é agora a que existe entre acções que se baseiam numa presunção de paternidade e acções que se baseiam na simples paternidade biológica — cfr. o primeiro dos Assentos citados.

Nestas últimas, haverá que provar o facto da paternidade biológica.

Mas esta prova poderá ser feita directamente através de meios técnicos, nomeadamente o exame hematológico?

Responde o citado Assento de 21-6-83 que não; efectivamente, dado o actual estado da ciência, ainda não é possível estabelecer um juízo de certeza baseado em tal exame.

De modo que a questão que se põe — e que o citado Assento resolveu — é a de saber se basta provar que a mãe do investigante manteve relações sexuais com o investigado no período legal da concepção, ou se é necessário provar ainda que ela as não manteve, nesse período, com qualquer outro homem.

Como é sabido, o Assento perfilhou a segunda alternativa, ao estabelecer que, «na falta de uma presunção legal de paternidade, cabe ao autor, em acção de investigação, fazer a prova de que a mãe, no período legal da concepção, só com o investigado manteve relações sexuais».

Deste modo, interpretar restritivamente o Assento, como pretende o recorrente, no sentido de que é possível actualmente fazer a prova directa da filiação biológica, através de meios científicos, desprezando o facto de haver ou não a exclusividade [equivale] a tirar ao mesmo todo o seu significado, ou seja, reduzi-lo a nada.

Tudo se passaria, na lógica do Recorrente, como se não houvesse Assento.

E então sim, a tese do Recorrente poderia basear-se no aliás douto Parecer do M. P. proferido no processo n.º 69 813, ou seja, no processo de que emergiu o Assento publicado no *BMJ* 328-283.

Mas o Assento não consagrou a tese defendida no referido Parecer.

Assim, não é possível, actualmente, formular um quesito no qual se pergunte se a gravidez de que nasceu o investigante resultou das relações da mãe deste com o investigado.

Deste modo, a Relação não tinha de anular o julgamento para que fosse formulado um novo quesito nesse sentido, nos termos dos artigos 712.º, n.º 2, e 650.º, n.º 2, *f*), do CPC.

11. Conclui-se que a Relação, ao decidir como decidiu, não violou qualquer disposição legal, nomeadamente, os artigos 511.º, n.º 1, 650.º, *f*), e 712.º, n.º 2, do CPC; e que não é possível a este Supremo Tribunal alterar a decisão da mesma Relação, quanto à matéria de facto, nos termos dos artigos 722.º, n.º 2, e 729.º, n.º 2, do CPC; não sendo caso, por outro lado, de ampliação da matéria de facto, nos termos do artigo 729.º, n.º 3, do CPC.

12. Nestes termos, negam a Revista e confirmam a decisão recorrida.

Sem custas, dada a isenção do Recorrente — artigo 3.º, n.º 1, *c*), do CCJ.

Lisboa, 10 de Maio de 1994. — *Correia de Sousa — Silva Caldas — Cardoso Ferreira* (voto a decisão, admitindo porém, que, em certos casos, o falado Assento é passível de interpretação restritiva).

ANOTAÇÃO

Depois de uma decisão que condenou o réu, a Relação de Coimbra não aceitou as respostas a alguns dos quesitos que se referiam às relações sexuais entre o réu e a mãe do menor, e à

exclusividade destas relações. E revogou a primeira decisão, certamente por entender que faltava a prova da exclusividade.

Em recurso, o Agente do Ministério Público afirmou que devia ter sido formulado um quesito no qual se perguntaria se a gravidez de que nasceu o filho tinha resultado das relações sexuais entre o réu e a mãe do menor. Assim se havia de *procurar, directamente, a prova do vínculo biológico* entre o menor e o réu, independentemente da exclusividade das relações entre o réu e mãe do interessado.

O Supremo Tribunal negou a possibilidade de se fazer a prova do vínculo biológico «(...) directamente através de meios técnicos, nomeadamente o exame hematológico». Fundamentou a decisão no respeito devido ao Assento de 21-6-83, que teria tornado indispensável a demonstração da *exclusividade* das relações sexuais entre o réu e a mãe do menor e teria excluído a possibilidade de se fazer a *prova directa* do vínculo biológico.

Não me parece que o referido Assento imponha esta decisão.

O Assento de 21-6-83 diz assim: «Na falta de uma presunção legal de paternidade, cabe ao autor, em acção de investigação, fazer a prova de que a mãe, no período legal da concepção, só com o investigado manteve relações sexuais».

Os subscritores do Assento de 1983 estavam empenhados em resolver um conflito que opunha duas teses jurisprudenciais.

De um lado, decidia-se que o autor só tinha de provar as relações sexuais entre o réu e a mãe do interessado; valia ao autor uma tradicional presunção de fidelidade das mulheres, de tal modo que era o réu que ficava onerado com a demonstração de que a mãe do menor tinha mantido coabitação com outro homem (Ac. do S.T.J., de 21-11-79).

De outro lado, decidia-se que o autor, na falta de uma presunção legal, tinha de provar as relações sexuais entre o réu e a mãe do menor e, também, que a mulher não tinha mantido relações com outros homens. Este segundo facto — o da exclusividade das relações — era considerado como um facto constitutivo da pretensão do autor (Ac. do S.T.J., de 16-6-81).

Perante este conflito de jurisprudência, o Plenário do Supremo, em 1983, decidiu bem, optando pela segunda orientação ⁽¹⁾. Os subscritores do Assento entenderam que a simples prova da coabitação só mostrava a *possibilidade* de o réu ser o pai; e que o autor teria de se esforçar mais se quisesse convencer o tribunal da *probabilidade* de o investigado ser o progenitor. Com este espírito escreveram que «(...) a paternidade real ou se determina por meios técnicos ou só pode ter-se por demonstrada quando a mãe, durante o período legal da concepção, não manteve relações sexuais senão com o investigado» ⁽²⁾.

Os autores do Assento estavam cientes de que a prova livre do vínculo biológico podia obter-se com meios científicos, designadamente através de exame hematológico. Mas supunham que os meios técnicos, embora existissem no estrangeiro, não estavam disponíveis entre nós ⁽³⁾.

Importa reter, neste momento, duas coisas: primeiro, que o Plenário quis, sobretudo, afastar a corrente judicial que onerava o autor apenas com a prova da coabitação; segundo, que o Plenário sabia que a prova directa do vínculo biológico se fazia nos laboratórios estrangeiros, embora supusesse que ela não estava ao nosso alcance e, portanto, não teríamos outro remédio senão o de continuar a usar a velha prova da exclusividade.

⁽¹⁾ Com o acordo de ANTUNES VARELA, nas páginas da *Revista de Legislação e de Jurisprudência* — cfr. o ano 116.º, pp. 317 e segs.

⁽²⁾ *Loc. cit.*, p. 316.

⁽³⁾ Nas acções em que o autor não dispõe de uma presunção legal «... cabe ao autor provar aquele vínculo, através, inclusivamente, de exames de sangue e de quaisquer outros cientificamente comprovados (art. 1801.º, na sua actual redacção). Lá fora, são já correntes certos meios científicos que permitem apurar a paternidade biológica com um muito alto grau de probabilidade. Ainda há pouco se noticiava que um juiz norte-americano decide rapidamente as acções de investigação mediante uma série de 3 HLA (antígeno do leucócito humano). Não é o que, por enquanto, sucede entre nós. De maneira que se põe a questão de saber que precisa o autor de provar, se não beneficia de uma presunção de paternidade: tão-só que a mãe manteve relações sexuais com o investigado (...) ou ainda que ela as não manteve (...) com qualquer outro homem?» — *R.L.J.*, ano 116.º, p. 315.

Se estas afirmações forem verdadeiras, então pode dizer-se que o texto do Assento, tal qual se lê, é demasiado amplo, mais amplo do que a razão que o ditou. Parece-me justo fazer uma interpretação restritiva da norma, tal como pretendia o Agente do Ministério Público que recorreu do Acórdão da Relação.

O texto, tal qual se lê, impõe ao autor, em todas as acções de investigação, que faça a prova da exclusividade das relações sexuais entre o investigado e a mãe do menor.

Porém, essa prova não é necessária sempre que se possa demonstrar o vínculo biológico por outros meios — através de meios científicos.

Os autores do Assento sabiam e escreveram isso.

Os Senhores Conselheiros podiam mesmo ter redigido a norma dizendo apenas o que era, naquele momento, fundamental: que a simples prova da coabitação não bastava. Este é que era o «tema da decisão» e mantém-se como a questão normativa básica do Assento. Se o tivessem feito, o Plenário teria cumprido a sua missão. Mas quiseram redigir a norma de uma forma positiva, esclarecendo qual era o ónus do autor. Então, como davam por certo que os nossos laboratórios não tinham meios iguais aos que existiam no estrangeiro, só lhes restava impor a única prova possível — a prova da exclusividade.

Não era importante, para os Senhores Conselheiros, restringir a prova admissível à prova da exclusividade. Se apenas mencionaram este facto, isto não se deveu a uma opção de regime, mas tão-só à circunstância de pensarem que não havia outra coisa que o autor pudesse exhibir, para acrescentar à prova da coabitação.

Dizendo de outro modo: em face do preâmbulo do Assento, julgo que os seus autores, se estivessem convencidos de que a prova directa do vínculo biológico era praticável nos laboratórios portugueses, teriam usado uma redacção que a admitisse.

Parece-me claro que a razão da norma do Assento era, pois, exigir que o autor provasse mais do que a simples coabitação do réu com a mãe do menor, de tal modo que a mera possibilidade de o réu ser o pai se transformasse numa probabilidade de ele ser o progenitor. E tanto fazia, para os Senhores Conselhei-

ros, que esse suplemento de prova se obtivesse através da demonstração da exclusividade como através de um exame laboratorial.

Creio, portanto, que a letra do Assento, definindo o modo específico como o autor havia de cumprir o seu ónus probatório, trai a intenção do Plenário, trai a razão da norma do Assento.

Não tem sentido aplicar a norma para além da razão que a ditou. Por este motivo é que se fazem interpretações restritivas.

Nestas condições, a norma do Assento, que impõe ao autor o ónus da demonstração da exclusividade, sob pena de improcedência do pedido, deve restringir-se aos casos em que não é possível fazer a prova directa do vínculo biológico, por meios laboratoriais.

Não me parece acertado, também, dizer que a interpretação restritiva do Assento significa «reduzi-lo a nada».

O Assento de 1983 aplica-se sempre no ponto em que afirma que não basta ao autor provar a coabitação, sem mais. Este foi o grande problema que o Plenário teve de resolver, em face das decisões contraditórias que justificaram a sua intervenção. Ou seja: o Assento aplica-se sempre na matéria principal que o justificou.

Só não deve aplicar-se sempre no ponto em que definiu o ónus do autor e exigiu sempre a prova da exclusividade. Esta exigência foi, confessadamente, uma exigência datada e sugerida pela convicção de que os nossos laboratórios não estavam apetrechados para fornecer provas directas do vínculo biológico que os Senhores Conselheiros conheciam e aceitavam.

Ainda aqui, porém, o Assento aplica-se sempre que não for possível usar meios científicos de prova. Assim acontecerá quando os exames não forem pedidos, quando houver recusa de submissão aos testes ou quando os resultados forem inconclusivos. Nestes casos, a prova da exclusividade continua, como dantes, a ser a única prova bastante para que o pedido proceda.

Se se aplicar, pura e simplesmente, a letra do Assento, a acção tem de improceder sempre que o autor não consiga provar a exclusividade, embora ele disponha de provas científicas que afirmam a paternidade.

Este resultado, além de injusto, viola o artigo 1801.º do Código Civil, que considera admissíveis todos os meios de prova cientificamente comprovados.

Mas é óbvio que os autores do Assento não quiseram impor que a prova da exclusividade fosse o único meio de demonstrar o vínculo biológico; não quiseram afastar o princípio expresso no artigo 1801.º, e logo no âmbito das investigações de paternidade, onde ela tem a maior aplicação. Apenas entendiam que, em 1983, a prova da exclusividade era o único meio disponível, em Portugal.

Nos últimos anos, os laboratórios portugueses praticam exames que podem concluir por uma afirmação da paternidade. Não só os exames hematológicos a que se referiam os autores do Assento — exames que usaram técnicas desenvolvidas pelas transplantações — mas também exames que usam técnicas que incidem sobre o ADN, desenvolvidas pela genética molecular.

Pode continuar a dizer-se que a afirmação da paternidade ainda se funda numa probabilidade, e não numa certeza; mas trata-se de uma probabilidade muito mais alta do que aquela que os tribunais usam, quotidianamente, para fundamentar todas as suas convicções e as suas sentenças.

Creio, em suma, que o Assento de 1983 deve ser interpretado restritivamente, de acordo com as razões que o ditaram; de acordo com a regra da admissibilidade dos meios de prova científica, expressa pelo artigo 1801.º do Código Civil; de acordo com as possibilidades actuais da biologia forense portuguesa; de harmonia, por fim, com um entendimento justo do regime que vale para as acções de investigação da paternidade.

SOBRE O CONTRATO-PROMESSA DE PARTILHA DE BENS COMUNS (*)

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra,
de 28 de Novembro de 1995

Sumário: — I. *Antes da dissolução do casamento, não é válida a partilha convencional dos bens comuns.* — II. *Porém, estando os cônjuges separados de facto e perspectivando o divórcio, é válida a promessa de partilha de bens comuns, uma vez que, em tal hipótese, se não verifica a ratio legis do artigo 1714.º do Código Civil, de proteger interesses de terceiros e de cada um dos cônjuges contra o ascendente conseguido pelo outro.*

Acordam na Relação de Coimbra:

Na comarca de Aveiro, em 18-9-92, Augusta Ratola propôs contra Carlos Branco uma acção ordinária. Baseando-se no artigo 830.º, n.º 1, do Código Civil (salvo indicação em contrário, pertencerão a este diploma todos os artigos que citarmos) pediu que fosse proferida sentença que, substituindo a declaração negocial em falta do réu, declarasse definitivamente adjudicados e transmitidos para a titularidade exclusiva da autora, em propriedade plena, os bens identificados no contrato promessa de partilha junto a fls. 22 e segs., designadamente o imóvel e o respectivo recheio. O réu contestou, por excepção e por impugnação, tendo alegado, além do mais, que o contrato é insusceptível de execução específica por ter sido denunciado, e também resolvido, quer expressa, quer tacita-

(*) Publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 129.º (1996), pp. 274-88.

Este resultado, além de injusto, viola o artigo 1801.º do Código Civil, que considera admissíveis todos os meios de prova cientificamente comprovados.

Mas é óbvio que os autores do Assento não quiseram impor que a prova da exclusividade fosse o único meio de demonstrar o vínculo biológico; não quiseram afastar o princípio expresso no artigo 1801.º, e logo no âmbito das investigações de paternidade, onde ela tem a maior aplicação. Apenas entendiam que, em 1983, a prova da exclusividade era o único meio disponível, em Portugal.

Nos últimos anos, os laboratórios portugueses praticam exames que podem concluir por uma afirmação da paternidade. Não só os exames hematológicos a que se referiam os autores do Assento — exames que usaram técnicas desenvolvidas pelas transplantações — mas também exames que usam técnicas que incidem sobre o ADN, desenvolvidas pela genética molecular.

Pode continuar a dizer-se que a afirmação da paternidade ainda se funda numa probabilidade, e não numa certeza; mas trata-se de uma probabilidade muito mais alta do que aquela que os tribunais usam, quotidianamente, para fundamentar todas as suas convicções e as suas sentenças.

Creio, em suma, que o Assento de 1983 deve ser interpretado restritivamente, de acordo com as razões que o ditaram; de acordo com a regra da admissibilidade dos meios de prova científica, expressa pelo artigo 1801.º do Código Civil; de acordo com as possibilidades actuais da biologia forense portuguesa; de harmonia, por fim, com um entendimento justo do regime que vale para as acções de investigação da paternidade.

SOBRE O CONTRATO-PROMESSA DE PARTILHA DE BENS COMUNS (*)

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra,
de 28 de Novembro de 1995

Sumário: — I. *Antes da dissolução do casamento, não é válida a partilha convencional dos bens comuns.* — II. *Porém, estando os cônjuges separados de facto e perspectivando o divórcio, é válida a promessa de partilha de bens comuns, uma vez que, em tal hipótese, se não verifica a ratio legis do artigo 1714.º do Código Civil, de proteger interesses de terceiros e de cada um dos cônjuges contra o ascendente conseguido pelo outro.*

Acordam na Relação de Coimbra:

Na comarca de Aveiro, em 18-9-92, Augusta Ratola propôs contra Carlos Branco uma acção ordinária. Baseando-se no artigo 830.º, n.º 1, do Código Civil (salvo indicação em contrário, pertencerão a este diploma todos os artigos que citarmos) pediu que fosse proferida sentença que, substituindo a declaração negocial em falta do réu, declarasse definitivamente adjudicados e transmitidos para a titularidade exclusiva da autora, em propriedade plena, os bens identificados no contrato promessa de partilha junto a fls. 22 e segs., designadamente o imóvel e o respectivo recheio. O réu contestou, por excepção e por impugnação, tendo alegado, além do mais, que o contrato é insusceptível de execução específica por ter sido denunciado, e também resolvido, quer expressa, quer tacita-

(*) Publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 129.º (1996), pp. 274-88.

5 — A escritura pública de partilha será celebrada logo que legalmente possível, podendo qualquer dos outorgantes proceder à sua marcação e instrução...

6 — As tomas devidas serão pagas no acto de outorga daquela escritura pública, em dinheiro, ou cheque visado.

7 — Ambas as partes se comprometem a..., qualquer delas podendo exigir a sua execução específica.

f) Por iniciativa da autora, o réu foi avisado em 3-7-92, através de notificação judicial avulsa, para comparecer na Secretaria Notarial de Aveiro no dia 15 daquele mês e ano, pelas 17 horas, a fim de outorgar a prometida escritura pública de partilha.

g) A escritura não foi celebrada porque o réu não compareceu, nem se fez representar.

2.3. — Segundo o disposto no artigo 1714.º, n.º 1, fora dos casos previstos na lei não é permitido alterar, depois da celebração do casamento, nem as convenções antenupciais nem os regimes de bens legalmente fixados.

E acrescenta-se no n.º 2 deste mesmo artigo que se consideram abrangidos por tais proibições os contratos de compra e venda e sociedade entre os cônjuges, *excepto quando estes se encontrem separados judicialmente de pessoas e bens*.

Consagra-se neste preceito o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens resultante da lei; princípio da imutabilidade que, como se infere da leitura conjugada das duas normas transcritas, abrange as cláusulas da convenção que tiver sido celebrada, as regras legais atinentes à administração ou disposição de bens e ainda a situação concreta dos bens dos cônjuges que interessa às relações entre estes.

No Código Civil Anotado de Pires de Lima e Antunes Varela, citando-se um trabalho do primeiro destes autores publicado na *RLJ*, escreve-se o seguinte, a este propósito:

«Todas estas regras... se harmonizam com a ideia geral de que não podem os cônjuges modificar o seu estatuto patrimonial depois da celebração do casamento. Não podem bens próprios entrar na

comunhão, não podem bens comuns ser atribuídos em propriedade exclusiva a qualquer deles; não podem ser transmitidos, onerosa ou irrevogavelmente, os bens de um para o outro» (1).

São conhecidos os fundamentos deste princípio, que não é aliás seguido por muitas legislações, até mesmo na Europa Ocidental.

Com ele pretende o legislador obter dois resultados fundamentais:

1.º — Esconjurar o perigo de que um dos cônjuges, servindo-se da supremacia psicológica, do ascendente hipoteticamente adquirido sobre o outro com o decurso do tempo, consiga alterações favoráveis aos seus interesses individuais;

2.º — Salvar os interesses de terceiros, expostos a sacrifícios eventualmente graves no caso de ser autorizada a livre modificabilidade das convenções antenupciais.

O vendedor que, escreve o Prof. Antunes Varela, «tivesse vendido a crédito certos artigos, na expectativa de poder executar determinados bens próprios da compradora, casada em regime de separação, ficaria grave e injustamente lesado, se os cônjuges convencionassem depois disso o regime da comunhão geral, sujeitando-o à moratória forçada que protege a meação do cônjuge devedor nos bens comuns» (2).

2.4. — Pelo divórcio, cessam as relações patrimoniais entre os cônjuges, recebendo então cada um deles pela partilha do casal os seus bens próprios e a sua menção no património comum, e conferindo o que a este dever — artigos 1688.º e 1689.º

Enquanto o casamento dura, os bens do casal constituem um património a que a lei atribui determinada autonomia e que per-

(1) Cfr. *Código Civil Anotado*, vol. IV, pág. 399, e *RLJ*, ano 99.º, pág. 172. No mesmo sentido, Rita Lobo Xavier, no comentário ao acórdão do STJ de 26-5-93, publicado na *RDES*, 1994, pág. 155.

(2) *Direito da Família*, 1.º vol., 3.ª ed., pág. 430.

tence em comum ao marido e à mulher, embora sem repartição por quotas ideais (a comunhão com quotas é própria da propriedade).

Dissolvendo-se o casamento, dissolve-se a comunhão conjugal; e por isso é que só nesta altura, através da partilha judicial ou extrajudicial, pode concretizar-se o direito de cada um dos cônjuges sobre os bens que integram a comunhão (artigo 2101.º do CC; artigo 1404.º do CPC).

Não assim na compropriedade propriamente dita, que é susceptível de dissolução por simples acto de vontade de qualquer dos comproprietários, a todo o tempo, salvo se tiver sido convencionalmente a indivisão (direito potestativo extintivo — artigo 1412.º do CC).

Daí que a partilha convencional dos bens comuns antes da dissolução do casamento não seja válida.

2.5. — O contrato-promessa, por seu turno, consiste na convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato (artigo 410.º, n.º 1).

De harmonia com este preceito, são aplicáveis ao contrato-promessa as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas as relativas à forma e as que, por sua natureza, não se devam considerar extensivas ao contrato promessa (princípio da equiparação).

Isto quer dizer que, para se saber se certa norma reguladora do contrato prometido deve ou não aplicar-se ao contrato promessa que o antecedeu, é necessário ter em atenção o respectivo fundamento ⁽³⁾.

Do que ficou dito podemos extrair duas ilações, com relevo para o desenvolvimento da análise do caso *sub judice*:

A primeira é a de que a proibição dos cônjuges partilharem

⁽³⁾ Neste sentido, cfr. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 5.ª ed., pág. 326, e Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, 7.ª ed., I, pág. 329.

os bens comuns do casal na pendência do casamento não é uma consequência do princípio da imutabilidade do regime de bens, mas sim algo que decorre necessariamente da própria definição, afectação e natureza jurídica daquela massa patrimonial;

A segunda é a de que se impõe averiguar se a razão de ser do princípio estabelecido no artigo 1714.º exclui ou não a sua aplicação ao contrato-promessa de partilhas: concluindo-se que exclui, ficará posta em causa a proposição à volta da qual a sentença da 1.ª instância foi estruturada — a de que o contrato-promessa ajuizado, por violar o dito princípio, é nulo, e nesse caso será preciso, porventura, corrigir ou alterar a decisão impugnada, no todo ou em parte, perspectivando o caso por outros ângulos.

2.6. — Ora, vê-se sem qualquer espécie de dúvida das cláusulas contratuais transcritas que o contrato-promessa celebrado pelas partes é um contrato sob condição suspensiva, tal como a define o artigo 270.º: a autora e o réu, então ainda unidos pelo vínculo do casamento, subordinaram a produção dos seus efeitos a um acontecimento futuro e objectivamente incerto, que seria, justamente, o divórcio a decretar.

Parece que, rigorosamente, a condição assinalada é uma condição imprópria, uma verdadeira *condição legal*, visto que, como decorre do exposto (*supra*, n.º 2.4.), o divórcio dos cônjuges apresenta-se como uma circunstância posterior ao contrato-promessa, que a lei — não a vontade das partes — exige como requisito da sua eficácia ⁽⁴⁾.

Sendo este, em síntese, o quadro de normas e princípios em função do qual temos de raciocinar, vejamos, então, se a *ratio legis* do artigo 1714.º que atrás enunciámos colhe ou não no caso (que é o presente) de promessa de partilha sob condição suspensiva.

⁽⁴⁾ Cfr., sobre este ponto, Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, pág. 437, e Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, pág. 220.

Protecção dos interesses de terceiros:

Manifestamente, esta questão não se põe, uma vez que a modificação na situação concreta dos bens do casal só ocorre após o divórcio, sendo certo que a partir de então deixa de haver legítimas expectativas de terceiros a proteger.

No caso presente é de notar, até, que o pagamento das tornas acordado no contrato-promessa reportaram-no as partes à data da escritura pública a realizar, ou seja à data do contrato prometido, que teria lugar depois de verificada a condição de que ficou dependente (o divórcio). Isto significa que, na realidade, não houve antes do divórcio e da partilha uma alteração da situação concreta dos bens do casal, expressa no cumprimento recíproco das prestações acordadas, passível de se reflectir na consistência prática de direitos entretanto adquiridos por terceiros sobre bens comuns do casal.

Protecção de um dos cônjuges contra o ascendente conseguido pelo outro:

A este respeito, importa notar, em primeiro lugar, que a lei não proíbe as doações entre cônjuges, a não ser que vigore entre eles, imperativamente, o regime da separação de bens (artigo 1762.º); e embora seja certo que as doações podem ser a todo o tempo livremente revogadas, sem que ao doador seja lícito renunciar a tal direito (artigo 1765.º), não pode pôr-se em dúvida, cremos nós, que o risco de o cônjuge donatário se aproveitar do ascendente obtido sobre o cônjuge doador está então bem presente. Perante esta concessão legal, é lícito ao intérprete concluir o seguinte: o legislador, apesar de tudo, confia em que o doador venha a fazer uso do direito de revogação logo que — e sempre que — se veja livre do ascendente do donatário.

Em segundo lugar, é interessante ver que a regra da imutabilidade se estende aos contratos de compra e venda e de sociedade entre os cônjuges, excepto quando estes se encontrem separados judicialmente de pessoas e de bens (artigo 1714.º, n.º 2, atrás sublinhado). A respeito deste ponto concreto da disciplina legal, o Prof. Antunes Varela teceu o seguinte comentário:

«... cessadas as relações de convívio conjugal, desvanece-se a razão de suspeição que serve de fundamento à nulidade. É a

aplicação prática do pensamento contido no velho brocardo: *cesante racione legis cessat lex ipsa*» (5).

Em terceiro lugar, há que chamar a atenção para o artigo 1789.º, segundo o qual os efeitos do divórcio quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges retrotraem-se à data em que a acção foi proposta (n.º 1), ou à data em que a coabitação cessou (n.º 2), se isso for requerido pelo cônjuge inocente ou menos culpado na cessação. Segundo o autor já citado, a intenção manifesta da lei, neste ponto, «é a de evitar que um dos cônjuges seja prejudicado pelos actos de insensatez, de prodigalidade ou de pura vingança que o outro venha a praticar, desde a proposição da acção, sobre valores do património comum» (6).

As notas postas em relevo mostram que o legislador, em princípio, não confia nas razões que podem levar os cônjuges a praticar liberalidades entre si na pendência do casamento — isto é, enquanto subsiste a *plena comunhão de vida* em que este contrato se traduz (artigo 1577.º); receia que o tempo, os hábitos adquiridos, as diferenças de carácter e de temperamento possam levar ao excessivo ascendente de um sobre o outro, e, assim, à obtenção de benefícios irreflectidos e em condições de menor liberdade individual; do ponto de vista da lei, é normal que isto suceda, é previsível que aquele ascendente tome forma; daí as cautelas tomadas, de que o princípio da imutabilidade será a máxima expressão.

Mas revelam de igual modo que, posta a nu a crise daquela comunhão de vida, existindo factos que a tornam iniludível — a separação de pessoas e de bens, a pendência de acção de divórcio — a lei deixa de recear a excessiva influência de um dos cônjuges sobre o outro; ao invés, o receio passa a ser de sinal contrário — o de, nomeadamente, os cônjuges desavindos quererem prejudicar-se um ao outro, negociando com terceiros bens da comunhão conjugal (cfr. o cit. artigo 1789.º).

(5) *Código Civil Anotado* de Pires de Lima e Antunes Varela, vol. IV, pág. 400.

(6) *Ob. e loc. cit.* na nota anterior, pág. 561.

Sendo este o pensamento legislativo, sendo esta a *ratio legis*, não cremos que ela se aplique ao contrato-promessa *sub judice*, que, por isso, é válido (válido, entenda-se, por não contrariar a norma imperativa que fixa o princípio da imutabilidade — artigo 1714.º).

Com efeito, a circunstância de as partes terem incluído no contrato a indicação de que estava pendente a acção de divórcio entre ambos na comarca da Moita, e, mais do que isso, o facto de explicitarem que a promessa recíproca teve em vista o pretendido divórcio mostra claramente, na ausência de alegação em contrário, que:

Primeiro: tendo cessado, no plano real e concreto, a comunhão de vida entre a autora e o réu, o contrato não resultou de qualquer «ascendente» ilícito de um sobre o outro;

Segundo: O contrato-promessa foi perspectivado em função do divórcio (ficou, até, sujeito à verificação dessa condição, como vimos), sinal certo e seguro de que na sua base não esteve o objectivo de dissimular uma liberalidade;

Terceiro: Ainda, porém, que assim fosse, a submissão da promessa à condição legal indicada frustraria sempre esse desiderato, já que, não sendo o divórcio decretado, os efeitos do contrato não chegariam a produzir-se, passando-se as coisas como se ele não tivesse sido celebrado.

2.7. — Alcançada a conclusão exposta é a altura de dizer que não foram articulados factos tendentes a provar que o contrato *sub judice* é susceptível de anulação por outras razões — porque as declarações negociais que incorpora estão afectadas por vícios do consentimento, são simuladas, ou foram produzidas em circunstâncias que afectam a sua eficácia jurídica (erro, dolo, coacção, estado de necessidade, usura, etc.).

De modo que, aplicando-se-lhe as regras gerais estabelecidas nos artigos 405.º e 406.º — as partes, dentro dos limites da lei, têm a faculdade de celebrar os contratos que quiserem, moldando o seu conteúdo como lhes aprouver; o contrato deve ser pontualmente cumprido, só se extinguindo por mútuo consenso dos con-

traentes ou nos casos admitidos na lei —, tudo reside agora em saber se o contrato *sub judice* se encontra realmente em vigor e, na hipótese afirmativa, se pode ser executado especificamente, consoante se prevê no artigo 830.º, n.º 1.

A nosso ver, não é possível responder-se já a esta pergunta com inteiro conhecimento de causa.

O litígio das partes tem aqui o seu cerne, não podendo ser decidido justamente sem o apuramento prévio de alguns pontos de facto controvertidos e pertinentes.

Passamos a indicá-los, esquematicamente:

— Na perspectiva da autora, a promessa de partilhas foi celebrada em vista do divórcio — o divórcio em si mesmo considerado, e não o divórcio «ajuizado» no processo intentado no tribunal da Moita. Na perspectiva do réu, pelo contrário, o contrato foi pensado e concluído exclusivamente em função daquela acção, sendo certo que, pela sua data e por outros factos concretos que articula (artigos 2.º e seguintes da contestação), é possível extrair-se a conclusão de que pretenderam — ele, réu, e a autora, sua ex-mulher — incluí-lo nos acordos que a lei exige como condição para ser decretado o divórcio por mútuo consentimento (artigo 1419.º, n.º 1, do CPC); ora, tendo o réu declarado em tempo oportuno que não mantinha a sua adesão a tais acordos, e não tendo a instância sido renovada, o contrato-promessa de partilhas deixou de vigorar, necessariamente, com o arquivamento da acção;

— Isto porque, acrescenta ainda o réu, «é óbvio que os acordos a que não mantinha a sua adesão eram os que se consubstanciavam no contrato-promessa de partilhas» (artigo 13.º da contestação).

Esclarecidos estes pontos de facto, será então possível determinar com mais precisão qual foi a vontade realmente querida pelas partes e com maior segurança formar um juízo, neste mesmo âmbito, acerca do significado e consequências jurídicas de outros aspectos fulcrais discutidos nos autos (por exemplo: a discrepância entre o elenco de bens comuns a partilhar constante do contrato promessa e da relação de bens junta à acção de divórcio que pendeu na Moita, bem como as implicações, em idêntico contexto, dos acor-

dos celebrados na acção de divórcio posteriormente julgada em Aveiro quanto ao destino da casa de morada de família e quanto à composição do património comum do casal — acta de fls. 8).

Não interessa, sendo assim, nem é viável apreciar nesta altura o problema de saber se o contrato-promessa se extinguiu, e, no caso afirmativo, de que maneira; questão de direito a respeito da qual, aliás, bem se vê que as partes estão profundamente hesitantes (terá havido denúncia, resolução expressa, resolução tácita, revogação unilateral, revogação bilateral?).

Temos que deixar inteira liberdade à 1.ª instância para a decidir na altura apropriada, como se torna evidente, não indicando nem adiantado extemporaneamente caminhos e soluções.

Acorda-se, nestes termos, em julgar parcialmente procedente a apelação.

Assim, revoga-se o despacho saneador sentença impugnado, decidindo-se que o contrato-promessa de partilhas *sub judice* é válido, por não contrariar o disposto no artigo 1714.º do Código Civil, e ordenando-se o prosseguimento da acção mediante a organização da especificação e questionário nos moldes indicados.

Coimbra, 28 de Novembro de 1995. — *Nuno Cameira* — *Rua Dias* — *Cardoso de Albuquerque*.

ANOTAÇÃO (*)

1. Este Acórdão da Relação de Coimbra de 28-11-95 — a última decisão que encontrei sobre a matéria ⁽¹⁾ — serve-me ape-

(*) Valha o que valer, esta anotação teria ficado pior sem o auxílio crítico do meu mestre e amigo Prof. Doutor F. M. PEREIRA COELHO, que me chamou a atenção para aspectos técnicos e para documentos relevantes. As nossas opiniões sobre este assunto não coincidem e isto deixa-me apreensivo.

(1) Quando esta anotação estava pronta foi publicado um acórdão da Relação de Lisboa de 21-3-96; mas não se justificava qualquer alteração.

nas de pretexto para fazer um comentário sobre o conjunto das decisões que se têm ocupado deste assunto.

Trata-se de discutir a validade do contrato-promessa de partilha, feito durante a constância do casamento, em regra na pendência de um processo de divórcio, e para se transformar na partilha prometida logo que transite em julgado a sentença que dissolve o matrimónio. Os cônjuges pretendem comprometer-se a dividir os bens comuns de uma certa forma e esperam que, depois da dissolução do casamento, ambos celebrem a escritura prometida. Como é óbvio, os efeitos reais só se produzem por força deste contrato, embora esses efeitos estejam predeterminados, prometidos, pelo contrato-promessa feito antes do trânsito em julgado da sentença de divórcio.

A jurisprudência portuguesa anda dividida acerca da validade destes acordos, porque eles parecem contrariar o princípio da imutabilidade dos regimes de bens, estabelecido pelo art. 1714.º do Código Civil. E os Desembargadores que subscrevem o Acórdão transcrito mostram alguma insatisfação, na nota final: «Chegamos a esta conclusão cientes embora de que a jurisprudência nacional está muito dividida sobre a matéria...» ⁽²⁾.

Compreendo e partilho a insatisfação não só porque a divergência já dura há bastante tempo mas também, e sobretudo, por-

(2) PEREIRA COELHO já chamou a atenção para uma dificuldade parecida, no seu *Curso de Direito de Família*, em 1965 (p. 310, nota 1); e remeteia o leitor para uma nota de PIRES DE LIMA, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (Ano 88.º, 1955-6, p. 377, nota 1). Este autor discutiu brevemente a chamada «integração imediata» de bens comuns nas meações de cada cônjuge e escreveu que ela era de legalidade muito duvidosa porque esse acto, não beneficiando do regime da livre revogabilidade das doações entre casados, constituiria uma «clara revogação do princípio da imutabilidade das convenções».

Mas creio que PIRES DE LIMA pensava num acto jurídico que produzisse efeitos imediatamente e que alterasse o estatuto jurídico de um certo bem, como se fosse uma doação entre cônjuges; como se fosse um acto de transmissão imediata da propriedade sobre um bem que a lei não previa e que nem sequer seria acompanhado pelo regime da livre revogabilidade das doações.

que os argumentos mobilizados em favor de qualquer das opiniões são pobres: tudo tem andado à volta de saber se um cônjuge separado de facto ou, de qualquer modo, no curso de um processo de divórcio, *estará ou não estará sujeito ao eventual ascendente psicológico do outro*, de tal modo que se justifique ou não se justifique a protecção do art. 1714.º do Código Civil. Umhas decisões aplicam secamente esta norma; outras decisões — como o presente acórdão — admitem que já não há perigo de ascendente psicológico e, portanto, que já cessou a razão que justifica a protecção do art. 1714.º e a nulidade dos contratos-promessa de partilha (3).

(3) Na doutrina, RITA LOBO XAVIER invoca o menor risco de ascendente de um cônjuge sobre o outro, depois de instaurada a acção de divórcio, e também a circunstância de o contrato-promessa não envolver uma vinculação definitiva, para concluir pela sua validade, salvo se houver algum motivo de anulação por usura ou coacção moral — *Contrato-promessa de partilha dos bens comuns do casal celebrado na pendência da acção de divórcio. Comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Maio de 1993*, na Revista de Direito e de Estudos Sociais, 1994, pp. 137-172.

Adiante, no texto, mostro todas as dúvidas sobre o primeiro argumento; e também não é por causa da faculdade de arrependimento que aceito a validade do contrato-promessa de partilha, como se verá.

ALBINO DE MATOS não se pronuncia sobre o contrato-promessa. Apenas afirma que a partilha sob condição suspensiva é válida e tem vantagens sobre o contrato-promessa porque significa uma vinculação definitiva que dispensa a celebração de um segundo acordo — *Partilha, Divórcio e Condição*, in «Temas de Direito Notarial — I», Coimbra, Almedina, 1992, pp. 467-475.

Também aceito a partilha sob condição suspensiva, nos termos que adiante explico.

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA aceita implicitamente a validade dos contratos-promessa de partilha quando afirma que os cônjuges podem ter um interesse aceitável em submeter a homologação judicial um acordo desses, em divórcio por mútuo consentimento — *O regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 25.

Julgo que se o contrato-promessa for nulo não pode ser homologado; e que se ele for válido não precisa de homologação e suponho que o tribunal não vai curar disso.

NUNO SALTER CID, quando estava a tratar de outro assunto, fez uma valiosa resenha sobre a doutrina e a jurisprudência desta matéria e manifestou dúvidas

2. Começo por não conseguir confiar no critério que tem servido para afastar a aplicação do art. 1714.º e para admitir a validade dos contratos-promessa.

Na verdade, não me é possível acreditar genericamente que um cônjuge que seja habitualmente susceptível, ou efectivamente sujeito, ao eventual ascendente psicológico do outro, deixa de correr riscos e passa a ser «forte» lá porque está em curso um processo de divórcio e os cônjuges têm residências separadas.

Posso até imaginar que o perigo dessas pressões psicológicas é maior na altura do processo de divórcio do que durante o matrimónio. De facto, não me custa supor que um cônjuge — porventura aquele que impôs mais a sua vontade durante o casamento — seja obrigado agora a ceder em todas as suas pretensões patrimoniais, para satisfazer as exigências daquele que ameaça complicar o divórcio litigioso ou ameaça não renovar o pedido de divórcio por mútuo consentimento.

Descrente do critério, proponho aos leitores outra maneira de tratar a questão.

3. O princípio da imutabilidade das convenções antenupciais proíbe todas as modificações dos regimes convencionados ou do regime supletivo que se aplicou no silêncio dos nubentes; isto é: proíbe as modificações dos critérios pelos quais resulta a qualificação de um bem concreto como próprio de um cônjuge, do outro cônjuge, ou comum. Estas intenções estão concretizadas no art. 1714.º, n.º 1.

A defesa daquele princípio sugere, também, a proibição de todos os actos concretos que levem à mudança de estatuto de cada bem; isto é: sugere a proibição de qualquer meio concreto de tornar próprio um bem comum, ou de tornar comum um bem próprio, ou ainda de passar um bem próprio para o património

sobre a validade dos contratos-promessa de partilha — *A protecção da casa de morada da família no direito português*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 303.

do outro cônjuge (4). Se não se acrescentasse esta segunda proibição, os cônjuges poderiam iludir a regra da imutabilidade através de negócios modificativos de domínio sobre bens concretos, com simulação ou sem ela. É por esta razão que se acrescenta, no n.º 2 do art. 1714.º, a interdição de compras e vendas entre cônjuges e a constituição de sociedades em certas condições.

4. Esta proibição de compras e vendas deve alargar-se a todos os negócios onerosos que impliquem uma transmissão do domínio. Este alargamento é indispensável para satisfazer a razão que justificou o art. 1714.º, n.º 2. E suponho que este passo assentaria numa vulgar interpretação extensiva dessa norma (5).

Aparentemente, a proibição deveria abranger o negócio de *partilha*, como negócio oneroso que é; e também o *contrato-promessa de partilha*, segundo a norma que dá às promessas a mesma sorte dos negócios prometidos (art. 410.º).

Porém, creio que não devemos dizer isto. Suponho que o fundamento da proibição da partilha está noutro lado; e que não se deve proibir a simples promessa de partilha.

5. A proibição da partilha do património comum está consagrada no art. 1714.º, n.º 1, na medida em que ela significaria uma alteração do regime de bens: os cônjuges continuariam casados, mas no regime de separação de bens que resultaria da divisão dos bens comuns. Por outro lado, a partilha está também proibida por força dos arts. 1688.º e 1689.º, que determinam o momento em que cessam as relações patrimoniais dos cônjuges e se justifica a partilha dos seus bens.

(4) Fora do regime das doações entre casados.

(5) Custa-me dizer que este alargamento da proibição se fundamenta no art. 939.º do C.C., que manda aplicar as regras da compra e venda aos outros negócios onerosos. Na verdade, aqui trata-se de aplicar o art. 1714.º, n.º 2, aos outros negócios onerosos; mas esta norma não é bem «uma norma da compra e venda» — é uma norma do direito patrimonial da Família, ou dos regimes de bens.

Assim, um negócio de divisão antes dos momentos previstos é nulo não só por se traduzir numa modificação do regime de bens, mas também por antecipar ilegalmente o fim das relações patrimoniais do casamento.

6. Pelo contrário, julgo que o simples contrato-promessa de partilha é válido.

Ao celebrarem um contrato-promessa de partilha dos bens comuns, os cônjuges nem alteram as regras que valem acerca da propriedade dos bens, dentro do seu casamento, nem modificam as normas aplicáveis à comunhão (contra o art. 1714.º, n.º 1); e também não modificam o estatuto de qualquer bem concreto (contra o art. 1714.º, n.º 2). Aquele negócio tem apenas como efeito a promessa de imputar os bens comuns concretos, que o casal tem à data do acordo, na meação de cada cônjuge.

Depois de realizado o contrato-promessa, todos os bens comuns do casal continuam bens comuns do casal; e todos os bens próprios de cada cônjuge continuam como dantes. Nenhuma das massas patrimoniais do casal se modifica.

7. Por esta razão, nem os cônjuges correm perigo, nem os terceiros que se encontram relacionados com eles.

Nenhum cônjuge corre o perigo de ter sido influenciado e prejudicado pelo outro, que pudesse ter exercido um ascendente psicológico. Na verdade o cônjuge «mais fraco» não perde qualquer dos seus bens próprios nem vê diminuída a sua meação nos bens comuns (6).

Por outro lado, os credores continuam a ver intactas as diver-

(6) É necessário ter em mente que o valor dos bens concretos e das meações deve ser actual e referido a um certo momento que, em rigor, deveria ser o momento da partilha.

A jurisprudência francesa utiliza como regra a data em que os cônjuges dividem os bens e começam a disfrutá-los separadamente (A. COLOMER, *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, 7.ª éd., Paris, Litec, 1995, p. 466).

sas massas patrimoniais do casal. Os credores comuns mantêm o património comum a garantir os seus créditos; e os credores pessoais do cônjuge «mais fraco» — aqueles que poderiam sofrer com o contrato — têm a certeza de que, depois da partilha, encontrarão no património do cônjuge devedor o valor da sua meação nos bens comuns.

Não se vê que interesses de terceiros devem obstar à validade do contrato.

Se o regime de bens permanece incólume, se não muda a classificação de qualquer bem concreto e se, portanto, não há alteração do valor das massas patrimoniais do casal, então não há perigo nem para qualquer dos cônjuges nem para terceiros.

Por que razão se há-de aplicar a norma que consagra a protecção dos cônjuges e dos terceiros contra os perigos da mudança do regime ou da alteração do estatuto dos bens concretos — o art. 1714.º, n.º 1 ou n.º 2?

8. A solução da validade do contrato-promessa de partilha quadra bem com outros dois aspectos do regime — com o art. 1714.º, n.º 3, e com o art. 1685.º, n.º 3, al. *b*).

O art. 1714.º, n.º 3, permite «a dação em cumprimento feita pelo cônjuge devedor ao seu consorte».

Antunes Varela explica a norma dizendo que «a existência objectiva da dívida (...) bem como o relativo equilíbrio de valores entre a prestação em dívida e a atribuição efectuada, bastam, no pensamento da lei, para afastar (...) o espectro de suspeição, que está na raiz da nulidade da venda entre casados» (7).

Se entendo bem estas afirmações, na dação em cumprimento não se correm os perigos que a proibição da compra e venda quer evitar; não há perigo de um cônjuge acrescentar o seu património com um valor patrimonial do outro, ou do património comum, graças a um ascendente que fosse capaz de exercer sobre o seu

(7) *Código Civil Anotado*, vol. IV, p. 400.

consorte; tudo com fraude à regra da imutabilidade e com sacrifício dos valores que esta protege. Na dação em cumprimento, o cônjuge credor tem objectivamente um crédito e apenas vai receber o pagamento, embora por uma forma distinta do que fora apalavrado; e pode supor-se que haverá um relativo equilíbrio de valores entre o que é devido e o que é dado em cumprimento (8).

Ora, creio que isto é semelhante ao que se passa no contrato-promessa de partilha do património comum.

Os cônjuges têm, sem dúvida, um direito à meação do património comum (9); cada um deles sabe que terá direito a ver preenchida essa metade, no momento da dissolução do casamento. E também sabe que o valor dessa metade vai depender do valor que o património comum tiver, nesse momento.

O contrato-promessa visa apenas concretizar, em certos bens, esse direito a metade dos bens comuns. Cada cônjuge vai prometer dar e prometer receber na medida do que lhe é devido — na medida da meação. Também aqui se pode admitir que haverá um equilíbrio de valores entre o que cada um promete dar e promete receber (10).

Com este contrato, nenhum cônjuge vai acrescentar o seu património próprio à custa do património do seu consorte ou à custa do património comum (11). Com este contrato, não se altera

(8) Embora, neste ponto, sejam justificadas todas as dúvidas. Quem recetar, em geral, o ascendente de um cônjuge sobre o outro, bem pode admitir, no caso, que o devedor force o credor a aceitar um bem menos valioso do que o objecto da prestação devida, em cumprimento da obrigação. Ou, pelo menos, que o devedor force o credor a aceitar um bem do mesmo valor mas menos comerciável ou menos rendoso.

(9) Com as reservas conhecidas, resultantes da natureza de propriedade colectiva que se atribui à comunhão.

(10) Aliás, como veremos adiante, não se trata apenas de acreditar nesse equilíbrio, mas de respeitar a norma que impõe esse equilíbrio, sob pena de nulidade do negócio.

(11) Nem com o contrato-promessa nem com o contrato prometido, se os cônjuges respeitarem — como tem de ser — a regra do art. 1730.º; cfr., *infra*, n.º 11.

o estatuto dos bens, não se muda o domínio que os cônjuges têm sobre eles.

O contrato-promessa de partilha não faz correr os riscos que se pretendem evitar com a proibição da compra e venda entre cônjuges.

O art. 1685.º, n.º 3, al. *b*), prevê que um cônjuge disponha de um bem concreto do património comum, para depois da morte, com o consentimento prévio do seu consorte. Nestas condições, o beneficiário tem o direito de exigir a entrega do bem, em espécie, e não apenas o seu valor.

Antunes Varela também explica este regime de um modo que eu poderei resumir assim: o disponente sozinho não poderia garantir ao beneficiário que este receberia o bem em espécie pela razão simples de que não tem um direito sobre o bem concreto, nem pode ter a certeza de que o bem virá a caber na sua meação, na altura da partilha; mas se o outro cônjuge prescinde das expectativas que poderia ter relativamente a esse bem concreto, já nada obsta a que o beneficiário exija o bem em espécie ⁽¹²⁾.

Esta norma tem semelhanças com o problema que está aqui em apreciação porque nos mostra um caso em que a vontade dos dois cônjuges é suficiente para determinar a imputação de um bem concreto na meação de um dos cônjuges. Na verdade, e salvo erro, a anuência do segundo cônjuge quer dizer antecipadamente que o bem concreto virá a caber na meação do disponente, na partilha do património comum ⁽¹³⁾.

9. Ainda que se admita o que já escrevi, sempre pode recear-se que, através do contrato-promessa, um cônjuge que goze

⁽¹²⁾ *Código Civil Anotado*, vol. IV, p. 314.

⁽¹³⁾ De facto, se depois do consentimento ainda ficasse em aberto a possibilidade de o bem vir a caber ao cônjuge do disponente, isto significaria que a liberalidade seria feita por este e não pelo autor do testamento. A não ser que, no momento da reivindicação do bem, o cônjuge sobrevivente fosse compensado, em valor, pelos herdeiros do disponente.

de ascendente psicológico «force» o outro a aceitar como integrantes da sua meação os bens que menos interessariam a este; deixando livres, para preencher a meação do primeiro, os bens que este teimosamente pretende. Com prejuízo, também, dos credores do cônjuge «fraco», cujos direitos poderão ficar garantidos com bens relativamente mais difíceis de vender.

Nestes casos, antes da dissolução do casamento, o cônjuge «fraco» é menos livre por força do clima de supremacia em que ainda vive; só depois do divórcio ⁽¹⁴⁾ é que ganha forças para negociar, de igual para igual, o preenchimento da sua meação no património comum.

Aqui estaria o interesse de aplicar o art. 1714.º, n.º 2, para impedir qualquer acordo sobre a partilha futura.

Na verdade, é preciso começar por admitir, em geral, que o nosso sistema jurídico mostra desconfiança nas relações conjugais e prevê mecanismos de controlo para evitar os perigos resultantes do eventual ascendente de um cônjuge sobre o outro.

Assim, a prescrição não começa nem corre entre cônjuges (art. 318.º, al. *a*)), as doações são livremente revogáveis (art. 1765.º), as convenções antenupciais são imutáveis (art. 1714.º, n.º 1), os acordos no âmbito do divórcio por mútuo consentimento são controlados pelo juiz (arts. 1776.º, n.º 2, e 1778.º).

Estas normas constituem modos de tutela especiais, previstos expressamente para certas situações que o legislador considerou mais melindrosas; o acordo de partilha, ao menos no âmbito do divórcio por mútuo consentimento, poderia ser outro caso de intervenção homologatória do tribunal ⁽¹⁵⁾.

Interessa-me mencionar ainda o regime do art. 1730.º, que vou destacar adiante.

⁽¹⁴⁾ Ou, para alguns, durante o processo de divórcio.

⁽¹⁵⁾ Este pormenor de regime chegou a estar projectado pela Comissão de Reforma, em 1976-7.

Mas não me parece que seja de aumentar, a este elenco, a proibição do contrato-promessa de partilha.

A regra da imutabilidade das convenções antenupciais (art. 1714.º, n.º 1) e a norma que proíbe as compras e vendas entre cônjuges (art. cit., n.º 2) não devem ser aplicadas para além dos casos em que há modificações dos regimes de bens, totais ou parciais, ou modificações da propriedade sobre um certo bem concreto, de tal modo que um bem próprio passe a ser comum, um bem comum passe a ser próprio, ou um bem próprio de um cônjuge passe para o património do outro fora do alcance da livre revogabilidade das doações.

Nada disto acontece no contrato-promessa de partilha, em que os cônjuges apenas combinam o modo de preencher os direitos que ambos têm a metade do valor dos bens comuns.

O modo como esta repartição é projectada não parece merecer um controlo específico da ordem jurídica. Isto é: deve ficar apenas submetida aos mecanismos gerais de defesa de um contraente contra o outro. Assim, o contrato-promessa de partilha poderá ser anulado por coacção, por estado de necessidade, por erro, etc., tal como outro negócio jurídico qualquer, no caso de se verificarem os respectivos requisitos.

Se não se verificarem esses requisitos, então o Direito não deve intervir.

Se o Direito intervier no modo como os cônjuges projectam preencher os quinhões, então deve intervir em muitos outros momentos.

Por exemplo: deve ser apurado se uma alienação feita de comum acordo resultou de uma escolha livre ou foi determinada pelo ascendente exercido por um dos cônjuges; por que razão se vendeu o pinhal e não o quadro célebre? Qual foi a vontade que se impôs?

Outro exemplo: a declaração de que um bem é adquirido só com bens ou valores próprios de um cônjuge (art. 1723.º, al. c)) não encobrirá um enriquecimento indevido do «cônjuge forte»?

Terá sido este a impor, com os argumentos que o seu ascendente psicológico lhe fornece, tal declaração quando, na realidade, o dinheiro mobilizado para pagar o preço era comum?

Ou ainda: como foi obtido o acordo de mandato que permite ao marido administrar os bens comuns e os bens próprios da mulher? Deve-se averiguar se ele resultou do ascendente do marido? Ou será melhor proibir o mandato para este efeito? A verdade é que a própria defesa que consiste na livre revogabilidade do mandato pode não ser bastante contra um ascendente forte do marido.

E a livre revogabilidade das doações entre cônjuges vale alguma coisa contra uma situação de domínio intenso imposta pelo donatário?

E em que condições de ascendente pessoal é prestado o consentimento prévio para a disposição de um bem certo e determinado pertencente ao património comum (art. 1685.º, já citado)?

E, de um modo geral, como se exerce o poder de decidir acerca dos actos da vida conjugal comum (art. 1671.º)?

Quero dizer: ou bem que estamos perante situações em que se devem aplicar as regras gerais sobre o erro, sobre o estado de necessidade, sobre a coacção, ou então o Direito não deve intervir para tutelar riscos supostos, fraquezas humanas imponderáveis ou irrelevantes.

10. Mas, ainda assim, não é verdade que a lei protege a liberdade de pedir ou não pedir o divórcio? E não é verdade que a realização de um certo contrato-promessa de partilha pode condicionar esta liberdade?

É claro que a liberdade de pedir ou não pedir o divórcio foi sempre especialmente tutelada pelo sistema. A irrenunciabilidade do direito ao divórcio é um dado firme em toda a parte; e o compromisso insólito de pedir o divórcio a troco de um preço já foi apreciado pelos nossos tribunais e censurado pela dou-

trina⁽¹⁶⁾. Para além disto, há outros aspectos de regime que mostram a preocupação de liberdade e de ponderação actual⁽¹⁷⁾ do pedido.

Admito que, em algum caso, a divisão projectada seja favorável aos interesses de um dos cônjuges, e que esta vantagem tenha sido conscientemente proporcionada pelo outro, que se quer divorciar. O cônjuge favorecido será tentado a divorciar-se para não perder o acordo de partilha, ainda que lhe tivesse passado pela cabeça desistir da ideia do divórcio. Admito também, em algum caso, que um cônjuge queira o divórcio e seja forçado a aceitar um contrato-promessa de partilha desvantajoso; talvez este cônjuge venha a desistir da ideia de se divorciar, só para não sofrer as desvantagens patrimoniais que foi levado a aceitar. Em ambos os casos⁽¹⁸⁾, a liberdade de pedir ou não pedir o divórcio fica diminuída.

Eu posso admitir que estas situações aconteçam na realidade e não me satisfaz que isto assim seja. Mas creio, apesar disso, que o Direito não se pode meter em tudo. Por alguns casos mal combinados, muitos outros serão resolvidos pelos cônjuges, usando a regra geral da autonomia privada.

É, afinal, o mesmo que se passa quanto à liberdade de casar. Suponhamos que o nubente pobre, e ainda indeciso, obtém vantagens patrimoniais apreciáveis na convenção antenupcial. Será livre o consentimento para casar deste nubente avantajado, sabendo ele que se não casar perde os favores patrimoniais que a convenção lhe dá?

É o Direito importa-se com esta pergunta?

Quantas vezes a liberdade de casar, ou de pedir o divórcio,

⁽¹⁶⁾ PIRES DE LIMA (*Anotação ao acórdão de 17 de Junho de 1966*), na Rev. de Leg. e de Jur., Ano 99.º, p. 346-52.

⁽¹⁷⁾ Como a necessidade de renovação do pedido passado um certo tempo, ou a verificação dos requisitos da duração do casamento e da idade dos cônjuges, em divórcio por mútuo consentimento.

⁽¹⁸⁾ Sugeridos por PEREIRA COELHO.

estará diminuída por pressões familiares, morais e económicas? Não sabemos; mas não se pode tutelar tudo, sempre que os factos, mesmo que duvidosos, ficam aquém da esfera de actuação das normas gerais sobre os vícios da vontade.

É o que se passa no contrato-promessa de partilha. Um cônjuge prescindiu de bens que lhe agradavam para conquistar a boa vontade do outro no sentido do divórcio? Um cônjuge renitente à ideia do divórcio acaba por ceder à promessa de uma repartição favorável? Julgo que a lei não deve fazer tais indagações.

No contrato-promessa de partilha os cônjuges apenas intervêm num acordo sobre o preenchimento das meações com bens concretos, que não suscita perigos dignos de relevância jurídica. O art. 1714.º só deve ser chamado quando houver modificação do regime de bens (n.º 1), ou modificação da titularidade sobre um bem concreto (n.º 2). O que não é o caso.

11. *Já não digo o mesmo* se o contrato-promessa servir para projectar uma partilha de tal modo que *um dos cônjuges venha a receber um valor maior do que o outro*. Estou a imaginar um contrato-promessa em que se promete uma divisão do património comum em partes desiguais⁽¹⁹⁾. Este caso é bem diferente daquele em que tenho pensado⁽²⁰⁾.

Este contrato-promessa seria *nulo* por força do art. 1730.º,

⁽¹⁹⁾ Penso numa desigualdade objectiva, avaliada com os meios correntes e que se refira, em rigor, ao momento da partilha. Cfr. a nota 6.

⁽²⁰⁾ Um terceiro caso seria aquele em que os cônjuges prometeram uma partilha que respeitava a regra da metade mas, por força de uma grande variação do valor dos bens, essa igualdade prometida não se verifica no momento da partilha.

Creio que o cônjuge prejudicado nem terá de seguir os caminhos difíceis da resolução por alteração anormal das circunstâncias; julgo que ele poderá invocar a nulidade do contrato-promessa porque este acordo só poderá ser válido se respeitar a regra da metade sobretudo no momento da partilha prometida.

n.º 1, do Código Civil. Segundo esta norma, «os cônjuges participam por metade no activo e no passivo da comunhão, sendo nula qualquer estipulação em sentido diverso» (21).

Ao impor a regra da metade a ambos os cônjuges, o legislador deve ter querido evitar que um deles tentasse obter do outro um acordo injusto no sentido de uma partilha desigual (22), usando

(21) A regra da metade (como a da divisão por cabeça, na herança) é óbvia. Mas não se pense que esta norma é sagrada; de facto, são admissíveis regras diferentes.

O direito francês prevê expressamente a estipulação de cláusulas que atribuem partes desiguais ou que atribuem todo o património comum a um dos cônjuges (arts. 1520.º e 1521.º do C.C.). Diz-se que uma estipulação deste género pode, por exemplo, fazer justiça a um cônjuge que contribuiu mais do que o outro para o património comum (TERRÉ; SIMLER, *Droit Civil. Les régimes matrimoniaux*, 2.ª éd., Paris, Dalloz, 1994, p. 550). Estes autores afirmam expressivamente que «A igualdade na partilha dos bens comuns não é (...) de ordem pública» (*ob. cit.*, p. 505).

O direito italiano prevê que o juiz conceda a um cônjuge o usufruto de bens que cabem na meação do outro, em consideração da necessidade dos filhos (art. 194.º do C.C.).

Em Portugal, CUNHA GONÇALVES referia-se à regra da metade afirmando: «Claro é que a regra do art. 1123.º só tem lugar quando a convenção antenupcial ou um acordo posterior à dissolução do casamento não estabeleceu outro modo de partilha...» (*Tratado de Direito Civil*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1933, p. 473); e BRAGA DA CRUZ mencionou o caso raro de uma doação feita a ambos os cônjuges em partes desiguais (*Capacidade patrimonial dos cônjuges. Anteprojecto...*, no B.M.J., n.º 69, 1957, p. 413) e propôs um artigo específico para este caso, intitulado «Participação no património comum em partes desiguais» (*Regimes de bens do casamento. Anteprojecto...*, no B.M.J., n.º 122, 1963, p. 215). A norma não passou para a versão definitiva, mas certamente que o caso da doação em partes desiguais pode verificar-se e as «meações» dos donatários ficam diferentes.

Por último, e de certo modo, a partilha feita por aplicação do art. 1790.º implica uma diminuição do valor que o cônjuge culpado havia de receber a título de meação, no regime de bens que o favorecia; embora, formalmente, as meações acabem por ser iguais, no regime da comunhão de adquiridos que vem a prevalecer.

(22) Em qualquer altura do casamento ou mesmo na convenção antenupcial, por qualquer meio directo ou indirecto.

algum ascendente psicológico sobre este (23). Por exemplo, o marido guardaria duas terças partes dos bens comuns e a mulher levantar-se-ia apenas com uma terça parte.

Estes acordos «desiguais» é que suscitam o receio de que o divórcio possa ter sido comprado ou vendido, «sendo a anuência do cônjuge renitente comprada a troco de quaisquer vantagens na partilha dos bens» (24). As vantagens resultantes de uma promessa de partilha que não respeite a regra da metade podem significar «uma contrapartida económica, ainda que disfarçada em convenção sobre a partilha, para o exercício do direito ao divórcio...» (25) (26).

Por outro lado, ao invalidar promessas de partilha desigual, o legislador protegeu os direitos de terceiros — dos credores pessoais de cada cônjuge que esperem o termo da moratória para executar a meação do devedor. Seria possível obter um acordo que diminuísse ou eliminasse a meação do devedor, com o mero propósito de inviabilizar praticamente a execução e assim prejudicar este tipo de credores.

Sendo estes acordos nulos, o cônjuge prejudicado tem o direito de invocar a nulidade a todo o tempo e apenas tem o ónus de provar, nos termos gerais, que o contrato-promessa de partilha lhe reservou uma quota inferior a metade.

12. Creio que o art. 1730.º é o único limite (27) para o contrato-promessa de partilha, quer este seja celebrado antes ou depois

(23) Resta saber se não seria justo dividir os bens comuns de acordo com as contribuições de cada um dos cônjuges durante o casamento.

(24) CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, vol. VII, p. 114.

(25) PIRES DE LIMA, *Anotação cit.*, p. 351.

(26) Os autores que acabei de citar usaram as expressões num contexto diferente e, porventura, não concordariam com a minha opinião sobre a matéria que está em causa.

(27) Não era assim no âmbito do Decreto de 3-11-1910, cujo art. 62.º impunha a nulidade de todas as convenções acerca da partilha subsequente ao divórcio.

Mas não havia uma regra semelhante ao art. 1730.º

da dissolução do casamento, antes ⁽²⁸⁾ ou depois da instauração de um processo de divórcio.

Note-se que esta protecção funciona também para o nubente que seja tentado a favorecer o outro na convenção antenupcial; e funciona ainda para os ex-cônjuges — para os que vão prometer uma partilha mesmo depois do trânsito em julgado da sentença de divórcio. Quero dizer: defende todos contra as fraquezas negociais — nubentes, cônjuges e ex-cônjuges!

A protecção específica contra o ascendente de um cônjuge sobre o outro que resulta do art. 1730.º é tão grande ou maior do que a que resulta da livre revogabilidade das doações entre casados.

É óbvio que a doação de um bem próprio, realizada durante o matrimónio, pode ser determinada pelo ascendente que se receia; mas a livre revogabilidade defende o «cônjuge fraco», doador.

Se o contrato-promessa de partilha dos bens comuns não respeitar a regra da metade, o cônjuge prejudicado pode vir a invocar a nulidade do negócio, com base no art. 1730.º — o cônjuge prejudicado e todos os interessados, como os seus herdeiros, ao contrário do que se prevê no regime da livre revogabilidade das doações ⁽²⁹⁾.

13. Em face do que ficou dito, vejamos quatro exemplos de contrato-promessa de partilha:

a) O acordo é feito de tal modo que um cônjuge prescinde de valores em favor do outro, contentando-se com menos do que metade do património comum.

Este acordo é nulo, mas não por ter havido modificação do regime de bens; nem por ter determinado, durante o casamento,

⁽²⁸⁾ Fala contra mim o disposto no art. 1450.º do Código Civil francês, que não reconhece a validade dos acordos sobre a partilha dos bens comuns que sejam celebrados *antes* da instauração do processo de divórcio.

Mas considera expressamente válidos os contratos-promessa de partilha feitos *depois* de iniciado o processo de divórcio.

⁽²⁹⁾ «A faculdade de revogação não se transmite aos herdeiros do doador» — art. 1765.º, n.º 2.

uma alteração da propriedade sobre os bens comuns. O acordo é nulo porque viola a regra da metade que o art. 1730.º impõe.

b) O acordo prevê que um cônjuge fique com todos os bens comuns, embora tenha de dar tornas ao outro no valor de metade daquele património ⁽³⁰⁾.

O acordo é válido porque antes da dissolução do casamento nada muda quanto ao regime de bens e quanto aos bens concretos. As massas patrimoniais do casal continuam intactas e continuam sujeitas às regras que sempre valeram. Por outro lado, também não se viola o art. 1730.º, porque a previsão das tornas, no valor de metade do património comum, reconhece e satisfaz o direito que cada cônjuge tem a metade do valor dos bens comuns.

c) O acordo prevê que os bens comuns sejam divididos a meio; e um cônjuge promete dar ao outro todos os seus bens próprios.

Este acordo é válido no que respeita à partilha do património comum, porque respeita a regra da metade.

⁽³⁰⁾ Esta hipótese criou-me dificuldades porque é diferente da singela promessa de divisão, a meio, do património comum.

De facto, e em termos corriqueiros, pode parecer que um cônjuge está a prometer vender a sua parte dos bens comuns, enquanto o outro promete pagar com bens próprios, e porventura com poucos... Ou seja, pouco difere de um contrato-promessa de compra e venda, que é proibido não só porque altera o estatuto dos bens e o domínio dos cônjuges, mas também porque pode encobrir doações, quando o preço é baixíssimo ou não é para se pagar efectivamente.

Acabei por verificar que uma grande diferença entre a promessa de compra e venda proibida e a promessa de cedência da meação, ou da metade do bem indiviso sobre que ela recai, a troco de tomas, continua a estar na circunstância de o art. 1730.º considerar nulo o contrato-promessa de partilha desigualitário, ou que encobre uma liberalidade. Assim, o cônjuge que tenha sido forçado a aceitá-lo prova a desigualdade objectiva, invoca a nulidade e deixa de estar vinculado a celebrar a partilha nos termos projectados; pelo contrário, o cônjuge que tivesse celebrado uma promessa de compra e venda desigualitária ou que encobrisse uma liberalidade ver-se-ia forçado a cumprir nem que fosse por execução específica.

Por outras palavras: a promessa de compra e venda, se fosse admitida, não teria um controlo específico do seu conteúdo e objectivos; pelo contrário, a promessa de partilha não precisa de ser proibida porque o art. 1730.º vigia a utilização que os cônjuges façam dela, e considera-a nula nos casos em que o acordo desvirtua o propósito lícito da divisão por metade do património comum.

Quanto à promessa de doação de todos os bens próprios, deve aplicar-se a esta promessa o regime que vale para o contrato prometido, isto é, a norma da livre revogabilidade das doações entre casados (arts. 410.º, n.º 1, e 1765.º, n.º 1).

d) O contrato-promessa prevê quais são os bens que vão integrar cada uma das meações quando se fizer o contrato prometido de partilha, depois da dissolução do casamento.

Supondo que se respeita a regra da metade imposta pelo art. 1730.º; e sendo certo que não se pretende uma integração imediata nas meações, mas antes uma integração diferida para depois do divórcio, sem prejuízo de qualquer norma aplicável ao património comum e, portanto, sem prejuízo dos cônjuges ou de terceiros, creio que o contrato-promessa é válido ⁽³¹⁾ ⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ Encaro a *partilha sob condição suspensiva* do mesmo ponto de vista.

A *partilha pura e simples* é nula, pelas razões mencionadas no n.º 5. A *partilha subordinada à condição suspensiva* da procedência de um divórcio é válida porque não faz terminar as relações patrimoniais antes de a lei o permitir, nem faz mudar o regime de bens.

Não me impressiona o facto de a *partilha sob condição* significar uma vinculação mais «definitiva e irrevogável» (RITA LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 172) do que um contrato-promessa; aceito que os cônjuges possam escolher qualquer destes tipos de vinculação, desde que respeitem a regra da metade. É também por esta razão que não penso que se trate de um negócio em fraude à lei.

O limite objectivo resultará do art. 1730.º. Só é admissível uma *partilha sob condição* que respeite a regra da metade. Se a *partilha sob condição* prever uma distribuição desigual, ela acaba por significar uma renúncia antecipada ao direito à metade, e é nula por força do art. 1730.º.

Continuo a achar irrelevante o modo como os cônjuges se entenderam acerca da distribuição dos bens pelas meações. Creio que é despropositado dar relevância a qualquer espécie de «ascendente» que apenas tenha por consequência que um cônjuge fica com o pinhal enquanto o outro fica com a vinha, um fica com a casa da cidade o outro com a da serra, se estes bens tiverem o mesmo valor.

⁽³²⁾ Numa *partilha normal*, feita depois do trânsito em julgado da acção de divórcio, os ex-cônjuges podem dividir o património comum a meio e, acto contínuo, um deles pode fazer doação de tudo ao outro.

OBSERVAÇÕES SOBRE OS REGIMES DE BENS ⁽¹⁾

I. Na primeira parte desta palestra vou ocupar-me da evolução dos regimes de bens em Portugal, sobretudo da mudança da comunhão geral para a comunhão de adquiridos, como regime supletivo.

O Código de Seabra previa os quatro regimes conhecidos — *comunhão geral*, como regime supletivo, e os regimes da *comunhão de adquiridos*, *separação de bens* e o *regime dotal*, como regimes convencionais ⁽²⁾. Sem prejuízo, é claro, de os nubentes escolherem um regime atípico, dentro dos vagos limites da lei.

Destes quatro regimes, só o da comunhão geral tinha uma aplicação vasta. Com efeito, no ano de 1965 (o ano anterior à publicação do novo Código) só cerca de 1,8% dos casamentos celebrados não adoptaram o regime da comunhão geral; e no conjunto dos 75 483 casamentos celebrados em 1963 apenas 3 adop-

⁽¹⁾ Palestra realizada na «Conferência sobre o Código Civil em Goa», de 14 a 16 de Maio de 1997, em Panjim, Goa; publicada na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 130.º (1997), pp. 38-42 e 109-11.

⁽²⁾ Para além dos casos de regime imperativo de separação de bens, quando o casamento fosse celebrado sem a precedência do processo preliminar de publicações.

Este regime foi alargado, em 1966, aos casos em que o nubente homem tivesse mais do que 60 anos e a mulher mais do que 50 anos; em 1977 a idade relevante passou a ser de 60 anos para qualquer dos nubentes (art. 1720.º).

taram o regime dotal, 126 adoptaram a comunhão de adquiridos e 1159 adoptaram a separação absoluta de bens (3).

Nesta época de ultimateção dos trabalhos preparatórios do Código de 1966, a aparência dos números sugeria duas conclusões. Em primeiro lugar, parecia que a população portuguesa aderira quase completamente à comunhão geral de bens, de tal modo que não fazia qualquer sentido mudar o regime supletivo. Em segundo lugar, parecia que o regime dotal não devia continuar a merecer honras de regime tipificado, pois que deixara há muito de ser usado.

Mas o Código de 1966 ainda manteve a tipificação do regime dotal (arts. 1738.º e segs.), que só veio a desaparecer na Reforma de 1977.

Quanto à pretendida adesão nacional ao regime da comunhão absoluta de bens, pode dizer-se que ela não correspondia à realidade portuguesa.

Em primeiro lugar, a circunstância de 98% dos casamentos adoptarem a comunhão geral *não significava propriamente uma escolha, uma preferência* por este regime; significava apenas que os nubentes não se davam ao trabalho e à despesa de fazerem uma convenção antenupcial para escolherem outro regime, sendo certo que a comunhão geral *não era repulsiva* para os nubentes que tinham bens, e *era indiferente* para quem não tinha nada de seu — coisa vulgar num país relativamente pobre como Portugal.

Em segundo lugar, a comunhão geral tinha entrado *em crise* no seio dos juristas europeus, naquela época. Por toda a parte se levantavam vozes contra um regime que permitia aos nubentes pobres adquirir fortunas através do casamento.

Pode parecer estranho que as maiores censuras ao regime da comunhão geral tenham aparecido só depois de este regime ter

(3) *Anuário demográfico*, 1963, p. 19.

sido usado durante centenas de anos. Mas este facto tem explicação (4).

Na verdade, o regime da comunhão era o regime tradicional em Portugal mas aplicou-se sempre num quadro de organização da propriedade complexo onde, ao lado da plena propriedade individual, existiam formas antigas de domínio. Era o caso dos «bens da coroa», dos «bens vinculados» e dos «prazos de livre nomeação», e ainda outros semelhantes, que eram, precisamente, *os bens mais valiosos*. Ora, estes bens *não entravam na comunhão*. Isto é: a comunhão geral aplicou-se durante séculos mas, afinal, só valia para bens menos importantes e para as famílias modestas ou mesmo rigorosamente pobres que não tinham nada para fazer entrar na comunhão.

Por outro lado, durante esses vários séculos de aplicação do regime o direito português *não previa o divórcio, nem o casamento civil*. Porém, quando estes dois institutos foram introduzidos no nosso Direito, começou a tornar-se mais patente o perigo de um nubente pobre casar e procurar rapidamente o divórcio, só para adquirir facilmente metade dos bens do outro (5).

Por último, a ascensão dos valores liberais diminuiu o controlo familiar sobre o matrimónio e propiciou o casamento de pessoas pertencentes a *classes diferentes, com fortunas diversas*. Esta circunstância aumentava o perigo da caça às fortunas através da comunhão geral de bens.

Por último, a comunhão geral — sobretudo na última fase em que abrangia realmente todos os bens, designadamente os de

(4) Seguindo CRUZ, G. Braga da, *O problema do regime matrimonial de bens supletivo, no novo Código Civil português*, B.M.J., n.º 53, 1956, pp. 184 e segs.

(5) Note-se que desde a introdução do divórcio, em 1910, e a entrada em vigor do Código de 1966, nem sequer se previa a cautela que passou a constar do artigo 1784.º (na versão de 1966) e 1790.º (na versão da Reforma de 1977). Durante aquele período longo, o cônjuge, mesmo que tivesse sido o único culpado, recebia a sua metade nos bens comuns.

maior valor — gerava o sentimento desagradável de que permitia a *passagem dos bens de uma linha de parentesco para outra*, sempre que um cônjuge morresse sem descendência. Na verdade, a meação dos bens que coubesse ao cônjuge sobrevivivo havia de passar, por morte deste, aos seus próprios parentes. E esta passagem dos bens para uma família consanguínea diferente era mal vista pela população, até há pouco tempo ⁽⁶⁾.

Compreende-se, portanto, que depois de tanto tempo de utilização pacífica da comunhão geral, os juristas nacionais (e estrangeiros em face de evoluções semelhantes) fossem adversos à manutenção deste regime como regime supletivo.

Os partidários da comunhão geral ainda propalavam, como último argumento, a ideia cristã de que a comunhão geral era o sistema que traduzia melhor, no plano patrimonial, a união espiritual do matrimónio, segundo a velha fórmula que via a mulher como *uxor et socia* ⁽⁷⁾ e considerava o casamento como *consortium omnis vitae*, união de duas pessoas numa só carne ⁽⁸⁾.

Mas um dos juristas mais influentes na preparação do Código, nesta parte, apesar de ser um católico indiscutível e um tenaz praticante, afirmou que era preciso não ignorar «as duras realidades da vida» ⁽⁹⁾, em que se incluíam os locupletamentos patrimoniais através de casamentos de conveniência, celebrados em comunhão geral de bens.

Na época a que me reporto — a da preparação do Código de 1966 — só havia um aspecto em que a comunhão geral de

⁽⁶⁾ Não conheço dados sociológicos sobre a eventual mudança de atitude da população perante o facto de os bens passarem de uma linha de parentesco para outra através do cônjuge sobrevivivo. Mas é voz corrente que alguma coisa mudou ao mesmo tempo que a pequena família ascendeu nas sociedades ocidentais, em prejuízo da família consanguínea.

⁽⁷⁾ LACRUZ; SANCHO, *Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 279.

⁽⁸⁾ CRUZ, G. Braga da, *ob. cit.*, p. 180.

⁽⁹⁾ CRUZ, G. Braga da, *ob. cit.*, p. 190.

bens parecia digna de preferência: tratava-se da *protecção do cônjuge sobrevivivo* — que era geralmente a mulher, com maior longevidade biológica e menor capacidade de ganho, sobretudo na época em que se discutia este assunto.

Na verdade, o regime da comunhão geral permitia sempre ao cônjuge sobrevivivo guardar metade dos bens do casal, com o que se poderia esperar que garantisse a sua subsistência. Ao contrário, no regime da separação de bens, um cônjuge sobrevivivo mais pobre não podia contar senão com os seus poucos haveres; e na comunhão de adquiridos só podia contar com a meação do que tivesse sido adquirido a título oneroso — que podia ser pouco, sobretudo se a duração do casamento tivesse sido pequena.

É claro que, em qualquer caso, o cônjuge sobrevivivo podia fazer valer um direito a alimentos contra os herdeiros — o *direito de apanágio*; mas esta protecção era claramente inferior à que ele obteria através da meação nos bens da comunhão geral.

Este argumento da melhor garantia do cônjuge sobrevivivo, porém, não foi suficiente para impor a permanência da comunhão geral como regime supletivo. Na verdade, a deficiência deste regime no ponto mencionado poderia corrigir-se através da modificação do estatuto sucessório do cônjuge. Esta modificação, que não foi feita em 1966, só foi claramente efectuada em 1977, com a inclusão do cônjuge na primeira linha dos sucessores ⁽¹⁰⁾.

Tudo ponderado pelos juristas encarregados da preparação do Código Civil de 1966, a condenação do regime da comunhão plena acabou por vencer. As alterações jurídicas e sociais que mencionei tornaram a comunhão de bens um regime suspeito, capaz de encobrir fraudes patrimoniais que diminuam a própria instituição matrimonial.

⁽¹⁰⁾ Cfr. a nova redacção do artigo 2133.º do Código Civil.

O regime que reuniu as preferências dos legisladores dessa época, como regime supletivo, foi a *comunhão de adquiridos* ⁽¹¹⁾.

O regime da comunhão de adquiridos, como se sabe, conjuga elementos próprios da separação de bens e elementos característicos da comunhão geral. São bens próprios os bens levados para o casamento e os adquiridos a título gratuito; são bens comuns os bens adquiridos onerosamente e o produto do trabalho dos cônjuges.

De acordo com um funcionamento normal, típico, deste regime, os bens que cada nubente tem, ou herda, não entram para a comunhão; e assim o nubente mais pobre não pode ter a pretensão de adquirir metade deste património, pelo mero acto de casar.

Ao contrário, cada cônjuge partilha os bens adquiridos com o esforço dos dois, quer o esforço se traduza em rendimentos do trabalho, quer em poupança e em trabalho no lar e na educação dos filhos. Além disto, pode esperar-se que cada cônjuge receba tanto mais quanto mais longa for a vida em comum e quanto maior for o valor dos bens entretanto adquiridos — o que parece justo.

Tal como antes aconteceu com a comunhão geral, o novo regime tem uma aplicação extensa; embora as estatísticas mostrem que a percentagem de casamentos celebrados segundo o regime supletivo desceu para 93%, em vez dos 98% que se registavam antes de 1966 ⁽¹²⁾.

Em 1977, operou-se uma extensa Reforma do Direito da Famí-

⁽¹¹⁾ Na altura em que o problema se discutiu, houve quem tivesse manifestado preferência pela separação de bens, ou ainda por um regime que se usava no norte da Europa — a participação nos adquiridos. Segundo este regime os bens são considerados como próprios de quem os adquiriu, durante o casamento, para todos os efeitos legais. Mas, na altura da cessação do matrimónio e da partilha, aqueles que foram adquiridos a título oneroso são contabilizados numa massa comum, cujo valor é dividido por metades, dando lugar a um crédito do cônjuge que tem a menor parte desses bens sobre aquele que tem a maior parte.

⁽¹²⁾ *Estatísticas da Justiça*, 1995, pp. 19 e 264.

Aumentaram certamente as convenções antenupciais para escolher outro regime; e suponho que terão aumentado também os casamentos em regime

lia e das Sucessões fundada, por sua vez, nas grandes alterações contidas na nova Constituição da República de 1976.

Os dois princípios que abalaram as leis anteriores e que impuseram uma revisão profunda dos textos portugueses foram o *princípio da igualdade dos cônjuges* e o *princípio da igualdade dos filhos* nascidos dentro ou fora do casamento. Por outro lado, a grande ascensão do valor da «pequena família conjugal» que esses princípios já exprimiam, impôs a melhoria radical da posição sucessória do cônjuge sobrevivente.

Não é possível, nesta breve intervenção, dar notícia de todas as alterações que se verificaram no direito português, em 1977. Mas é indispensável sublinhar três aspectos que exprimem o quadro legal que vigora no nosso país.

Primeiro: não foi modificado o regime supletivo da comunhão de adquiridos. Nunca se manifestou a necessidade ou a conveniência de alterar esse ponto da legislação.

Segundo: modificou-se o regime da administração dos bens dos cônjuges. De acordo com o Código Civil, na versão de 1966, o marido era o administrador dos bens do casal — tanto dos bens comuns como dos bens próprios da mulher. Embora a lei previsse algumas excepções importantes: por exemplo, a mulher tinha a administração dos bens que usasse no seu trabalho, e também dos bens que ganhasse nessa actividade.

Na Reforma de 1977, consagrou-se um regime igualitário: cada cônjuge administra os seus bens próprios e ambos administram, em conjunto, os bens comuns (art. 1678.º) ⁽¹³⁾.

Terceiro: o cônjuge sobrevivente, que ocupava a quarta posição na escala dos sucessíveis, subiu para a primeira posição, em con-

imperativo de separação de bens, celebrados por pessoas com idade superior a sessenta anos, pensando que a longevidade tem vindo a crescer.

Ignoro, neste momento, se os números publicados permitem conclusões seguras.

⁽¹³⁾ Salvo se se tratar de actos de administração ordinária, que qualquer dos cônjuges pode praticar.

junto com os descendentes. Beneficiou ainda de outros favores: tem sempre direito a receber uma quarta parte da herança (o que interessa quando os descendentes forem mais do que três); tem o direito de ficar a habitar a casa de morada da família; e pode suceder sem trazer à colação as liberalidades que tenha recebido, por acto entre vivos, do autor da sucessão.

Estas notas que salientei — expressivas do espírito que animou a Reforma de 1977 — mostram que *as preocupações contemporâneas do Direito da Família e das Sucessões portuguesas são as de construir um regime de igualdade jurídica dos cônjuges durante a vigência do matrimónio e de garantir a manutenção do estatuto sócio-económico do cônjuge sobrevivente.*

Nunca tinha chegado tão longe, no nosso país, a consagração do valor ascendente da «pequena família conjugal».

II. Os organizadores desta conferência propuseram-me a seguinte pergunta: «qual é o melhor regime para fortalecer a Família?»

Nas sociedades ocidentais, é razoável pensar que em tempos passados, e em certos momentos, a alteração dos efeitos patrimoniais do casamento ou a modificação das regras de transmissão sucessória tiveram consequências no seio da Família ou da sociedade em geral.

Durante o longo período histórico pré-industrial, em que a riqueza era fundiária, o património tinha a forma de terra produtiva e a Família constituía uma unidade de produção a que se associava um *status* económico e social. O regime de propriedade e o regime de administração dentro da Família tinham grande importância; e também tinha importância a forma de transmissão do património para os sucessores.

É de supor, por exemplo, que a forma de propriedade germânica «de mão comum» — em que nenhum dos familiares tinha direitos individuais sobre os bens e em que o chefe administrava

todo o património indiviso⁽¹⁴⁾ — permitisse atingir uma dimensão produtiva relevante, com uma gestão centralizada, o que podia significar uma vantagem económica comparativa.

Esta vantagem produtiva traduzia-se ainda numa vantagem social através de um *status* de poder e de influência, ligado ao apelido familiar comum.

Noutras épocas históricas pretendeu-se, ao contrário, enfraquecer as famílias possidentes, recorrendo às normas sobre a sucessão hereditária.

Foi o caso, por exemplo, da legislação francesa do princípio do século XIX, que impôs a divisão obrigatória dos bens pelos herdeiros, em partes iguais, para obrigar ao fraccionamento da propriedade. Assim destruiu a aristocracia tradicional e impedia a concentração da riqueza. A repartição das fortunas correspondia também ao ideal liberal da multiplicação dos agentes económicos⁽¹⁵⁾.

Nas sociedades ocidentais de hoje, *não me parece que a opção por um certo regime de bens possa ter uma influência notória sobre a Família, quer para a fortalecer, quer para a enfraquecer*⁽¹⁶⁾.

A Família ocidental passou a ser, desde há muito tempo, uma família conjugal — a «pequena família» — tendencialmente urbana, que já não desempenha a antiga função produtiva.

⁽¹⁴⁾ SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Lições de Direito das Sucessões*, 1, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1990, p. 143.

⁽¹⁵⁾ CASEY, James, *História da Família*, Lisboa, Círculo dos Leitores, 1989, p. 163; GLENDON, Mary Ann, *The Transformation of Family Law*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1989, p. 298.

⁽¹⁶⁾ Braga da Cruz já escrevia que «a ligação existente entre a comunhão absoluta no domínio patrimonial, e a união dos cônjuges, no plano espiritual e moral — ligação que toda a gente conhece — não se traduz numa influência daquela sobre esta, mas antes desta sobre aquela» — *ob. cit.*, pp. 190/1.

Por outro lado, a riqueza também se transformou (17). A maioria das famílias não tem bens ou, na melhor hipótese, serão donas da casa onde vivem. Nem se preocupam com a acumulação de bens para deixar aos sucessores — preferem gastar muito mais do que dantes com a formação académica e profissional dos filhos, e com o estabelecimento destes (18). A riqueza, no ocidente contemporâneo, é uma boa aptidão profissional, que propicie um bom emprego, um bom salário, uma pensão de reforma garantida; e, num nível superior e organizado da produção económica, a riqueza está na concentração dos pequenos afortos e no acesso aos financiamentos bancários.

A percentagem de casais que escolhe o regime de bens do casamento através de uma convenção antemrimonial foi sempre muito baixa — 1,7% antes de 1966 e 7% depois de 1966. Sendo certo que o regime supletivo mudou naquela data, não se vê que a mudança tenha interessado muito aos portugueses; parece antes que a grande maioria dos casais se mostrou sempre indiferente ao estatuto patrimonial do casamento.

Por outro lado, como simples unidade afectiva que se tornou, a Família conjugal é mais instável do que dantes. Desfaz-se com grande frequência através do divórcio, antes mesmo de ter tempo para acumular bens que justifiquem uma regulação legal. Uma grande parte das famílias casa sem ter bens e desfaz o casamento, por divórcio, sem ter bens.

(17) GLENDON, Mary Ann, *The New Family and The New Property*, Butterworths, 1981, pp. 91 e segs.; e *The Transformation ...*, pp. 135 e segs.

(18) Excepção feita aos casais de idade avançada que se preocupam com a sorte do viúvo, designadamente em França, onde a posição sucessória é a mais fraca dos países ocidentais. Por isto se nota um movimento considerável no sentido de modificar o regime de bens para constituir uma comunhão geral que garanta ao cônjuge sobrevivente metade do património — cfr. TERRÉ; SIMLER, *Droit Civil. Les régimes matrimoniaux*, 2.ª ed., Paris, Dalloz, 1994, p. 171.

Por estas razões, a Família quase não reage às modificações da organização da propriedade, dentro do casamento.

No Ocidente europeu e nas Américas, hoje, pode dizer-se que *não é só o regime de bens do casamento que não consegue influir sobre a Família — todo o Direito, por si só, não consegue determinar os comportamentos individuais e familiares.*

Os ordenamentos intermédios entraram em crise — a religião, a autoridade, os hábitos estabelecidos na comunidade, a vizinhança, a escola. Todo esse conjunto de normas reguladoras dos comportamentos individuais e familiares dissolveu-se num pluralismo radical e porventura inevitável. *O Direito ficou sem o arrimo desses outros ordenamentos — que ele afinal reproduzia e reforçava com a influência do seu aparato coercivo. Sem o conforto de uma realidade unívoca e pacificada, o Direito mostrou toda a sua debilidade como forma de regulação social* (19).

O Direito da Família, em particular, acanhou-se, para subsistir. Evoluiu para uma grande neutralidade, adaptando-se timidamente às tendências sociais complexas, que vão das formas novas de composição e funcionamento da família, à dignificação do estatuto da mulher e ao respeito pelas aspirações dos filhos menores. Esta neutralidade e o sentimento discreto de que «quanto menos lei melhor» (20), torna hoje inoportuna qualquer ideia de intervenção optimista para fortalecer a Família.

Neste quadro de relativo pessimismo, resta uma esperança de que *a intervenção sobre a Família se possa fazer de um modo indirecto, através do fortalecimento das organizações intermédias* (21) em que a Família pode encontrar auxílio para cumprir as tarefas que nenhuma outra instituição conseguiu cumprir em seu lugar — a gratificação afectiva dos seus membros e a socialização dos filhos.

(19) GLENDON, M. A., *The New ...*, pp. 118 e segs.

(20) GLENDON, M. A., *The New ...*, p. 138.

(21) GLENDON, M. A., *The Transformation ...*, p. 308.

O ideal da revolução burguesa liberal, na volta do século XIX, era o da eliminação de todos os corpos sociais que obstassem a uma relação directa e imediata entre o cidadão e o Estado. A mudança social nesse sentido ainda hoje não parou: o Estado tem crescido desmesuradamente e o cidadão parece irremediavelmente só e indefeso perante ele. Este individualismo extremo, aliado à «religião» da produtividade e da mobilidade social começa, porém, a ser acusado de provocar a fragilidade familiar e a infelicidade individual.

Alguns autores acreditam que as políticas legislativas de reforço das organizações intermédias darão às Famílias as condições que lhes têm faltado para desempenharem o seu papel.

Vamos acreditar que esta espécie de «Ecologia da Família» vai ser capaz de fortalecer os laços familiares.

SOBRE A PASSAGEM DE UM DIVÓRCIO LITIGIOSO PARA UM DIVÓRCIO POR MÚTUO CONSENTIMENTO (ART. 1774.º, N.º 2, DO CÓDIGO CIVIL) (*)

1. Um processo de divórcio deu entrada sob a forma de acção litigiosa, em Setembro de 1996, com um pedido do marido contra a mulher; feita a tentativa de conciliação, esta não teve êxito; a ré reconveio, com um pedido de divórcio contra o autor marido; em Maio de 1997, os cônjuges requereram ao tribunal a conversão da acção num processo de divórcio por mútuo consentimento; foram juntos os acordos relativos à atribuição da casa de morada de família e aos alimentos; o poder paternal relativo ao filho menor estava regulado em acção autónoma.

Em face destes elementos, trata-se de saber se o juiz deve marcar agora uma primeira conferência, nos termos gerais do processo de divórcio por mútuo consentimento, ou se pode ser considerada como feita essa primeira conferência na data da tentativa de conciliação, de tal modo que o juiz possa marcar já a segunda conferência, para decretar o divórcio.

2. Não conheço jurisprudência nem doutrina, em Portugal, que se tenha pronunciado sobre este problema ⁽¹⁾, embora me pareça que ele tem relevo bastante — quer para os tribunais quer para os interessados — para merecer atenção.

(*) Publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 130.º (1997), pp. 137-41.

⁽¹⁾ Eu próprio me limitei a enunciar o problema, no meu *Crítério Jurídico da Paternidade* ..., 1983, p. 191, nota 17.

3. Julgo, porém, que este problema já se tem apresentado na vida do foro. E suponho que tem recebido, quase sempre, da parte dos tribunais, uma resposta simples e porventura compreensível: depois da conversão em divórcio por mútuo consentimento, o processo decorre desde o princípio, nos termos gerais previstos nos arts. 1776.º e segs. do Código Civil e nos arts. 1419.º e segs. do Código de Processo Civil.

4. Admito, no entanto, que esta solução simples não seja aquela que o legislador imaginou quando previu a transformação do processo litigioso num processo por mútuo consentimento, nem seja a mais conveniente do ponto de vista dos interessados.

5. Na verdade, o legislador de 1977 procurou, como se esperava, evitar os sacrifícios conhecidos que advêm de um divórcio litigioso, favorecendo a transformação do pleito numa acção mais serena, assente no mútuo acordo dos cônjuges.

E pode dizer-se que o legislador facilitou o mais que pôde essa transformação; de facto, em vez de marcar algum limite temporal ou processual para se requerer a conversão de uma acção noutra, admitiu que os cônjuges mudassem de caminho em qualquer altura do processo⁽²⁾. Assim, pode acontecer que os cônjuges aceitem a transformação logo no início do processo litigioso, quando o juiz propõe, e falha, a tentativa de conciliação (art. 1774.º, n.ºs 1 e 2); como isso também pode acontecer quando já se praticaram

(2) O que leva Miguel Teixeira de Sousa a admitir que isto se passe «mesmo em instância de recurso» — *O regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 101.

Note-se, a propósito, que esta modificação é admitida no direito francês mas só até ao momento em que ainda não houver qualquer decisão de fundo — o que exclui a fase de recurso. Veja-se a breve nota de TERRÉ e FENOUILLET manifestando dúvidas sobre o acerto desta limitação — *Droit Civil. Les Personnes. La Famille. Les incapacités*, 6.ª ed., Paris, Dalloz, 1996, p. 431.

vários actos processuais — articulados, especificação e questionário, diligências probatórias, julgamento.

6. O legislador aceitou essa transformação com grande largueza e ponderou, necessariamente, as consequências de natureza processual que resultariam daquela faculdade conferida às partes. Como haveria de prosseguir o pleito? O que fazer dos actos já praticados? Qual a margem de liberdade que o juiz há-de ter para conduzir o processo de aí em diante?

7. A resposta mais simples e mais óbvia para aquelas perguntas seria a de o divórcio voltar ao princípio, para começar nos termos gerais que estão previstos para a dissolução por mútuo consentimento. Portanto, seriam dados como inúteis todos os actos processuais praticados — qualquer que fosse a sua natureza e extensão — para se apresentar o requerimento normal e a acção correr como nada se tivesse passado antes; o juiz não teria qualquer poder para adaptar a situação anterior à nova disposição manifestada pelas partes.

Se o legislador tivesse pretendido esta resposta para o problema, teria afirmado, evidentemente, que havia de se intentar o pleito nos termos do processo de divórcio por mútuo consentimento.

Ou melhor: se o legislador tivesse pretendido um resultado tão modesto, *não teria dito nada!* Na verdade, não seria preciso ditar o art. 1774.º, n.º 2, para autorizar o cônjuge autor do divórcio litigioso a desistir do pedido e fazer, a seguir, um requerimento conjunto com o anterior réu, para iniciarem um divórcio por mútuo consentimento. Isto sempre foi possível ao abrigo dos princípios gerais!

Creio, portanto, que o legislador de 1977 não adoptou aquela atitude simplista e insólita.

8. Estou convencido de que o legislador sentiu os inconvenientes de inutilizar tudo o que se tivesse passado até à conversão

das partes ao mútuo acordo, quanto mais não fosse pelas velhas razões de economia processual.

Não se pretende sobrevalorizar este argumento, mas julgo que é lamentável inutilizar porventura um processo litigioso inteiro, em que os cônjuges manifestaram amplamente o propósito de dissolver o casamento, para depois fazer correr tudo de novo, a partir do requerimento conjunto, com o fraco resultado de apurar o que já estava claramente verificado — que os cônjuges querem divorciar-se...

O legislador certamente admitiu que os objectivos que se pretendem com o formalismo processual previsto para o divórcio por mútuo consentimento já estariam atingidos, total ou parcialmente, com o esforço processual que entretanto fora realizado, no âmbito da acção litigiosa. Por outras palavras, estou convencido de que o legislador quis que fosse aproveitado o esforço processual realizado, na medida em que ele exprimisse e satisfizesse os requisitos substanciais que a lei exige para conceder o divórcio por mútuo consentimento.

9. Creio também, por consequência, que o legislador pretendeu conferir ao juiz os poderes discricionários suficientes para proceder ao aproveitamento dos actos praticados no decurso da acção litigiosa, fazendo um juízo acerca da utilidade de cada um, do seu relevo no contexto novo do divórcio por mútuo consentimento.

Esta é a atitude mais conforme com a tendência para conferir ao juiz poderes amplos, em intervenções de jurisdição voluntária.

Também aqui não pretendo abusar do argumento para dizer que o legislador permitiu ao juiz fazer tudo o que entendesse mais conveniente; mas é indiscutível que o divórcio por mútuo consentimento está regulado no âmbito dos processos de jurisdição voluntária (Cap. XVIII do Código de Processo Civil) e que o juiz costuma ter poderes mais latos dentro deste âmbito de intervenção.

10. Este entendimento é o único que permite compreender que o legislador tenha determinado que a acção havia de seguir os termos do processo de divórcio por mútuo consentimento, *com as necessárias adaptações* (art. 1774.º, n.º 2, do Código Civil).

O simples facto de vir admitir expressamente que se passe de um divórcio litigioso para um divórcio por mútuo consentimento tem de ter uma intenção fora do vulgar. Na verdade, se se tratasse apenas de acabar uma acção para começar outra, seria ridículo vir afirmá-lo... porque isso já seria obviamente admitido!

Só tem sentido autorizar a modificação e, ainda por cima dizendo que isto se fará com as «necessárias adaptações», quando se prevê que o processo se afaste das vias normais.

E só haverá «adaptações» se se puder aproveitar actos que já decorreram, na medida em que sejam úteis, de tal modo que não seja imperioso percorrer todos os passos que estão previstos para os casos normais.

Pelo contrário, se o processo começar inteiramente de novo, com o requerimento conjunto, para prosseguir como se nada tivesse acontecido antes, não há qualquer adaptação, não se aproveita nenhum acto anterior, não se valoriza o esforço processual dispendido. O juiz, por seu turno, não tem poderes especiais porque não tem nada de especial para fazer. Em suma, não se fazem as «necessárias adaptações» que a lei autoriza e impõe, e o art. 1774.º, n.º 2, parte final, será inútil.

11. Este problema já se apresentou ⁽³⁾, de uma forma muito parecida, em França, na sequência da lei do divórcio de 1975, em que a nossa Reforma de 1977 parece ter-se inspirado.

O art. 246.º, n.º 1, do *Code Civil*, previa a passagem da acção do modo litigioso para o mútuo acordo, determinando que o *tri-*

(3) A exposição seguinte, sobre o direito francês, baseou-se em: Trib. gr. inst. Paris, 13 mai 1976, J.C.P. 1976. II. 18400 *bis*, note Lindon; Trib. gr. inst. Belfort, 8 mars 1977, J.C.P. 1977. II. 18654, note Lindon; Trib. gr. inst. Lyon, 30 juin 1983, J.C.P. II. 20333, note Lindon.

bunal de grande instance podia tomar conhecimento dos acordos, homologá-los e decretar o divórcio. Porém, o n.º 2 deste artigo, e o art. 1077.º, n.º 2, do *Code de Procédure Civile*, afirmavam que a competência para decretar o divórcio por mútuo consentimento cabia ao *juge aux affaires matrimoniales*.

Assim, hesitou-se sobre qual era o tribunal competente para a decisão.

Três sentenças remeteram o processo para o *juge aux affaires matrimoniales*, para começar tudo de novo — com o requerimento conjunto, as duas conferências e o decurso do prazo de alguns meses entre a primeira e a segunda conferências.

Em 30 de Junho de 1983, porém, o *tribunal de grande instance* de Lyon notou a contradição entre o disposto nos dois números do art. 246.º, quanto à competência dos tribunais, e decidiu ao contrário daquelas outras sentenças. Considerou-se competente para homologar os acordos e decretar o divórcio, adaptando o processo normal a este caso excepcional de «passagem» de um litígio para um mútuo acordo. Os seus argumentos foram dois:

- a) Se se tratar apenas de acabar um processo litigioso no *tribunal de grande instance* para começar outro, por mútuo consentimento, no *juge aux affaires matrimoniales* ... não era preciso publicar nenhuma norma, e o art. 246.º, n.º 1, seria inútil;
- b) O art. 246.º só tem sentido se instituir um regime excepcional que «... permita poupar os cônjuges, já submetidos a um longo processo, à necessidade de começar uma nova acção, de comparecer duas vezes perante o *juge aux affaires matrimoniales* e de esperar ainda vários meses antes de ficarem divorciados» (4).

(4) Trib. gr. inst. Lyon, 30 juin 1983, J.C.P. II. 20333: «... l'existence de l'article 246 ne s'explique et ne se justifie que si sa mise en oeuvre aboutit à épargner aux époux, soumis déjà à une longue procédure, d'avoir à entamer une

12. R. LINDON lembrou que o sistema francês (semelhante ao nosso) foi alcunhado, nas discussões parlamentares, de «*passerelle*». E, depois de apoiar totalmente a decisão do tribunal de Lyon — pelas razões aduzidas na sentença e por ser a decisão mais conforme com a intenção do legislador — afirmou que a opinião contrária transformaria a descjada «*passerelle*» num mero «*retour*»!

13. No caso concreto que me foi presente em linhas gerais, creio que o esforço processual dispendido durante a acção litigiosa pode ser valorizado e aproveitado no sentido de mostrar inequivocamente a vontade que os cônjuges tinham e têm de se divorciarem. De facto, se a vontade do cônjuge autor resulta da petição inicial que abriu o processo de divórcio, a vontade do outro cônjuge resulta inequivocamente da reconvenção que fez em tempo oportuno. Esta vontade comum de dissolver o casamento manifestou-se há sete ou oito meses; e foi reiterada agora, no momento em que os cônjuges formularam a intenção de seguir o processo por mútuo consentimento.

Sendo assim, foram cumpridos os objectivos que a lei prossegue quando, no processo normal de mútuo consentimento, impõe a primeira conferência e obriga os cônjuges a um período de amadurecimento que culminará com a renovação do pedido e a subsequente marcação da segunda conferência.

O período de reflexão, o tempo de amadurecimento e a reiteração do pedido foram cumpridos já. E devem ser aproveitados agora, para economizar actos processuais inúteis, repetitivos, que prejudicam o Estado e forçam os particulares a uma demora que não tem justificação.

As «necessárias adaptações» que a lei impõe são estas, neste caso: o tribunal deve prescindir da realização da primeira confe-

nouvelle procédure, à comparaître deux fois devant le juge aux affaires matrimoniales et à attendre encore plusieurs mois avant d'être divorcés».

rência porque já se realizaram actos suficientes (sobretudo a reunião preliminar prevista no art. 1774.º do Código Civil e o decurso de vários meses até a apresentação do requerimento conjunto) para o tribunal dar por assente que existe uma vontade clara, amadurecida e persistente de dissolver o casamento.

Por estas razões, creio que *o tribunal deve usar os poderes de adaptação processual que a lei expressamente lhe confere e marcar já a conferência final, em que homologará os acordos dos cônjuges e decretará o divórcio. Se não fizer isto — ou alguma outra coisa que exprima a decisão de adoptar um procedimento excepcional — não respeitará a intenção legal de transformar o pleito nem respeitará o comando legal que determina que se façam «as necessárias adaptações» quando se transforma a acção litigiosa num processo por mútuo consentimento.*

14. Parece-me útil prevenir uma objecção possível: pode haver quem pense que o período de amadurecimento, entre a primeira e a segunda conferências, vale não só para consolidar a vontade de dissolver o casamento, mas também para obrigar a reflectir sobre os acordos sobre alimentos, casa de morada de família e exercício do poder paternal.

Não me parece que a espera imposta pelo regime legal tenha este alcance.

É verdade que o requerimento conjunto de divórcio deve ser acompanhado dos acordos relativos aos três assuntos mencionados; e também é verdade que os acordos sobre esses assuntos devem estar presentes na segunda conferência, para que o juiz os homologue e decrete o divórcio. Mas daqui não resulta que o legislador dê igual importância à vontade de obter o divórcio e à vontade que sustenta os acordos. O período de reflexão pretende garantir que a vontade de dissolver o casamento é amadurecida; não existe para garantir que a vontade que sustenta os acordos é amadurecida. Os acordos são bem mais simples, menos importantes do que a vontade de dissolver o casamento.

Aliás, quando se trata de obter o acordo semelhante dos cônjuges para aqueles mesmos assuntos, em divórcio litigioso, o juiz procura o acordo e, se o obtiver, não vai sujeitar o resultado obtido a uma reflexão e uma confirmação (art. 1407.º, n.º 2, do Código de Processo Civil).

O que a lei quer reflectida e amadurecida durante alguns meses é a vontade de dissolver o casamento — essa vontade excepcional e radical que vai extinguir o casamento com força de caso julgado.

A vontade que sustenta os acordos não tem a mesma importância — é controlada pelo juiz, que pode sugerir modificações, sob pena de não homologação, e nem sequer fixa os regimes respectivos com força de caso julgado. Se a vontade dos ex-cônjuges e as circunstâncias objectivas mudarem, logo se farão novos acordos, em processo novo.

Sendo assim, no caso presente, não deve dizer-se que todo o processo por mútuo consentimento deve correr para que os cônjuges amadureçam os acordos que apresentaram recentemente, com o requerimento conjunto. Os meses de reflexão valem para amadurecer a vontade essencial de pedir divórcio; não são impostos para confirmação dos acordos que, sendo importantes, são secundários relativamente à vontade central de dissolver o vínculo.

Na conferência que se espera — e que no meu entender podia e devia ser a última — o juiz apreciará os acordos. Se tiver motivo, poderá assinar um prazo, nos termos gerais, para que os cônjuges os alterem; se não for o caso, deverá homologá-los e decretar o divórcio.

Nesta altura, nem é caso para tratar de acordos provisórios — o tempo dos acordos provisórios já passou, no início da acção litigiosa. E até já foi regulado judicialmente o exercício do poder paternal do filho menor.

15. Esta resposta, apesar de convicta, não ficará completa se eu não reconhecer que o comando legal que impõe ao juiz

que faça «as necessárias adaptações» é uma ordem de execução delicada. Na verdade, ela impõe ao juiz responsabilidades especiais — obriga-o a escolher as adaptações necessárias em cada caso, segundo o momento em que o processo muda de figura e segundo a quantidade e a natureza dos actos que tenham sido praticados.

Talvez por ser um passo difícil, é voz corrente que, embora não seja inédito, não costuma ser dado. Mas deve ser dado.

PROTECÇÃO DE MENORES PROTECÇÃO FAMILIAR

Perspectivas (*)

1. Protecção da Família e dos Menores que a integram

A protecção do agregado familiar nas leis portuguesas é bem vinculada. Ao referir-se à Família, a Constituição da República usa a fórmula mais tradicional e expressiva: chama-lhe «elemento fundamental da sociedade» e consagra uma extensa lista de obrigações do Estado cujo cumprimento se pretende «para protecção da Família» (artigo 67.º).

Além deste artigo básico, são numerosos os dispositivos constitucionais que procuram garantir e promover o sucesso da vida familiar — normas que declaram a maternidade e a paternidade «valores sociais eminentes» e que classificam o papel dos progenitores como «insubstituível» (artigo 68.º, n.º 1 e n.º 2), normas que atribuem aos pais «o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos» (artigo 36.º, n.º 5), que impõem ao Estado o dever de colaborar com os pais na educação dos filhos (artigo 67.º, n.º 2, al. c)), que estabelecem um direito à protecção das crianças «com vista ao seu desenvolvimento integral» (artigo 69.º, n.º 1) e que alargam esta protecção à juventude, em todas as dimensões da sua vida em sociedade (artigo 70.º).

(*) Este texto resulta da adaptação da palestra, proferida pelo Autor, no Colóquio *Protecção de Menores*, organizado pela Faculdade de Direito da U.C., em 14-15 de Fevereiro de 1997.

E ainda outras passagens da lei fundamental mostram empenho na promoção do ensino das crianças (artigo 74.º, n.º 3 e n.º 4), na defesa dos menores no mundo do trabalho (artigo 59.º, n.º 2, al. c)), no âmbito da saúde (artigo 64.º, n.º 2, al. b)), e nas dificuldades próprias da orfandade (artigo 63.º, n.º 4).

Para além da Constituição da República, também o Código Civil (C.C.) contém regimes de defesa da Família e, reflexamente, dos menores que a integram.

Destaco, neste âmbito, o regime da averiguação oficiosa da paternidade que, organizado desde 1967, procura evitar a chamada «paternidade incógnita». Milhares de crianças têm podido conhecer a identidade do seu pai graças a este mecanismo legal, aliás pouco generalizado nos países que conhecemos.

Menciono, também, regimes que promovem a coesão familiar, como a norma que obriga os pais a manter o convívio dos filhos com irmãos e com ascendentes (artigo 1887.º-A); e a norma que permite o exercício conjunto do poder paternal de pais não unidos pelo casamento (artigo 1911.º, n.º 3).

Merece uma referência ainda, a obrigação que impende sobre os agentes do Ministério Público de intervir em defesa dos menores, na medida em que a sua Lei Orgânica lhes atribui, tradicionalmente, a competência para a representação dos incapazes.

2. Protecção dos Menores contra si próprios

Os menores de dezoito anos não têm capacidade para exercer livremente os seus direitos. São representados pelos seus pais que, nesta qualidade de representantes, praticam os actos jurídicos em nome dos seus filhos (artigo 1878.º, n.º 1, do C.C.).

A justificação corrente desta incapacidade para agir, universalmente reconhecida, está na necessidade de defender os menores contra as suas próprias fraquezas. Assim, esta diminuição jurídica que as leis impõem aos menores não é um castigo — é

antes uma protecção. Pensa-se que os pais saberão e quererão agir em nome dos menores e no seu melhor interesse.

Veremos, já em seguida, que este poder de agir em nome dos menores não é inteiramente livre; o poder de representar os filhos é controlado pelo Estado, para que os pais não abusem dele, com prejuízo para os menores.

3. Protecção dos Menores contra a Família; Protecção da pessoa e Protecção dos bens

Apesar de o nosso sistema jurídico dar uma preferência manifesta à família como centro de educação e desenvolvimento dos filhos, é também verdade que os legisladores são suficientemente realistas para saberem que os pais nem sempre têm condições para desempenhar o papel protector que se espera deles.

Por esta razão, estão previstas disposições que defendem tanto a pessoa dos filhos como o seu património.

Refiro-me, no primeiro caso, às normas que estabelecem os pressupostos da inibição do poder paternal, sempre que os pais infringjam gravemente os seus deveres para com o menor, por qualquer causa (artigo 1915.º do C.C.); refiro-me, também, aos preceitos que justificam simples limitações aos poderes dos pais, quando o menor se encontrar em perigo quanto à segurança, saúde, formação moral ou educação (artigos 1918.º e segs. do C.C.).

Merece também o maior relevo a incriminação dos maus tratos ou sobrecarga de menores (artigo 152.º do Código Penal) e as várias normas que prevêm crimes de natureza sexual contra crianças (artigos 172.º e segs.), com agravação das penas quando o autor for pai ou familiar (artigo 177.º).

No que respeita à protecção dos bens dos menores, sublinho a importante lista de actos que os pais não podem praticar sem autorização prévia do tribunais apesar de serem os representantes legais dos filhos menores (artigo 1889.º do C.C.). Por outro lado, quando a administração que os pais fizerem for muito má, é sempre possível requerer ao tribunal as providências que parecerem

adequadas, designadamente a prestação de informações sobre a administração, a prestação de contas, ou o pagamento de caução (artigo 1920.º do C.C.). Em último caso pode ser decretada uma inibição do poder paternal no que se refere à gestão do património; neste caso será nomeado um administrador dos bens do menor (artigos 1922.º e 1915.º, n.º 2, do C.C.).

4. Protecção dos Menores nas situações de crise da Família

Como seria de prever, nas situações de crise familiar o legislador prestou uma atenção particular às necessidades dos menores.

Em todos os sistemas jurídicos conhecidos — e obviamente no nosso — o grande critério que orienta todas as decisões judiciais é o critério do «interesse do menor».

O legislador pretende satisfazer o melhor interesse do menor logo no modo como regula, em geral, os processos emergentes da crise familiar: por exemplo, os processos correm em tribunais de competência especializada, mais preparados para analisar questões melindrosas; os processos caem no âmbito da chamada jurisdição voluntária, o que dá grande maleabilidade ao papel do juiz e permite modificar as decisões quando seja conveniente fazê-lo; e as decisões têm sempre recurso, etc.

Por outro lado, a lei reclama do tribunal uma decisão que seja a melhor possível para o menor concreto cuja protecção é necessária. Para este efeito auxilia o tribunal com pareceres de especialistas de áreas afins do Direito, dá-lhe poderes amplos de intervenção, e permite-lhe, inclusivamente, rejeitar acordos feitos pelos pais que tenham desvantagens para os filhos (artigos 1778.º e 1905.º do C.C.).

Numa palavra: nas situações de crise, o Estado procura garantir que as conveniências dos menores sejam a preocupação fundamental do juiz.

Pode dizer-se que foi justamente este cuidado especial nas situações de crise que levou o legislador português, recentemente, a con-

sagrar a faculdade de decidir a guarda conjunta dos filhos, depois do divórcio (artigo 1906.º, n.º 2 e n.º 3). Por outro lado, quando um menor for confiado só a um dos progenitores, a lei procura que ele mantenha «uma relação de grande proximidade» com o progenitor a quem não tenha sido confiado (artigo 1905.º, n.º 1 e n.º 2). Estes regimes pretendem favorecer o maior grau de coesão familiar que é possível conseguir na situação adversa de que se trata.

5. Protecção dos Menores nas situações de ausência da Família

Nas situações de ausência da Família — quer porque não foram estabelecidos os laços de maternidade e de paternidade, quer porque os pais morreram, quer ainda porque os progenitores perderam o poder paternal — a lei portuguesa prevê uma extensa regulamentação sobre a nomeação de um tutor e sobre o exercício da tutela.

De um modo geral, pode dizer-se que a primeira preocupação está na escolha da pessoa do tutor (artigos 1927.º e segs. do C.C.) (1). O tutor é um substituto dos pais e, portanto, deve dar as maiores garantias de estimar o menor e de se interessar pelo seu desenvolvimento.

(1) Ao ler o enunciado das pessoas que não podem ser tutores, impressionou-me a proibição taxativa que recai sobre «os divorciados e os separados judicialmente de pessoas e bens por sua culpa» (artigo 1933.º, n.º 1, al. f)).

Em primeiro lugar, a definição da culpa relevante podia ser mais clara, desde que se tivesse seguido o modo habitual que se encontra expresso nas normas que prevêm o conteúdo da sentença de divórcio e as suas consequências. Isto é, devia estar esclarecido se se trata de culpa exclusiva ou de culpa principal, nos termos do artigo 1787.º

Em segundo lugar, parece-me que não está excluído que um progenitor culpado fique com a guarda e o exercício do poder paternal sobre um seu filho, desde que as circunstâncias do caso mostrem que essa é a melhor maneira de satisfazer o interesse do menor. Então, percebe-se mal que esse progenitor não possa, liminarmente, ser tutor de outro menor.

Em segundo lugar, foi necessário definir os poderes do tutor (artigos 1935.º e segs. do C.C.): estes poderes são menos amplos do que os dos pais; o exercício da tutela é vigiado pelo Conselho de Família (artigo 1954.º do C.C.); e o tutor é obrigado a prestar contas da administração dos bens do seu pupilo (artigo 1944.º do C.C.).

Ao lado do tutor (ou ao lado dos pais, por vezes) pode existir a figura do administrador de bens — o tutor cuidará da pessoa do menor e o administrador cuidará dos bens (artigo 1967.º do C.C.).

Não interessa aqui analisar estes regimes — só interessa sublinhar que temos, no nosso Direito vigente, instrumentos minuciosos para proteger os menores na ausência de pais.

6. O respeito pela autonomia dos Menores

Neste último ponto quero sublinhar o aspecto mais interessante do estado da legislação portuguesa acerca dos menores. Refiro-me à protecção que resulta do respeito pelo menor enquanto pessoa autónoma; por outras palavras, vou destacar as normas que vêm no menor um cidadão respeitável, com as suas inclinações e o seu feitio peculiar.

As primeiras palavras que se lêem no capítulo do poder paternal, no Código Civil, dizem que «pais e filhos devem-se mutuamente respeito...» (artigo 1874.º, n.º 1). Esta pequena e discreta passagem do texto significa, creio eu, uma revolução no modo de entender as relações entre os pais e os filhos; uma inovação que pretende alterar concepções seculares que só impunham aos filhos o dever de respeitar os pais — e nunca afirmavam que o dever de respeito é mútuo.

Em coacção com esta norma, um artigo subsequente — 1878.º — define o conteúdo do poder paternal. No seu n.º 2 afirma com grande clareza que «os filhos devem obediência aos pais»; mas logo acrescenta que os pais, «de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos

familiares importantes» e devem «reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida».

O significado destes textos legais aparece ainda mais notável quando os confrontamos com as regras correspondentes que vigoravam antes da Reforma do Código Civil, em 1977. Nesses preceitos, hoje revogados, dizia-se que os pais tinham «o poder de corrigir moderadamente os filhos nas suas faltas» (artigo 1884.º revogado). Esta frase autorizava os pais a usar as tradicionais «palmadas»; ninguém afirmará que os castigos físicos leves são hoje proibidos, mas não há dúvida de que o legislador de 1977 omitiu a expressão que se referia às correcções moderadas e fê-lo certamente por pudor e por respeito pelos menores.

Ainda no âmbito do Código Civil, há outras manifestações claras de respeito pela individualidade pessoal dos menores.

Estou a pensar no artigo 1886.º que atribui, aos jovens que tenham feito dezasseis anos, o poder de decidir livremente a sua opção religiosa. Os pais não têm o poder de interferir na decisão final que o menor tome, por exemplo, no sentido de escolher uma religião diferente daquela que a Família adoptou.

É ainda esclarecedor que, em caso de divergência dos progenitores acerca de assuntos «de particular importância», que leve os pais a pedir a intervenção do tribunal, o menor que já tenha catorze anos deve ser ouvido pelo juiz, para dar a sua opinião, a não ser que haja «circunstâncias ponderosas» que «o desaconselhem» (artigo 1901.º, n.º 2).

No âmbito do regime da tutela — o instituto que protege os menores que não têm pais que possam cumprir o seu papel — o pupilo que tenha feito catorze anos tem de ser ouvido pelo tribunal para que dê a sua opinião acerca da pessoa que deve ser nomeada como tutor (artigo 1931.º, n.º 2). Além disto, o menor sob tutela que tenha dezasseis anos tem legitimidade para convocar o Conselho de Família — um pequeno grupo de familiares ou amigos do menor, presidido pelo agente do Ministério Público, que controla o exercício dos poderes do tutor (artigo 1957.º, n.º 1).

É indispensável acrescentar o conhecido regime do artigo 127.º do C.C., onde se consideram válidos certos actos jurídicos praticados pelos menores. De um modo geral, trata-se de actos de disposição de bens que eles adquiriram pelo seu trabalho, de negócios integrados na profissão que ele tenha sido autorizado a exercer e de actos da vida corrente, de pequena monta.

Destaco, fora do Código Civil, o regime do acesso às consultas de educação sexual e de planeamento familiar, estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 73/84, de 2 de Março, e pela Portaria n.º 52/85, de 26 de Janeiro. Depois de algumas dúvidas sobre a questão de saber se os menores poderiam frequentar essas consultas sem a autorização dos pais, estes diplomas vieram dar uma resposta afirmativa. Este é, pois, mais um domínio em que se protege o menor, respeitando a sua autonomia.

Também merece nota o preceito do Código Penal que retira do âmbito do poder paternal a decisão de consentir numa interrupção da gravidez, quando está em causa uma menor que já tenha dezasseis anos (artigo 142.º, n.º 3). Aliás, de um modo geral, as leis penais dão o máximo relevo às declarações de vontade dos menores que tenham mais de catorze anos e possuam o discernimento necessário (artigo 38.º do Código Penal).

Por último, anoto apenas a existência de vários acordos internacionais — designadamente os acordos relativos à guarda e aos alimentos devidos a menores.

Nesta breve passagem pelos textos do direito em vigor limitei-me, propositadamente, aos textos principais — no sentido daqueles que definem as grandes preocupações e os grandes princípios do sistema jurídico português.

Estou muito convencido de que este corpo básico de normas é bastante bom — envolve o Estado e a Família num grande empenho dirigido à protecção dos menores.

Mas esta afirmação optimista não pretende esconder que, no âmbito das «leis de execução», digamos assim — como a Organização Tutelar de Menores — há deficiências graves. E também não pretende esconder que, provavelmente, os meios reais

que existem, no terreno, são escassos e condenam as melhores leis à ineficácia prática.

E então? Quais são as perspectivas da protecção jurídica familiar? O que se pode esperar das leis que regem a Família, nos tempos que se avizinham?

Tem-se verificado uma atenção constante para melhorar as regras jurídicas, de tal modo que a Família possa desempenhar o seu papel. São exemplo disto as normas recentes, já citadas, que estimulam a coesão familiar mesmo em caso de divórcio, e as modificações no sentido de facilitar e promover o processo de adopção.

Creio que, depois de terem sido corrigidos alguns dos defeitos que foram assinalados à Organização Tutelar de Menores, o corpo de leis que teremos para garantir a Protecção de Menores, sobretudo no âmbito da Família, será adequado.

Mas — lamento dizê-lo — não creio que o Direito e as Leis possam grande coisa, nesta matéria. Os sinais que nos chegam todos os dias da violência, da intolerância, da pobreza e da competição excessiva que grassam pela nossa comunidade nacional não me deixam grandes esperanças de ver, em breve, uma sociedade realmente favorável e protectora dos menores.

Vivi a minha minoridade num ambiente protegido — no Colégio Militar. Nessa altura dizia-se que o Exército era «o espelho da Nação». Para mim, hoje, o espelho da nação é, prosaicamente, o tráfego automóvel — com um bom código da estrada ... e péssimas taxas de sinistralidade. Infelizmente, as boas leis não chegam para garantir boas estatísticas; e muito menos para garantir a felicidade.

Neste nosso tempo, rápido e implacável, os menores vão continuar a ser os pequenos peões que se arriscam, quotidianamente, nas veredas perigosas que os adultos e a Família lhes reservam, distraidamente.

A REFORMA DO DIREITO DA FAMÍLIA DE MACAU (*)

I. Fazer leis já não é o que era dantes. As sociedades tornaram-se complicadas porque, em pouco tempo, perderam a homogeneidade scultural que tiveram e dentro da qual foram feitos todos os códigos que conhecemos. Produto do Iluminismo e do Individualismo burguês, toda a codificação moderna nasceu para sociedades organizadas em torno de instituições sólidas, com um dado quadro de valores, e com hierarquias claras e visíveis.

Os problemas sociais e jurídicos sempre reclamaram soluções, mas era possível encontrar uma solução dominante sabendo-se que tanto os desvios esperados como as pressões em sentido diverso seriam pequenas ou teriam uma expressão pública insignificante. Em suma, as leis costumavam ser feitas para sociedades relativamente estabilizadas.

Hoje, por razões que nem sempre são óbvias, os problemas sociais que geram conflitos e necessidade de regulação aumentaram em quantidade e em intensidade. Os legisladores contemporâneos têm de tomar decisões difíceis sobre o ordenamento urbano e o ambiente, sobre os lixos, a caça, o trânsito, as embalagens, a publicidade, a conservação de produtos alimentares, etc., problemas que seguramente não ocuparam os cérebros dos legisladores das grandes codificações, até agora.

(*) Texto da intervenção nas «Jornadas de Direito Civil e Comercial: o Código de Civil e o Código Comercial de Macau», em 28-30 de Setembro de 1999.

Além disto, como se sabe, estamos condenados a viver dentro de sociedades plurais, onde as instituições não conseguem desempenhar a função pacificadora que tiveram, onde o crédito dos valores é sempre sujeito a escrutínio e portanto não se pode revelar uma hierarquia de normas clara que se pretenda impor a todos. Cada opção legislativa — e isto vale para grandes e também para pequenos problemas — tem que ser precedida por inúmeras consultas aos chamados parceiros sociais, que por sua vez hesitam no entendimento do que sejam os melhores interesses dos seus associados, para se conseguir chegar a soluções que nunca terão a antiga pretensão de agradar a todos ou, pelo menos, de responder a um sentimento jurídico-social dominante. O legislador contemporâneo, para além de estar obrigado a obter permanentemente o compromisso entre pretensões diferentes, quase só pode confiar na tolerância dos concidadãos para garantir a aplicação das normas laboriosamente conseguidas. Na tolerância ... e na promessa implícita de novos e sucessivos compromissos, que acrescentam a velocidade das mudanças normativas, a instabilidade social e a difícil tarefa de fazer leis.

II. Os legisladores do Direito da Família, concretamente, já tiveram uma vida fácil. Mas hoje, tenho para mim que esta área do direito é das mais delicadas, e seguramente é a mais difícil de todo o direito civil.

Já foram dolorosos os passos dos anos sessenta e setenta — do poder marital para a igualdade, da administração pelo marido para a administração conjunta dos bens comuns, do marido *breadwinner* até ao livre exercício da profissão, do *favor matrimonii* até à igualdade dos filhos. Mas, quando se pensava que o direito da família se estabilizaria neste modelo democrático e solidário de conjugalidade eis que, por todo o mundo, se discutem as normas que há vinte ou trinta anos pareciam adequadas.

No âmbito do direito matrimonial — e no que respeita ao conceito e ao sentido do casamento — tem-se acentuado claramente a privatização da vida em comum, a rejeição de toda a

legitimação externa do casamento ⁽¹⁾ — seja pela Igreja, seja pelo Estado — rejeição que tem feito aumentar o número de pessoas que vivem em união de facto, legitimadas apenas pela gratificação que extraem da convivência e pelo prolongamento do seu acordo. A união de facto aí está, pois, a concorrer socialmente com a instituição do casamento e a propor aos legisladores o desafio de lhes pedir a concessão da eficácia jurídica sem prejudicar a condição de união de facto... Um ou outro legislador já tentou este equilíbrio arriscado e atribuiu alguns efeitos do casamento às uniões que se declarem à autoridade administrativa, por carta registada com aviso de recepção ⁽²⁾; ou seja, um pouco de eficácia, a troco de uma formalização ligeira, que não deslustre... E como se esta concorrencia da união de facto não bastasse, os sistemas jurídicos enfrentam a pretensão de celebrar casamentos por parte dos casais homossexuais ou, ao menos, a pretensão de registar as uniões para obter a aplicação dos efeitos próprios do casamento — como já hoje nos países escandinavos.

A ideia que se tem sobre a duração do casamento também mostra divergências insólitas: certos efeitos que se conferem a matrimónios de longa duração são conferidos ao fim de trinta anos nos E.U.A. e ao fim de cinco anos na Suécia... ⁽³⁾.

No que trata dos *efeitos pessoais* do casamento — sector onde mais nitidamente se espelham os modelos preconcebidos da união matrimonial, seja o modelo antigo baseado no poder marital, seja o modelo paritário contemporâneo — quem havia de

⁽¹⁾ THÉRY, Irène — *Couple, Filiation et Parenté Aujourd'hui* (Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice), Paris, Éd. Odile Jacob/La Documentation Française, 1998, p. 32.

⁽²⁾ RENCHON, Jean-Louis — *Mariage, Cohabitation Légale et Union Libre*, in «Liber amicorum Marie Thérèse Meulders-Klein, Droit Comparé des Personnes et de la Famille», Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 549-573.

⁽³⁾ AGELL, Anders — *The division of property upon divorce from a european perspective*, in «Liber amicorum Marie Thérèse Meulders-Klein...», p. 15.

dizer, há trinta anos, que a fidelidade conjugal ou, pelo menos, a coabitação conjugal podia estar sujeita a convenção em vez de se cumprir como um imperativo legal óbvio? E como lidar com uma afirmação solene dos deveres conjugais, quando logo se percebe que se trata de leis com fraca sanção, sobretudo nos países que vêm abandonando o sistema de divórcio com culpa?

Os *efeitos patrimoniais* do casamento constituíam um sector onde classicamente se mostrava o lugar da autonomia privada no seio de uma regulamentação quase sempre imperativa. Os exemplos eram nítidos, mas poucos: a bandeira desta autonomia era a livre escolha do regime de bens em convenção antemrimonial — logo tolhida, no direito português, pela imutabilidade subsequente; e os galhardetes eram a concessão de mandatos de administração entre os cônjuges, algumas facilidades crescentes na participação em sociedades, e pouco mais.

Mas este quadro, mais ou menos comum aos sistemas jurídicos conhecidos, parece não satisfazer os imperativos da vida negocial moderna. Está em discussão o âmbito em que realmente são necessárias as normas imperativas e o que deve ser remetido para a esfera da autonomia privada. Os sistemas jurídicos encaminham-se nitidamente para o alargamento da liberdade de contratação entre os cônjuges, para a independência de cada cônjuge e do seu património, para a alteração cada vez mais livre dos regimes de bens. E tendem a confinar as normas imperativas à protecção de terceiros, à protecção dos cônjuges e dos filhos nos momentos de crise do matrimónio, e à tutela da casa de morada de família. O que significa, da parte do legislador, em resumo, um discreto sair da cena negocial dos cônjuges, para entrar só nos momentos críticos em que estão em causa direitos fundamentais ou em que se deve impor a solidariedade conjugal inerente à vida da família.

Suponho que esta retracção do controlo sobre os efeitos patrimoniais do matrimónio é mesmo inevitável. Com efeito, nas sociedades evoluídas em que a grande maioria das mulheres auferem um salário, os casais são hoje compostos por dois agentes nego-

ciais potencialmente activos, ao contrário do modelo de família antecedente, que tinha um *breadwinner*, um decisor, um administrador de bens. Assim, uma actividade normal de dois cônjuges produz necessariamente uma confusão patrimonial inextricável — salários de ambos misturados com dinheiro próprio na mesma conta, aquisições de bens pessoais valiosos com dinheiro do património comum, investimentos em bens próprios com dinheiro de ambos, aquisições de bens duradouros com as contribuições de todos os patrimónios, subrogações indirectas sem esclarecimento acerca da origem dos bens e da natureza própria ou comum do bem final, responsabilidade quase indiscriminada dos vários patrimónios pelas dívidas dos cônjuges acompanhadas de um regime de compensações ineficaz ou inaplicado, etc.

Sabendo que não se guardam documentos ou, pelo menos, que não é verosímil que se faça uma contabilidade suficiente durante dezenas de anos, não é de esperar que as leis possam ter uma aplicação clara e eficaz durante a vida patrimonial do casamento. É esta a razão forte que leva a doutrina internacional a propor que se minimize a intervenção durante o casamento e que se concentrem os esforços numa partilha solidária e justa, no termo das relações conjugais; sendo certo, porém, que os sistemas jurídicos não estão satisfeitos com os resultados da sua aplicação — na verdade, as mulheres ficam sempre mais pobres, e as mulheres com filhos pequenos ficam ainda mais pobres do que as outras ⁽⁴⁾.

No capítulo do *divórcio*, os legisladores têm experimentado de tudo e há sistemas que consagram todos os modelos conhecidos, simultaneamente, como o sistema português.

(4) HABERMAS, Jürgen — *Droit et Démocratie*, Paris, Gallimard, p. 450 e nota 57; COMMAILLE, Jacques — *Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension: émancipation, institution, protection*, in «*Liber amicorum Marie Thérèse Meulders-Klein...*», p. 83-101, p. 98; GLENDON, Mary Ann — *The Transformation of Family Law*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1996, paperback, p. 206.

O modelo do divórcio litigioso, baseado na violação culposa dos deveres conjugais — o figurino clássico, digamos — está em crise e foi abandonada em vários países, como na Alemanha, na Suécia, em vários Estados dos E.U.A. e na Grã-Bretanha. Já se fala de uma «era do divórcio sem culpa»⁽⁵⁾ apenas baseado na constatação da ruptura do matrimónio indiciada por causas objectivas, ou então baseada no acordo dos cônjuges. No primeiro caso — o do divórcio ruptura — as expectativas que nele se podem ter depositado não se concretizaram; de facto, é o caminho menos utilizado de todos, como mostram, por exemplo, as estatísticas portuguesas — 4% nos últimos anos. Pelo contrário, o divórcio por mútuo consentimento é de longe o caminho preferido, com 64% dos divórcios decretados em Portugal.

Também se vem generalizando o chamado «mútuo consentimento passivo» em que não há um requerimento conjunto do divórcio mas o réu aceita o pedido do autor.

Qual dos regimes escolher, é o dilema de todos os legisladores. De qualquer modo, a tendência vai para formas céleres que permitam sair do casamento quase tão facilmente como se entra; desformaliza-se o processo e remete-se a competência para as conservatórias do registo civil. E nota-se que, mais do que uma preocupação com os modos de desfazer o casamento, cresce nos meios jurídicos a angústia de não resolver bem as consequências do divórcio⁽⁶⁾, tanto as consequências pessoais sobre os ex-cônjuges e os filhos, como as consequências patrimoniais. Sublinha-se, neste particular, a subvalorização dos alimentos devidos a menores e a ineficácia dos sistemas quanto à sua cobrança forçada.

Neste âmbito do divórcio, por último, avulta também a ideia de que uma ruptura não arbitrada por um terceiro imparcial corre

(5) GLENDON, Mary Ann — *The Transformation* ..., p. 87.

(6) GLENDON, Mary Ann — *The Transformation* ..., p. 181.

sérios riscos de se tornar uma pura violência de um cônjuge sobre o outro⁽⁷⁾.

No que diz respeito ao *estabelecimento da filiação*, está cada vez mais presente a discussão acerca da preferência absoluta pela verdade biológica, ou sobre a determinação dos casos em que a verdade sociológica ou afectiva deve ser o critério da paternidade; e não se prevê que esta incerteza chegue a um termo, numa época em que se pretende tudo à medida do indivíduo, em que se escolhe sempre e nada é predeterminado. O aumento do número dos divórcios e dos segundos casamentos multiplicou as situações de concorrência entre a paternidade biológica e a paternidade afectiva; o crescimento da filiação adoptiva tem produzido o mesmo efeito; e a procriação assistida com dador e as maternidades de substituição também já têm a sua quota nesta matéria. Estas situações de concorrência, note-se, têm dado a primazia às paternidades afectivas em detrimento das paternidades biológicas⁽⁸⁾ — assim, pelo menos, no que toca à ruptura dos laços de parentesco com a família de origem no caso de adopção, e também no caso da inseminação com dador anónimo.

Neste quadro, como não hesitar no momento de definir as regras sobre o estabelecimento da filiação? Deve procurar-se a todo o custo o progenitor biológico ou deve preservar-se um laço afectivo duradouro?

Como se estas dificuldades não bastassem, começa a notar-se ainda outra: a chamada verdade biológica, o paradigma da «verdade verdadeira» está a deixar de ser certa unívoca como dantes. De facto, quando se pensava em determinar a verdade biológica da maternidade, verificava-se que o parto era a prova mais óbvia e fácil que podia haver na difícil tarefa jurídica de procurar a ver-

(7) LABRUSSE-RIOU, Catherine — *PACS, les pièges d'un nouveau jeu de loi*, in «Le Monde de L'Éducation», n.º 264, nov. 1998, p. 43.

(8) FINE, Agnès — *Parentés (s)électives*, in «Le Monde de L'Éducation», n.º 264, nov. 1998, p. 51.

dade. Porém, a possibilidade moderna de transferência de óvulos e de embriões mostra que as coisas se complicaram: a mulher que tem o parto será a mãe gestadora, mas se outra mulher contribuiu com o óvulo esta será a mãe genética. É qual delas é mais mãe biológica do que a outra? É certo que esta dissociação apresenta-se numa percentagem mínima de casos; mas a sua realidade basta para estimular as dúvidas do legislador do Direito da Família.

E nem sequer é fácil defender que tudo se resolveria proibindo as primeiras manifestações de novidade — as inseminações com dador ou os contratos de gestação — pois fica sempre a impressão de que o Direito não pode tudo quanto quer e, ao descansar sobre uma lei proibitiva, acaba por remeter os factos para uma autoregulação clandestina, que costuma ter danos inimagináveis para as pessoas implicadas.

No que se refere às *relações entre pais e filhos*, mais concretamente ao poder paternal, as dificuldades tanto são as de legislar como as de encontrar um equilíbrio eficaz na aplicação das normas vigentes.

O fenómeno da «personalização» do estatuto de filho ⁽⁹⁾ obriga os pais a desempenhar o seu papel protector de formas muito sofisticadas, que têm de respeitar a autonomia dos filhos menores em todas as suas manifestações. E não é fácil gerir o poder protector entre uma tradição milenar autoritária e o respeito pelos interesses reais e pela personalidade do filho menor. Todo o problema da definição das chamadas «maioridades especiais» está implicado nesta questão. Por outro lado, resta a eterna definição da medida e dos limites da intervenção da autoridade pública no seio das relações entre os pais e os filhos. De um liberalismo total até uma intervenção pública sempre legitimada, fica uma gama extensa onde tem de se encontrar o ponto justo que

(9) THÉRY, Irène — *Couple, Filiation et Parenté Aujourd'hui...*, p. 35.

autoriza a protecção do menor pelo Estado, contra a sua própria Família.

III. Neste quadro, como se apresenta a reforma do Direito da Família, de Macau?

Creio que os responsáveis pela nova lei tiveram plena consciência de que o Código Civil português é um corpo legislativo bem organizado e claro, que pode manter-se de pé por muito tempo. Na verdade, respeitaram o carácter do diploma e pretenderam introduzir-lhe modernizações ditadas quer pela época, quer pelo lugar; e creio que as modernizações foram adequadas e prudentes.

A primeira diferença relativamente ao código vigente está na relevância exclusiva do *casamento civil*. O sistema português, assente sobre a Concordata com a Santa Sé de 1940, justifica-se por esta realidade específica e mesmo assim enfrenta dúvidas suscitadas pelo privilégio que manifesta relativamente à igreja católica, num estado que se afirma laico. Não é de estranhar o receio de que o mesmo sistema se dê mal num território diferente, onde se cruzam culturas e religiões diversas. Compreendo bem a opção por esta neutralidade que o casamento laico representa.

Por outro lado, ensaia-se uma definição da *união de facto* e das suas condições básicas de relevância. Acho aceitável que se estabeleça um critério, no seio de uma evolução delicada e marcada por grande incoerência e incerteza. As normas são prudentes, desde logo por não terem tido a pretensão de tomar partido na questão de saber se a união de facto gera ou não gera relações familiares: o legislador mantém a definição tradicional das relações familiares e regula a união de facto discretamente, ao lado.

No que diz respeito à *entrada e saída do estado de casado* o Código acompanha as tendências generalizadas de diminuir os impedimentos matrimoniais por um lado, e de facilitar o divórcio, designadamente no que se refere ao peso da tramitação processual no divórcio por mútuo consentimento e à duração da separação de facto no divórcio por constatação da ruptura. Nada que não se descortine nas evoluções recentes dos outros sistemas conhecidos.

No âmbito das *relações patrimoniais* entre os cônjuges adopta-se a tendência contemporânea da independência dos cônjuges e da desregulação.

A nota essencial, claro, vai para consagração do regime de participação nos adquiridos como regime supletivo. Praticado há dezenas de anos em alguns países europeus e na América latina, este regime chegou a colher a atenção dos juristas portugueses encarregados de preparar o Código de 1966⁽¹⁰⁾. É um regime que garante a independência dos cônjuges, facilita a iniciativa patrimonial de cada um, simplifica os processos de administração e de alienação, sem perder de vista a solidariedade conjugal — difere para o termo do casamento as decisões que exprimem a participação económica de ambos na comunhão de vida.

Também se segue a regra quase unânime da mutabilidade das convenções antenupciais e dos regimes de bens adoptados. De facto, o sistema português já está sozinho na proibição de alterar o regime de bens durante o casamento. Seria difícil deixar de aproveitar esta ocasião para abandonar uma regra cuja justificação está cada vez mais difícil.

Estas mudanças referidas, por sua vez, reclamavam ou faziam esperar outras. E, de facto, o diploma actual omitiu regras especiais e restritivas sobre contratos entre cônjuges, que passam a ser regidos pelas normas gerais; restringiu em princípio a responsabilidade por dívidas comerciais ao cônjuge comerciante; permitiu quase sempre o repúdio livre da herança; permitiu a concessão de procurações genéricas entre cônjuges para a alienação de bens; e autorizou a cobrança imediata de compensações que sejam devidas entre os cônjuges.

A coerência da reforma está neste conjunto de disposições que tornam a vida negocial de cada cônjuge mais simples e independente. A lucidez destas opções está, creio eu, na consideração

⁽¹⁰⁾ PEREIRA, Gonçalves — *Regimes de bens*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 122, 1966, p. 264-270.

de que este regime patrimonial vai ser aplicado no seio de uma comunidade naturalmente influenciada pelo regime anglo-saxónico, individualista e desburocratizado, como o que se pratica em Hong Kong. Mas tudo isto sem perder a ideia europeia continental portuguesa da solidariedade conjugal que tem justificado a participação nos valores adquiridos durante o casamento. Aí está, para garantir a solidariedade matrimonial, a partilha segundo o regime da participação nos bens adquiridos.

E, falando de solidariedade no termo do casamento, é justo realçar uma novidade introduzida no texto novo: a previsão de um direito de apanágio em favor dos filhos menores que pretende ir além da tradicional obrigação de alimentos, que pretende reforçar a garantia de satisfação das necessidades básicas das crianças.

No *direito da filiação*, o código de Macau voltou a manter o direito português vigente com a sua poderosa organização e clareza. Também aqui introduziu modificações prudentes na direcção das tendências dominantes.

Por um lado, respeitou o princípio biologista na determinação dos vínculos. Pode dizer-se que o acentuou, como se demonstra pela ausência de prazos de caducidade nas acções de impugnação da paternidade do marido e nas acções de investigação da paternidade; como resulta da abertura da legitimidade activa para impugnar a paternidade do marido que tradicionalmente se restringia um pouco em homenagem à paz matrimonial; e como se vê pela eliminação da relevância do assentimento do filho perfilhado durante a maioridade.

Porém, se o sistema é, neste sentido, mais biologista, também se introduziu um obstáculo à impugnação dos vínculos estabelecidos sempre que essa impugnação contrarie uma longa posse de estado de filho, querida pelos dois agentes da relação. Trata-se afinal, por simbólica que seja, de uma manifestação de um critério sociologista que tempera a verdade biológica. Uma manifestação mais da crescente importância dos factos, dos afectos, das escolhas individuais, contra a tirania das normas ou da própria natureza biológica da pessoa.

Neste domínio do estabelecimento da filiação, também merece aplauso, creio, a inclusão de um pequeno conjunto de normas referentes à *procriação assistida*. É necessário que os códigos civis comecem a regular a matéria, ao menos com os preceitos básicos e pacíficos, como foi o caso do código de Macau.

No grupo de temas introduzidos, pode dizer-se que só o problema das inseminações depois da morte do progenitor é mais discutível, hoje em dia. A proibição era pacífica, há uns anos; mas, ultimamente, a opinião internacional é mais favorável, sobretudo quando a morte ocorreu num momento em que já se tinha produzido um embrião do casal.

Um última nota fortemente expressiva do espírito com que se encarou o valor pessoal dos laços familiares está na chamada «ineficiência patrimonial» do estabelecimento da filiação, quando for de supor que o móbil do esforço processual despendido foram pretensões patrimoniais relativamente ao filho ou ao progenitor. Um estabelecimento da filiação tardio e interesseiro não dá vantagens patrimoniais ao agente.

Minhas senhoras e meus senhores

Não peçam aos legisladores do Direito da Família reformas perfeitas e eficazes.

O mundo inteiro debate-se com incertezas, nesta matéria fluida que trata das relações matrimoniais — há mesmo quem sugira aos legisladores que «saiam do negócio»⁽¹⁾... E o Direito, em geral, já não tem a pretensão de outros tempos, em que era encarado como um catecismo laico, capaz de modelar as consciências — hoje é apenas um modelo de orientação no quadro de uma sociedade formada por vários sistemas concorrentes, cada um com as suas regras e coacções.

⁽¹⁾ Veja-se WARDLE, Lynn D. — *Same-Sex Marriage and the Limits of Legal Pluralism*, in «Eckelaar, John; Nhlapo, Thandabantu eds. — *The Changing Family*», Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 381-396, p. 387.

E se esta não for a Reforma que todos pretendiam — na verdade, não há reforma que colha o aplauso unânime — respeitemos as suas intenções e dêmos-lhe tempo para mostrar as suas fraquezas e provar o que vale.

Afinal, quaisquer que sejam os seus méritos e defeitos, tudo não passará de pequenos pormenores comparados com a grandeza desta terra imensa e com os tons profundos do rio, visto do lado da Taipa, à hora em que o sol vai descansar.

UM DIREITO DA FAMÍLIA EUROPEU? (*)

(Play it again, and again... Europe!)

I. O direito da família é profundamente influenciado pelas tradições nacionais e por este motivo resiste sempre aos esforços de unificação.

Esta frase — património comum da doutrina jurídica — é tão conhecida como enigmática. Ela tem a força capaz de matar qualquer reunião como esta; é uma pedra sobre a sepultura da unificação do direito da família.

O que significa aquela afirmação?

Aquilo a que se chama «tradições nacionais» são, por um lado, as tradições ligadas ao casamento e à família, que se enraizaram durante séculos na vida colectiva: são os rituais da cerimónia do casamento, o relevo dos padrinhos, a ideia bíblica de «dois numa só carne», a sexualidade pré-ordenada à procriação, a indissolubilidade do casamento para os católicos. São ainda as tradições anteriores à própria influência religiosa, como os rituais dos esponsais, os dotes e outros acordos pré-matrimoniais, e a supremacia do marido.

É fácil admitir que cada uma das várias comunidades modelou estas condicionantes básicas como entendeu, de tal modo que os direitos da família exibiram, nos países europeus, uma grande

(*) Texto da intervenção no Congresso «Um Código Civil para a Europa», em 23 e 24 de Junho de 2000, no Auditório da Reitoria da Universidade de Coimbra; publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 133.º (2000).

diversidade. Esta diversidade dos direitos nacionais contrastou sempre com a relativa semelhança dos direitos que disciplinaram as trocas e os movimentos do dinheiro. Assim se formou a ideia de que a unificação talvez fosse possível no domínio do direito dos contratos mas não tinha viabilidade no direito da família.

Creio que esta ideia não tem a força que parece... Em primeiro lugar, as chamadas tradições nacionais não impediram, ao longo do tempo, que se criassem *algumas convergências básicas* entre os países europeus. Assim:

a) O *casamento católico*, tal como o conhecemos hoje, foi laboriosamente conseguido durante quinze séculos, no seio da pluralidade dos ritos romanos e germânicos que se praticavam na Europa medieval. A lenta imposição do casamento católico, formalizada no Concílio de Trento, constituiu, no seu tempo, um gesto de unificação do direito matrimonial;

b) O *casamento laico*, por sua vez, instalado pela Reforma protestante, generalizou-se a todos os países europeus durante os últimos séculos, como se resultasse de uma velha tradição comum...;

c) O *divórcio*, proscrito em todos os direitos nacionais durante a época da dominação exclusiva do direito canónico, foi reintroduzido também pela Reforma e pela sua ideia contratualista do matrimónio, e hoje é património comum dos sistemas europeus — protestantes e católicos;

d) As *relações patrimoniais* entre os cônjuges também mostram movimentos de convergência. GLENDON⁽¹⁾ já sublinhou as transformações dos sistemas ditos «separatistas» no sentido da solidariedade; e dos sistemas ditos «comunitaristas» no sentido da independência dos cônjuges. A convergência mais nítida é talvez a que se centrou na tutela da casa de morada da família, que exhibe um regime provavelmente idêntico numa grande quantidade de

(1) *The transformation of family law*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1989.

sistemas nacionais. Parece igualmente clara a aproximação de todos os países europeus no sentido do reconhecimento da independência dos cônjuges e da sua capacidade para negociar com terceiros, e entre si, em condições de plena igualdade. Se estas faculdades jurídicas já eram tradicionais nos países do norte da Europa, hoje também se encontram nos países do sul, apesar de o direito português ainda não ter acompanhado os restantes;

e) Também é nítido, por toda a parte, que se desvaneceu a prática dos *sponsais* e do *dote*; e que a contracepção se generalizou, com alterações profundas na *sexualidade*.

Ou seja: sempre se notaram grandes convergências mais antigas ou mais recentes, fruto espontâneo dos movimentos sociais que a Europa empreendeu. As chamadas «tradições nacionais» mudaram, em vez de impedirem a mudança.

Nestas condições, também acredito no «paralelismo espontâneo» de que falou DIETER MARTINY⁽²⁾; também creio que os movimentos no sentido da «privatização» do amor, do casamento e da família, e a tendência constante para a globalização, podem levar a Europa a ter um direito da família unificado, mesmo que as várias instâncias de poder não façam nada para obter esse resultado.

Na antiga colónia portuguesa que hoje é a República de Cabo Verde há um ditado entre as mulheres que afirma «quem tem paciência até pare um filho branco». Creio que a Europa, se esperar o bastante, também pode dar à luz um direito da família único.

II. Mas não é disso que se trata hoje — de esperar as convergências espontâneas. Do que se trata hoje é de saber se estamos em condições de promover a unificação do direito da família através de iniciativas e de deliberações ordenadas para esse fim.

(2) *Is unification of family law feasible or even desirable?*, «Towards a European civil code», 2.ª ed., The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1998, p. 163.

Creio, em primeiro lugar, que temos os *meios* para o fazer. Alguns bons artigos sobre o assunto têm inventariado os instrumentos técnicos capazes — as normas de conflitos, as convenções, as directivas, a troca de peritos e de estudantes, a criação de um instituto para o efeito, etc. Nunca houve um conjunto tão variado de meios que possam concorrer no mesmo sentido.

Em segundo lugar, também temos a *oportunidade* para tentar. De facto, vivemos anos de grandes aquisições transnacionais no espaço europeu — a criação da moeda única, o banco central, a abolição de fronteiras, a presidência rotativa. Todas estas aquisições manifestam abertura para a ideia de uma cidadania europeia e são as pedras da construção de uma identidade comum. A criação de áreas de direito uniforme ou de todo um código civil europeu estaria de acordo com o espírito deste tempo, como já sugeriu, por outras palavras, Katharina BOELE-WOELKI⁽³⁾.

Em terceiro lugar, creio que temos os *motivos* para tentar. Vão longe os tempos em que os cidadãos nasciam e morriam no mesmo lugar, casavam na sua aldeia e trabalhavam as terras onde habitavam os pardais da sua infância. A mobilidade social e a abolição de fronteiras têm feito aumentar os casamentos bi-nacionais, as pessoas residem em países diferentes ao longo da sua vida, casam-se num lugar e «descasam-se» noutro. Para cada vez mais voltarem a unir-se de novo, e de novo, tal como sugere o aumento claro das «famílias recombinadas». Neste quadro, a velha e cara ideia da certeza do direito — a ambição de conhecer todos os efeitos jurídicos dos nossos actos — está a perder-se, com prejuízos individuais óbvios, sob o olhar conformado dos juristas nacionais. Estas pessoas que se surpreendem e se prejudicam com a diversidade do direito, estes cidadãos anónimos que não aparecem nos jornais, são o grande motivo que pode levar os estados a procurar a unificação do direito da família.

⁽³⁾ *The road towards a european family law*, vol. 1.1, «Electronic journal of comparative law», November 1997, <http://law.kub.nl/ejcl/11/art11-1.html>, p. 8.

Parece, assim, que temos os meios, a oportunidade, e os motivos para... *cometer* a unificação do direito da família.

É mais duvidoso saber se temos a *vontade* de o fazer. Esta espécie de «casamento» entre os vários países europeus tem sido contrariado pelo discurso tradicional da família europeia e dos patriarcas nacionais; os motivos que hoje se apresentam a justificar o «casamento» não têm conseguido ser mais convincentes do que a tradição contrária.

Os progressos no âmbito das trocas comerciais, do direito bancário, dos transportes e dos seguros, podem contar com o estímulo de agentes organizados, movidos pela racionalidade técnica do mundo dos negócios, habituados às tarefas de *lobbying* junto dos poderes políticos, e que se movem no quadro de uma União política criada propositadamente para favorecer a produção, as trocas e o consumo de bens e de serviços. Pelo contrário, no domínio do direito da família os agentes são meros cidadãos individuais sem expressão organizada, nem capacidade de intervenção. Dificilmente mostram a conveniência de ter um direito da família unificado, e jamais manifestam aquele sentimento de pressa que caracteriza sempre as aspirações das instituições económicas e dos negócios. Não são capazes de sensibilizar os órgãos de decisão.

Para mais, a Família tem sido «privatizada» pela sociedade, os poderes públicos não sabem como regulá-la... e têm mostrado uma espécie de retraimento que também não auxilia os esforços de concertação europeia.

Nestas condições, a vontade dos países ainda hesita de cada vez que se fala do assunto. Como no velho filme, Rick e Ilsa poderiam ficar juntos, mas as contingências da história obrigam-nos a adiar, por mais uma vez, a decisão que lhes convinha. Ilsa parte com Victor, e Rick continua só, em Casablanca...

III. Talvez chegue o dia em que os sistemas nacionais se resolvam decididamente a tentar a unificação dos seus direitos da família. Nesse momento, como se comportará o parceiro português?

Creio que o direito português teria possibilidades de acompanhar o movimento da unificação. Há várias razões gerais e particulares para pensar assim.

Creio que há razões gerais que se prendem com a capacidade de adaptação dos portugueses. A história dos últimos quinhentos anos mostra-nos uma viagem permanente em busca dos territórios africanos, da Índia, do Brasil ou, mais recentemente, a emigração dos anos sessenta para os países mais ricos. Encontram-se comunidades portuguesas por todo o mundo, e nós temos a impressão de que elas estão adaptadas às diversas culturas de acolhimento. Há uma espécie de frugalidade que permite aos portugueses viver em contextos variados.

Para além disto, pode supor-se também que partilhamos com os italianos o mesmo «espírito de compromisso» de que fala o sociólogo DONATI⁽⁴⁾, que leva os latinos a conviver facilmente com leis aparentemente desadequadas à realidade das suas vidas.

Por outro lado, o nosso país tem vivido um processo de modernização que começou há cerca de vinte e cinco anos. A reintrodução da democracia política assente sobre a Constituição de 1976, e o processo de integração europeia subsequente, têm habituado os cidadãos a conviver com transformações legislativas importantes. Um movimento no sentido da unificação do direito da família europeu poderia constituir parte destas modificações, sem significar uma perturbação considerável.

No que diz respeito às razões particulares, elas prendem-se com o estado do direito da família em Portugal. Pode dizer-se que ele tende a acompanhar a evolução do amor e da família no resto da Europa, apesar das diferenças que se vislumbram em toda a parte.

1. No que toca ao acto do *matrimónio*, Portugal tem praticado um sistema peculiar, baseado na Concordata entre o Estado

⁽⁴⁾ *Manuale di sociologia della famiglia*, 2.^a ed., Roma-Bari, Editori Laterza, 1999, p. 281.

português e a Santa Sé, de 1940. É um sistema que reconhece apenas o casamento não religioso (celebrado pelo funcionário do registo civil) e o casamento católico. Assim, nem se trata de um sistema do tipo francês, nem de um sistema confessional como existiu na Grécia, e até em Espanha. Este primeiro aspecto do regime português, no entanto, está em vias de alteração. Na verdade, já foi oficialmente declarado que o governo pretende rever a citada Concordata e publicar legislação nova que acrescente relevância jurídica a matrimónios celebrados por confissões religiosas diferentes da católica.

É certo que fica por resolver a divergência básica entre os regimes francês ou alemão, por um lado, e os regimes de tipo inglês, por outro lado. Mas, pelo menos, e pela nossa parte, estamos prestes a eliminar uma peculiaridade nacional, e vamos enfileirar num dos dois grandes modelos europeus.

2. Quanto ao regime dos *direitos e deveres resultantes do casamento*, pode dizer-se que ele é estritamente igualitário, desde 1976. Quer os chamados direitos e deveres pessoais, resultantes da comunhão de vida, quer os poderes de carácter patrimonial, são iguais para ambos os cônjuges. Ambos têm os mesmos poderes de administração e de disposição do património, sofrem as mesmas restrições para tutela da casa de morada de família, liquidam o património em condições de igualdade, no termo do casamento. Julgo que qualquer projecto de um direito da família europeu havia de conter regras semelhantes às que se praticam no direito português; o nosso país não ofereceria qualquer dificuldade nesta matéria essencial.

3. No que se refere à *propriedade sobre os bens* durante o casamento, o direito português consagra um regime semelhante ao regime espanhol, francês ou italiano. É claro que o nosso direito é diferente dos sistemas de «comunhão diferida» da Escandinávia, ou da «participação nos ganhos» germânica. Mas não me parece que o direito português oferecesse resistência, também

neste ponto, a um esforço de unificação. Na verdade, já nos anos cinquenta, quando se pretendia eliminar o velho e tradicional regime da «comunhão geral», houve quem tivesse mostrado simpatia pelos regimes de base separatista que, no termo do casamento, fizessem partilhar alguns valores adquiridos na constância do casamento. Os trabalhos preparatórios do código civil de 1966 mostram que o regime introduzido na Suécia, em 1920, era apreciado pelos juristas portugueses da época, e constituía uma opção possível; nessa altura, porém, foi abandonada por «constituir um salto demasiado brusco» na tradição portuguesa e também por não se acreditar que as mulheres casadas fizessem efectivo uso dos poderes de administração que o sistema lhes conferia (BRAGA DA CRUZ ⁽⁵⁾).

Ora, cinquenta anos depois, consolidado o regime da «comunhão de adquiridos» e praticado um sistema de administração igualitário entre os cônjuges, não haveria razão para que o direito português criasse obstáculos a um processo de unificação nesta matéria.

Aliás, como parece justo observar, os sistemas praticados na generalidade dos estados europeus apenas concretizam de formas diferentes uma ideia básica comum: a ideia de que cada cônjuge é dono do que adquiriu, deve ser livre para o administrar, mas a «comunhão de vida» introduz factores que tornam justo partilhar os valores adquiridos durante o casamento. Não me parece que haja diferenças nos pressupostos e nas intenções básicas, na generalidade dos países.

4. No que diz respeito aos *negócios entre cônjuges*, o direito português está bastante envelhecido, e portanto está bastante diferente dos outros direitos europeus. De facto, subsistem algumas regras próprias do tempo em que a riqueza era fundiária, a acti-

(⁵) *Problemas relativos aos regimes de bens do casamento*. «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 52, 1956, p. 349-350.

vidade económica era limitada e as alterações de fortuna eram mais lentas e previsíveis. Na verdade, subsiste no nosso direito o princípio da imutabilidade dos regimes de bens do casamento: os cônjuges não podem alterar o regime de bens em que casaram, não podem adaptar o seu estatuto patrimonial às modificações da realidade em que vivem.

Além disto, perduram normas próprias do casamento entendido como «dois numa só carne» — como a regra que proíbe a realização de contratos onerosos entre cônjuges.

Esta rigidez na disciplina patrimonial do casamento nunca existiu em alguns países europeus, ou foi abandonada nas últimas décadas. Mas também neste aspecto creio que o direito português não havia de oferecer obstáculos à mudança que o aproximasse de um modelo único europeu. Em primeiro lugar, porque já se notou algum progresso nos últimos anos: em 1986, o código das sociedades comerciais veio permitir a constituição de sociedades entre cônjuges, em termos bastante liberais. Em segundo lugar, porque as proibições referidas já não se impõem como verdadeiras necessidades do sistema português e não colhem o apoio da doutrina maioritária portuguesa.

Penso que a participação do nosso país numa redacção de um código civil europeu seria um ensejo fácil para retirar da legislação portuguesa preceitos que não quadram bem com o sistema no seu todo.

5. No que respeita ao *divórcio*, podemos dizer que ele é regulado à maneira francesa. São admitidos vários caminhos para atingir a dissolução do casamento: divórcio litigioso com base na culpa, divórcio litigioso com fundamento na ruptura do vínculo, e divórcio por mútuo consentimento.

A relevância da culpa nos direitos de influência francesa torna difícil a convergência com os sistemas da Europa do norte, apenas baseados na ruptura objectiva do vínculo. E, na verdade, não estou certo de que o sistema português estivesse disposto a abdicar deste factor subjectivo no regime do divórcio. O que

poderia invocar-se, para manter a relevância da culpa? A tradição seguramente, e uma certa ideia de justiça na cessação do vínculo. Mas não poderia invocar-se a prática social... porque mais de 80% dos divórcios decretados seguem a via do mútuo consentimento e, portanto, os interessados dispensam voluntariamente a ponderação das culpas na dissolução dos matrimónios.

Deve notar-se, também, que o direito português, apesar de ter as características básicas de um direito latino, já contém algumas soluções próximas de outros países do norte. Assim, o divórcio por mútuo consentimento pode ser pedido num departamento administrativo, como na Dinamarca; e não há qualquer prazo de espera para se requerer esse divórcio por mútuo consentimento, como na Holanda e na Suíça.

6. O regime jurídico dos *alimentos entre ex-cônjuges*, na sequência do divórcio, é outro aspecto em que o nosso direito não tem evoluído. Não está consagrada a chamada «prestação compensatória» ou «prestação de desequilíbrio» que vigora em muitos países. O nosso direito mantém apenas a pensão alimentar, onde também releva a culpa verificada na acção de divórcio. Quanto à medida da pensão alimentar, nunca foi claro se a pensão visa apenas socorrer o ex-cônjuge com os meios de sobrevivência indispensáveis ou se pretende antes mantê-lo no *standard* económico a que ele se habituou durante o casamento; a maioria dos autores inclina-se para esta última medida e, assim, a nossa pensão alimentar aproxima-se, de certo modo, da chamada «pensão por desequilíbrio» dos outros países europeus.

7. No que toca ao *estatuto dos filhos*, o direito português abandonou, em 1976, todas as antigas discriminações, tanto no momento da constituição do estado de filho como nos seus efeitos. A convergência com os outros direitos europeus é total, neste princípio basilar.

É claro que se verificam algumas diferenças, por exemplo quanto à relevância da chamada «verdade sociológica» ou «verdade afectiva» na constituição do vínculo; de facto, o direito português

da filiação assenta na verdade biológica dos vínculos e não admite excepções como as que se encontram, p. ex., na lei francesa, que dá mais relevo à «posse de estado».

Também se encontra na lei portuguesa um instituto que não é frequente na Europa, sobretudo no sul: trata-se da chamada «averiguação oficiosa» da paternidade e da maternidade, importada há mais de trinta anos dos países escandinavos: segundo este regime, certos funcionários do Estado têm o dever de procurar descobrir quem é o progenitor de uma criança que seja registada sem a paternidade ou a maternidade declaradas.

Diga-se, por último, que o regime das nossas acções de filiação acompanha os regimes dos outros países europeus; e que os nossos tribunais fazem uso abundante e rigoroso das provas científicas da paternidade.

8. Também me parece justo dizer que o regime jurídico do *poder paternal* acompanha os *standards* vigentes no espaço europeu. Os poderes são atribuídos aos dois progenitores, em condições de igualdade; os pais não casados podem declarar que pretendem exercer em conjunto aqueles poderes; e, em caso de divórcio, há condições legais para que o tribunal mantenha os dois progenitores no exercício da autoridade parental.

Por outro lado, valem entre nós as concepções contemporâneas sobre os limites da autoridade parental; e a própria lei acentua o dever de respeitar a autonomia do filho, as suas inclinações e aspirações, de harmonia com o seu desenvolvimento e idade.

9. Por último, faço referência a uma lei recente que pretendeu reconhecer alguns efeitos jurídicos às *uniões de facto*. Embora não tenha sido consagrado um regime tão amplo como na Escandinávia, nem sequer como na França ou na Bélgica, a verdade é que o nosso legislador mostrou uma abertura considerável para as preocupações actuais sobre este tema; e o Parlamento tem dado mostras de querer ampliar a tutela jurídica das novas formas de família, pois há outros projectos de lei em apreciação. Este assunto, aliás, tem evoluído,

em Portugal: de facto, para além das inúmeras equiparações da união de facto ao casamento no âmbito do direito social, o código civil português já tinha introduzido, em 1977, um preceito relativo a alimentos para quem vive em união de facto que, sem ter um relevo prático grande, teve um significado considerável do ponto de vista da política legislativa. Também neste domínio, creio que o direito português não havia de oferecer dificuldades insuperáveis a um processo de unificação.

Conclusões

As conclusões deste meu relatório são as seguintes:

1. A afirmação conhecida de que não é possível unificar o direito da família por causa da diversidade das tradições nacionais que o sustentam não é decisiva, porque as tradições nacionais do espaço europeu também se modificaram com o tempo e convergiram em certos regimes fundamentais como o do casamento, do divórcio, ou do estatuto dos filhos.

2. As circunstâncias actuais em que se deu corpo à ideia da União Europeia impelem os sistemas nacionais para uma convergência também no direito da família. A construção da União Europeia dá aos sistemas nacionais — mais do que nunca — a oportunidade, os meios, e os motivos para tentar a unificação do direito da família.

3. Se a tentativa for posta em marcha, creio que o direito português da família pode acompanhar essa convergência, tanto pelo estado de desenvolvimento em que se encontra como pela capacidade de mudança que tem revelado.

Não tenho a ingenuidade de supor que o processo de unificação pode ser fácil e rápido. Mas também não acredito que se trate de um amor impossível, jamais concretizável. Em todas as

uniões há circunstâncias adversas, contingências, dúvidas entre os parceiros do casamento, que provocam cautelas e demoras.

Talvez não seja à primeira ou à segunda tentativa; talvez os parceiros europeus tenham de despedir-se, uma e outra vez, sob a chuva dos aeroportos tristes, e tenham de afastar-se pela bruma cinzenta da noite, como os amantes de Casablanca.

Mas creio que o dia do encontro há-de chegar.

Entretanto, *play it again, and again... Europe!*

**«QUEREMOS AMAR-NOS...
MAS NÃO SABEMOS COMO!» (*)**

Esta frase, escrita numa parede qualquer, por autor desconhecido, exprime muitas das angústias que os casais enfrentam — e muitas das perplexidades do Direito da Família.

I. Apesar de todas as diferenças nos tempos e nos espaços culturais, parece certo que a família, no ocidente europeu, até ao século dezanove, chamava a si o casamento dos seus membros, de tal modo que as uniões oficiais eram determinadas pelo grupo a que pertenciam os noivos e a vida matrimonial decorria no quadro desse grupo, respeitando os seus valores e as suas exigências, cumprindo um destino pré-definido, com uma relevância fundamentalmente económica e reprodutiva — o «*casamento aliança*».

Assim, pode dizer-se que, em dezoito séculos de história depois de Cristo, não tinha sentido falar de uma história particular de cada casal dentro da respectiva família, ainda que isto não signifique, ao contrário do que se pensou até aos estudos da escola de Cambridge, que a humanidade viveu em famílias alargadas como a sociologia antiga fez crer. A humanidade viveu sempre em pequenas famílias — o que não houve, até ao século dezanove, foi

(*) Texto de uma palestra feita no âmbito das actividades de formação do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados, em 24 de Fevereiro de 2000; publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 133.º (2000).

uma cultura particular gerada pelas pequenas famílias, diferente da cultura dos grupos em que integravam.

O século dezanove impôs a generalização, em toda a Europa, do modelo de «*família nuclear*» — o agregado constituído por pai, mãe e filhos — formado a partir de uma nova cultura do casamento e da família. O casamento passou a ser um assunto dos parceiros matrimoniais e não um assunto das respectivas famílias. Estava adquirido, nessa época, o ideal romântico do matrimónio, do casamento «por amor».

O casamento romântico, porém, não estava menos submetido do que o anterior «casamento aliança» a um conjunto de normas rígidas «universais» acerca das funções da família e dos papéis desempenhados por cada cônjuge. Este conceito de casamento que estruturava a família nuclear assentava num código de valores comuns à burguesia industrial da época e determinava um estatuto desigual para os homens e para as mulheres. O homem tinha o direito, e também o dever, de procurar realizar o seu percurso individual fora de casa, enquanto o papel reservado à mulher era o de lhe proporcionar o conforto doméstico e afectivo de que ele precisava — na frase sugestiva de Beck, o homem encarregava-se de ganhar o pão-de-cada-dia e a mulher punha-lhe a manteiga no pão⁽¹⁾. Por outro lado, o conteúdo da relação matrimonial apresentava-se «dado» pelas normas de conduta generalizadas e uniformes, e as primeiras codificações continham regras pormenorizadas acerca dos deveres pessoais do cônjuges. Dito de outra maneira, a família nuclear era uma instituição organizada segundo códigos sociais pormenorizados, que comportava o desenvolvimento de um só projecto de individualização — uma biografia do marido. Em suma: «dois numa só carne»⁽²⁾, mas a carne era a do homem⁽³⁾.

(1) *El normal caos del amor*, Barcelona, El Roure, 1998, p. 253.

(2) MATEUS, 19, 5.

(3) Lord Denning, *apud* CRETNEY; MASSON — *Principles of Family Law*, 6.ª ed., London, Sweet and Maxwell, p. 123.

Os sociólogos e historiadores da família costumam apontar os anos setenta, do século vinte, como a época do início da modificação deste quadro de valores, no casamento⁽⁴⁾.

Os ideais de democratização da família, vitoriosos nos meados do século, lograram libertar a mulher do estatuto desigual em que o modelo anterior a confinava, para lhe dar um estatuto de igualdade perante a sociedade e a lei. Os hábitos da produção de guerra e as condições económicas proporcionavam a saída do lar para o mercado e a obtenção de um salário regular; a instrução generalizada e mais sofisticada permitiu gradualmente que as mulheres ocupassem postos cada vez mais altos no sistema produtivo. Estas novas realidades estabeleceram a possibilidade de a mulher pretender desenhar e cumprir *a sua própria biografia*, em condições de igualdade com o homem.

Temos, finalmente, dois parceiros conjugais sujeitos ao mesmo processo de renascimento da subjectividade⁽⁵⁾ característico das sociedades modernas. Cada membro do casal procurará na comunhão de vida a maior realização pessoal e a maior satisfação que puder.

Esta procura é tanto mais intensa quanto se tem produzido, na esfera individual, um *movimento narcisista*⁽⁶⁾ de obsessão pela *fitness* do corpo e do espírito, proporcional ao sentimento de insegurança perante a sociedade moderna, de impotência perante os seus riscos, de extrema dificuldade no seio de um quotidiano de confrontação com as consequências da própria modernidade. Cada indivíduo organiza as suas «estratégias de sobrevivência» que se orientam cada vez mais intensamente para o amor, para a intimidade, para a vida a dois, que se tornou a nova esperança, a nova religião⁽⁷⁾.

(4) A. BURGUIÈRE, dir. — *História da Família*, vol. 4.º, Lisboa, Terramar, 1999, p. 141; M. SEGALÉN — *Sociologia da Família*, Lisboa, Terramar, 1999, p. 327; U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 138.

(5) U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 74.

(6) C. Lasch, *apud* A. GIDDENS — *Modernidad e identidad del yo*, Barcelona, Península, 1997, p. 218.

(7) U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 312-3.

Isto quer dizer que cada um exigirá da união — do outro — muito mais do que alguma vez se pretendeu⁽⁸⁾; e isto passa-se num quadro em que cada um está mais sofregamente do que nunca formulando as suas próprias pretensões⁽⁹⁾.

A estas condições particulares acresce todo o *enfraquecimento da união matrimonial e da família enquanto instituição*, enquanto conjunto de referências externas, «dadas» à relação particular pela tradição, pela moral, pela Igreja ou pelo Direito.

Conscientemente ou não, a primeira batalha travada, com êxito, contra a legitimação externa tradicional foi a da não discriminação dos «filhos ilegítimos», com o alibi perfeito da inocência dos filhos relativamente aos «pecados» dos pais. Aqui terá começado a mostrar-se aquela tendência.

Desde então tem-se tornado mais nítida a perda do valor do Estado e da Igreja como instância legitimadora da comunhão de vida e nota-se uma crescente rejeição das tabelas de valores e dos «deveres conjugais» predeterminados por qualquer entidade externa aos próprios conviventes⁽¹⁰⁾. A «família auto-poiética» pode receber estímulos do exterior mas todas as informações recebidas serão reelaboradas de acordo com as modalidades internas de comunicação⁽¹¹⁾. Neste sentido pode dizer-se que o casal e a família acompanham o movimento para a criação de «sistemas internamente referenciais», característico da sociedade moderna⁽¹²⁾ e, assim, dentro do casal «a lei é a ausência de lei», «o amor tor-

(8) DONATI — *Manuale di sociologia della famiglia*, 2.^a ed., Roma-Bari, Edit. Laterza, 1999, p. 267.

(9) A. GIDDENS — *Modernidad...*, p. 219.

(10) THÉRY, Irène — *Couple, Filiation et Parenté Aujourd'hui* (Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice), Paris, Éd. Odile Jacob/La Documentation Française, 1998, p. 32.

(11) DONATI — *Manuale di sociologia...*, p. 287-8.

(12) A. GIDDENS — *La transformación de la intimidad*, Madrid, Catedra, 1998, p. 158.

nou-se um assunto exclusivo dos amantes»⁽¹³⁾ e o casal tornou-se o seu próprio legislador.

O resultado que se vem apurando de tudo isto — da relação entre dois indivíduos que lutam, amando-se, pela realização pessoal, desligados de qualquer quadro de valores e de respostas externas — é o de uma «relação pura»⁽¹⁴⁾, apenas baseada no compromisso permanente e na gratificação renovada, que contém em si o acordo prévio sobre a sua dissolução. Trata-se, afinal, de uma relação entre dois estranhos — dois «*estranhos íntimos*»⁽¹⁵⁾ — de construir «a menos estável de todas as relações possíveis»⁽¹⁶⁾, que diariamente tem de julgar e escolher todos os seus passos.

«*Queremos amar-nos... mas não sabemos como!*» — uma frase escrita por alguém, numa parede⁽¹⁷⁾ — mostra a extrema solidão individual no quadro de uma cultura narcisista «em branco»; mostra a extrema dificuldade da empresa sentimental «a dois», em que ambos participam com a expectativa máxima e um individualismo sem precedentes.

Deve sublinhar-se, porém, que estas características não estão presentes com a mesma intensidade em todos os países e, dentro de cada um, em todas as suas regiões. Esta nova forma de família — «família relacional» — encontra-se mais claramente nos países de influência protestante do que nos países de tradição católica; e mais claramente nos centros urbanos do que nas regiões rurais. No caso particular e importante da Itália, DONATI fala de uma «mentalidade de compromisso» que permite aos cônjuges italianos adoptar modelos de comportamento modernos sem prejudicar a estabilidade da família; na verdade, 80% dos casais casam pela Igreja e a taxa de divórcio é a mais baixa da

(13) U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 339 e 346.

(14) A. GIDDENS — *Modernidad...*, p. 237-8.

(15) RUBIN, *apud* U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 113.

(16) SIMMEL, *apud* U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 149.

(17) U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 162.

Europa: 6% ⁽¹⁸⁾ (contra, respectivamente, 67% e 14%, em Portugal).

II. Esta ideia de igualdade dos dois parceiros da relação, aliada com a privatização do amor e com o enfraquecimento das referências externas «dadas» ao casal por outros ordenamentos tradicionais — a religião, os costumes, a vizinhança — têm produzido a diminuição do conteúdo imperativo do casamento, do conjunto dos chamados «efeitos pessoais» do casamento, tal como estávamos habituados a entendê-los. Aos olhos de hoje, seria ridículo que um código civil, como o Código Prussiano de 1794, definisse as razões que justificam a recusa do «débito conjugal» ou estabelecesse a idade em que os cônjuges deveriam retirar o filho pequeno da cama do casal ⁽¹⁹⁾. E nada melhor do que o sistema jurídico alemão para mostrar como, partindo daquele «panjurismo» ⁽²⁰⁾ que pretendia impor a todos um certo modelo de comportamento, se chegou a um sistema que não define «deveres conjugais» e apenas impõe que os cônjuges adotem os comportamentos próprios de quem escolheu entrar para uma «comunhão de vida». O que já levou os tribunais a discutir se os cônjuges têm o dever de viver juntos — com resposta negativa — e se o cônjuge tem o direito de exigir do outro que este tire a amante da casa da família — com resposta positiva ⁽²¹⁾.

A ideia de que «o amor é assunto exclusivo dos amantes» e de que cada casal é o seu próprio legislador supõe que os sistemas jurídicos eliminem progressivamente da pauta matrimonial os conteúdos que outrora serviam a todos indiscutivelmente mas hoje estão, ao que parece, sujeitos a negociação, no âmbito da tal «relação pura» e do compromisso permanente.

⁽¹⁸⁾ *Ob. cit.*, p. 281.

⁽¹⁹⁾ GLENDON, Mary Ann — *The Transformation of Family Law*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1996, p. 32-33.

⁽²⁰⁾ J. CARBONNIER — *Flexible droit*, 5.^a ed., Paris, L.G.D.J., 1983, p. 24.

⁽²¹⁾ GLENDON, Mary Ann — *The Transformation...*, p. 93-4.

Esta ideia de que os conteúdos da relação íntima são construídos enquanto se caminha torna-se mais verosímil quando pensamos que se regista no ocidente um aumento sem precedentes de casamentos biculturais, fruto da abertura das fronteiras e da intensificação das trocas em espaços geográficos amplos e diversos ⁽²²⁾.

Aliás, que sentido tem hoje definir uma carta de direitos e de obrigações impostos aos cônjuges nos países que têm abandonado o divórcio com base na culpa? Que relevância jurídica tem a violação de um dever conjugal se o regime do divórcio não toma em consideração as culpas de cada cônjuge?

No âmbito dos «efeitos patrimoniais» do casamento, esse movimento de individualização, que abriu às mulheres a possibilidade de desenvolverem uma biografia própria, tem forçado os sistemas jurídicos a reconhecer-lhes plena capacidade jurídica — traduzida no princípio da igualdade dos cônjuges — e, mais do que isso, tem forçado os sistemas a reconhecer a independência dos cônjuges como pressuposto da liberdade de contratação com terceiros e, sobretudo, como pressuposto da liberdade negocial entre si. De facto, no paradigma antigo expresso pelo aforismo «dois numa só carne» não havia lugar para relações bilaterais entre os cônjuges; dentro do casal só haveria «negócios consigo mesmo». O reconhecimento crescente da autonomia individual tem-se afastado progressivamente desse paradigma mas não se passa nunca, instantaneamente, de um estado de coisas para outro. Assim, mesmo depois de os sistemas jurídicos terem dado por assente o princípio da igualdade dos cônjuges e da plena capacidade da mulher, ainda lidam mal com o estabelecimento de relações jurídicas concretas entre eles — com o estabelecimento de contratos de sociedade, de compra e venda, de trabalho, ou com a responsabilidade civil. De facto, estas matérias têm sido objecto de liberalização progressiva, nos vários países, mas a evolução ainda

⁽²²⁾ M. SEGALÉN — *Sociologia da Família...*, p. 331.

não terminou em todos eles, isto é, ainda não está plenamente adquirido que os dois cônjuges possam manter entre si uma vida negocial como se fossem dois sujeitos jurídicos distintos. Assim, no direito português, a evolução no sentido da admissibilidade de sociedades entre cônjuges foi difícil, e ainda não foram levantadas todas as barreiras, como se vê pelo art. 8.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais; a compra e venda é proibida; houve sempre dúvidas acerca da celebração de um contrato de trabalho entre cônjuges, por ele implicar uma relação de subordinação; e ainda não é claro que possam valer, no âmbito matrimonial, as regras gerais de responsabilidade civil extracontratual, por factos e omissões ilícitos.

Para além de tornar injustificada uma definição de deveres imperativos, a ideia de casamento como «relação pura», baseada no compromisso privado que contém em si a possibilidade antecipada da sua dissolução, por outro lado, só pode conduzir os sistemas jurídicos para uma regulamentação minimalista do divórcio, entregue a qualquer departamento administrativo. Já se fala de uma «era do divórcio sem culpa»⁽²³⁾ apenas baseado na constatação da ruptura do matrimónio iniciada por causas objectivas, ou então baseado no acordo dos cônjuges. A tendência vai para formas céleres que permitam sair do casamento quase tão facilmente como se entra; desformaliza-se o processo e chega-se a remetê-lo para o âmbito de departamentos da Administração.

Na maior parte dos países europeus e em vários estados norte-americanos, o divórcio assenta na mera ruptura do casamento ou, sobretudo, no mútuo consentimento activo ou ainda no consentimento passivo do cônjuge que, embora não peça o divórcio, não se opõe ao pedido do outro. Quase sempre tem de se respeitar um prazo de duração mínima do casamento, mas em Por-

(23) GLENDON, Mary Ann — *The Transformation...*, p. 87.

tugal, na Holanda⁽²⁴⁾ e na Suíça⁽²⁵⁾, o divórcio pode ser obtido sem qualquer prazo de reflexão contado sobre a celebração do matrimónio; e em Portugal e na Dinamarca⁽²⁶⁾ o requerimento conjunto pode ser feito num departamento administrativo⁽²⁷⁾.

Porém, a taxa de fracasso conhecida não afasta as suas «vítimas» da reincidência. Na verdade, quanto mais fracassam as primeiras tentativas de união e casamento mais se nota a compulsão para novas tentativas, sempre com a esperança renovada de sucesso ou com o sentimento de que não há alternativa para a realização pessoal, no mundo cheio de riscos e abstracções incontroláveis. «O casamento perdeu estabilidade mas não perdeu atracção» e a «idolatria» do matrimónio ou da união continua⁽²⁸⁾. É neste contexto de segundas e terceiras núpcias, e de repetidas tentativas de união de facto, que se gera o novo modelo de família que está a aumentar no ocidente — a «*família recombinação*», embora esteja longe de ser a forma dominante (p. ex. atinge 4,2% em Itália)⁽²⁹⁾ ⁽³⁰⁾.

(24) LEVI, dir. — *The marriage*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 348.

(25) SANDOZ — *Nouveau droit du divorce — Les conditions du divorce*, «Zeit. Schweiz. Recht», Heft 2, 1999.

(26) C. HAMILTON; K. STANDLEY — *Family Law in Europe*, London, Butterworths, 1995, p. 45.

(27) No direito português e francês ainda se prevê o figurino clássico do divórcio, com base na «violação culposa, grave ou reiterada, dos deveres conjugais»; mas é sintomático que a percentagem dos casos de divórcio sem litígio seja cinco vezes superior à dos casos em que se segue o figurino clássico da culpa; na verdade, em Portugal, em 1998, os divórcios por mútuo consentimento ascenderam a 83% dos divórcios decretados (dados do I.N.E.).

(28) U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 304-5.

(29) O número de pessoas que celebrou dois casamentos, ou mais, em França, aumentou 50% (mulheres) e cerca de 75% (homens), entre 1986 e 1994; em Portugal, desde 1988 até 1998, essas percentagens ascenderam a cerca de 100% e 50%, respectivamente. É de notar-se que estes aumentos se registaram num contexto de baixa geral de nupcialidade.

(30) A privatização crescente da relação íntima e da família, com a rejeição progressiva de toda a legitimação externa — pelo Estado ou pela Igreja —

Nas décadas de setenta, os escritos versavam a «crise da família»; as vozes dominantes, na década de noventa, são as da exaltação do valor da família, e parece inegável que «a procura de uma vida de casal com filhos é a norma principal da nossa sociedade» (31).

III. Neste quadro de profunda instabilidade, também parece notar-se — como defesa e reacção — a *hipervalorização da relação com os filhos*, que contém a promessa de estabilidade que desapareceu em redor do indivíduo. «O filho, a sua educação e cuidado, podem criar novas referências de sentido e de valores, e pode até converter-se no centro do sentido da existência privada» (32). Mesmo que a taxa de natalidade continue baixa, tanto se nota a vontade de não ter filhos como a ansiedade por tê-los. Se não fosse esta ansiedade não teríamos chegado tão longe no desenvolvimento das técnicas de procriação medicamente assistida, que despertam o maior interesse da comunidade internacional, não obstante as suas mais do que discretas taxas de sucesso. Por outro lado, a grande descoberta do instituto da adopção, depois do seu abandono por muitos séculos, radica neste desejo de manter uma preciosa relação estável, porventura mais do que no desejo de ajudar a infância desvalida.

tem produzido também o aumento substancial da *união de facto*, embora com diferenças consideráveis, segundo os países: mais de 20% dos casais em França (J. RUBELLIN-DEVICHI — *Les grandes reformes...*, in «Liber amicorum Marie Thérèse Meulders-Klein...», p. 686), 3,6% na Suíça, 1,7% na Itália (DONATI — *Manuale di sociologia della famiglia*, 2.ª ed., Roma-Bari, Edit. Laterza, 1999, p. 258), 3,9% em Portugal, segundo o Cens 91.

Estes dados sobre a difusão da *união de facto* andam a par com o declínio da nupcialidade oficial, através da celebração do casamento. Este declínio é patente nos vários países europeus; mas é menos impressionante em Portugal, onde a taxa de nupcialidade andou acima dos 8% nos anos sessenta, para descer até aos 6,6%, em 1997.

(31) M. SEGALÉN — *Sociologia da Família...*, p. 9 e 322.

(32) U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 190.

De novo, tem de notar-se que não se trata de aceitar necessariamente os imperativos da ligação biológica, ou a ideia de que o interesse do filho é o de se relacionar com os seus progenitores. De facto, está cada vez mais presente a discussão acerca da preferência absoluta pela verdade biológica, ou sobre a determinação dos casos em que a verdade sociológica ou afectiva deve ser o critério da paternidade; e não se prevê que esta incerteza chegue a um termo, numa época em que se pretende tudo à medida do indivíduo, em que se escolhe sempre e nada é predeterminado. O aumento do número dos divórcios e dos segundos casamentos multiplicou as situações de concorrência entre a paternidade biológica e a paternidade afectiva; o crescimento da filiação adoptiva tem produzido o mesmo efeito; e a procriação assistida com dador e as maternidades de substituição também já têm a sua quota nesta matéria. Estas situações de concorrência, note-se, têm dado a primazia às paternidades afectivas em detrimento das paternidades biológicas (33) — assim, pelo menos, no que toca à ruptura dos laços de parentesco com a família de origem no caso de adopção, e também no caso da inseminação com dador anónimo.

Trata-se aqui, também, da «relação pura», permanentemente negociada, em que os indivíduos que desempenham a função de pais têm de justificar esse estatuto perante os filhos, sem poder contar com a determinação biológica, que já não parece conferir a vantagem que outrora significou. Por outro lado, o exercício das funções parentais orienta-se hoje pelo respeito da pessoa do filho, das suas inclinações. O fenómeno da «*personalização do estatuto de filho*» (34), por seu lado, levou os legisladores a temperar as fórmulas tradicionais que se referiam ao poder paternal. Em primeiro lugar, a designação mesma tem sido transformada: não só porque o adjectivo «paternal» colocava a mãe em plano secundário,

(33) FINE, Agnès — *Parentés (s)électives*, in «Le Monde de L'Éducation», n.º 264, nov. 1998, p. 51.

(34) THÉRY, Irène — *Couple, Filiation et Parenté Aujourd'hui...*, p. 35.

Nas décadas de setenta, os escritos versavam a «crise da família»; as vozes dominantes, na década de noventa, são as da exaltação do valor da família, e parece inegável que «a procura de uma vida de casal com filhos é a norma principal da nossa sociedade» (31).

III. Neste quadro de profunda instabilidade, também parece notar-se — como defesa e reacção — a *hipervalorização da relação com os filhos*, que contém a promessa de estabilidade que desapareceu em redor do indivíduo. «O filho, a sua educação e cuidado, podem criar novas referências de sentido e de valores, e pode até converter-se no centro do sentido da existência privada» (32). Mesmo que a taxa de natalidade continue baixa, tanto se nota a vontade de não ter filhos como a ansiedade por tê-los. Se não fosse esta ansiedade não teríamos chegado tão longe no desenvolvimento das técnicas de procriação medicamente assistida, que despertam o maior interesse da comunidade internacional, não obstante as suas mais do que discretas taxas de sucesso. Por outro lado, a grande descoberta do instituto da adopção, depois do seu abandono por muitos séculos, radica neste desejo de manter uma preciosa relação estável, porventura mais do que no desejo de ajudar a infância desvalida.

tem produzido também o aumento substancial da *união de facto*, embora com diferenças consideráveis, segundo os países: mais de 20% dos casais em França (J. RUBELLIN-DEVICHI — *Les grandes réformes...*, in «Liber amicorum Marie Thérèse Meulders-Klein...», p. 686), 3,6% na Suíça, 1,7% na Itália (DONATI — *Manuale di sociologia della famiglia*, 2.ª ed., Roma-Bari, Edit. Laterza, 1999, p. 258), 3,9% em Portugal, segundo o Censur 91.

Estes dados sobre a difusão da união de facto andam a par com o declínio da nupcialidade oficial, através da celebração do casamento. Este declínio é patente nos vários países europeus; mas é menos impressionante em Portugal, onde a taxa de nupcialidade andou acima dos 8% nos anos sessenta, para descer até aos 6,6%, em 1997.

(31) M. SEGALIN — *Sociologia da Família...*, p. 9 e 322.

(32) U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 190.

De novo, tem de notar-se que não se trata de aceitar necessariamente os imperativos da ligação biológica, ou a ideia de que o interesse do filho é o de se relacionar com os seus progenitores. De facto, está cada vez mais presente a discussão acerca da preferência absoluta pela verdade biológica, ou sobre a determinação dos casos em que a verdade sociológica ou afectiva deve ser o critério da paternidade; e não se prevê que esta incerteza chegue a um termo, numa época em que se pretende tudo à medida do indivíduo, em que se escolhe sempre e nada é predeterminado. O aumento do número dos divórcios e dos segundos casamentos multiplicou as situações de concorrência entre a paternidade biológica e a paternidade afectiva; o crescimento da filiação adoptiva tem produzido o mesmo efeito; e a procriação assistida com dador e as maternidades de substituição também já têm a sua quota nesta matéria. Estas situações de concorrência, note-se, têm dado a primazia às paternidades afectivas em detrimento das paternidades biológicas (33) — assim, pelo menos, no que toca à ruptura dos laços de parentesco com a família de origem no caso de adopção, e também no caso da inseminação com dador anónimo.

Trata-se aqui, também, da «relação pura», permanentemente negociada, em que os indivíduos que desempenham a função de pais têm de justificar esse estatuto perante os filhos, sem poder contar com a determinação biológica, que já não parece conferir a vantagem que outrora significou. Por outro lado, o exercício das funções parentais orienta-se hoje pelo respeito da pessoa do filho, das suas inclinações. O fenómeno da «*personalização do estatuto de filho*» (34), por seu lado, levou os legisladores a temperar as fórmulas tradicionais que se referiam ao poder paternal. Em primeiro lugar, a designação mesma tem sido transformada: não só porque o adjectivo «paternal» colocava a mãe em plano secundário,

(33) FINE, Agnès — *Parentés (s)électives*, in «Lc Monde de L'Éducation», n.º 264, nov. 1998, p. 51.

(34) THÉRY, Irène — *Couple, Filiation et Parenté Aujourd'hui...*, p. 35.

lorização dos alimentos devidos a menores e a ineficácia dos sistemas quanto à sua cobrança forçada. É esta a razão forte que leva a doutrina internacional a propor que se minimize a intervenção durante o casamento e que se concentrem os esforços tanto numa partilha solidária e justa, como na descoberta de outros meios eficazes que diminuam o sofrimento nos momentos de crise.

COMPENSAÇÕES DEVIDAS PELO PAGAMENTO DE DÍVIDAS DO CASAL (*)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa,
de 8 de Julho de 1999

Sumário: -- I. *Os bens comuns do casal constituem um património colectivo e não uma compropriedade, havendo ali portanto um só direito com dois titulares.* -- II. *Com a dissolução do casamento os bens comuns não passam imediatamente ao regime de compropriedade o que só acontecerá se, ao procederem à partilha, os cônjuges pretenderem ficar com os bens em comum.* -- III. *Tendo um ex-cônjuge pago, após o divórcio, dívidas de ambos, só poderá exigir do outro ex-cônjuge o crédito respectivo no momento da partilha dos bens comuns do casal a não ser que o regime vigente entre os cônjuges seja o da separação.*

Acordam em conferência no Tribunal da Relação de Lisboa:

Vem o presente recurso interposto da douta sentença (saneador/sentença) proferida na comarca de Vila Franca de Xira em 10-12-97, no processo n.º 413/97, e que absolveu a R. (apelada) do pedido.

Desta decisão interpôs recurso o A. (ora apelante).

Com interesse para a decisão encontram-se provados os seguintes factos (aliás, todos eles alegados pelo A. e não impugnados pela R.):

A. e R. casaram entre si em 27-07-85 sob o regime de comunhão de adquiridos;

(*) Publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 133.º (2000).

Na constância do matrimónio adquiriram em 21-06-89 a fracção autónoma designada pela letra C, correspondente ao 1.º andar direito do prédio urbano situado na Quinta dos Caniços lote 16 (hoje Rua Fernando Pessoa, n.º 4):

Para o efeito, A. e R. contraíram um empréstimo hipotecário da CGD;

Em 24-02-93 o casamento entre ambos foi dissolvido por sentença proferida nos autos de divórcio por mútuo consentimento n.º 153/92, a qual transitou em julgado em 10-03-93;

À data de 19-06-93 (quando o A. deixou a casa, na sequência do acordo sobre o destino da casa de morada da família) todas as prestações mensais vencidas relativamente ao empréstimo estavam pagas;

Após a saída do A., a R. não mais pagou qualquer quantia por conta das prestações a que ambos se tinham obrigado perante a CGD;

O mesmo sucedendo relativamente às despesas e encargos com a dita fracção: contribuição autárquica, condomínio e seguro de incêndio;

Em relação a estas despesas pagou o A. a quantia de 3.145.331\$00.

O Direito

I — Tal como se refere na douda sentença recorrida, está em causa saber se o A. tem direito a receber da R. metade das despesas por si suportadas relativamente à fracção por ambos comprada na constância do matrimónio.

Nos termos do n.º 1, al. a), do art. 1691.º, são da responsabilidade de ambos os cônjuges as dívidas contraídas antes ou depois da celebração do casamento, pelos dois cônjuges...

Ora, como ficou provado, a fracção foi comprada por A. e R. na constância do matrimónio, pelo que as respectivas dívidas por eles assumidas deviam ser pagas, em princípio, em partes iguais,

por ambos. E o credor poderia exigir deles o respectivo pagamento. E sendo ambos titulares de um único direito (e de um direito uno) sobre a mesma coisa, também deveriam pagar os respectivos encargos naquela mesma proporção.

Trata-se de dívidas solidárias (art. 1695.º, n.º 1).

Mas aqui a acção não é proposta por nenhum credor contra o dissolvido casal. E o ex-marido que, tendo efectuado o pagamento das dívidas referidas, vem exigir da ex-mulher o pagamento de metade dessas dívidas.

E, em princípio, parece que a mulher será responsável pelo pagamento de metade dessas dívidas, até porque, em concreto, está a usufruir das respectivas vantagens. E se as dívidas não tivessem sido pagas pelo ex-cônjuge, provavelmente, a ora R. a «estas horas» já não estaria a habitar a fracção, pois o Banco já teria exercido os seus direitos sobre a hipoteca.

Com efeito, nos termos do n.º 1 do art. 1730.º, «os cônjuges participam por metade no activo e no passivo da comunhão, sendo nula qualquer estipulação em sentido diverso».

Estabelece-se aqui um regime semelhante ao do art. 1405.º em relação à propriedade, nos termos do qual os comproprietários, separadamente, participam nas vantagens e encargos da coisa, na proporção das suas quotas e nos termos dos arts. seguintes.

Como já se disse, os cônjuges são titulares de um único direito e de um direito único sobre os bens comuns.

«Quando por conseguinte, no art. 1730.º se prescreve que os cônjuges participam por metade no activo e no passivo da comunhão, tem-se especialmente em vista fixar a quota parte a que cada um deles terá direito no momento da dissolução e partilha do património comum» (1).

A questão que se coloca é a de saber se o A. poderia exigir o pagamento através desta acção declarativa de condenação.

(1) Pires de Lima e A. Varela em anotação ao art. 1730.º, in *Código Civil Anotado* (1992).

Como é sabido, quando existem bens comuns, se os cônjuges não pretenderem manter-se na indivisão, tem de proceder-se à partilha (art. 2101.º).

E então fazem-no de forma amigável (extrajudicialmente) ou têm de recorrer a inventário nos termos referidos (art. 2102.º).

Neste caso, será este o momento próprio para cada um dos cônjuges exigir do outro o pagamento das dívidas existentes entre eles.

Com efeito, como estabelece o n.º 1 do art. 1689.º, «cessando as relações patrimoniais entre os cônjuges, estes ou os seus herdeiros recebem os seus bens próprios e a sua meação no património comum, conferindo cada um deles o que dever a este património».

E o seu n.º 3 determina que os créditos dos cônjuges sobre o outro são pagos pela meação do cônjuge devedor no património comum...

As dívidas dos cônjuges resultam designadamente do facto previsto no n.º 1 do art. 1697.º: «Quando por dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges tenham respondido bens de um só deles, este torna-se credor do outro pelo que haja satisfeito além do que lhe competia satisfazer».

Portanto, quando as dívidas de ambos os cônjuges são pagas apenas por um deles (isto é, com bens próprios), torna-se este credor do outro pelo que haja satisfeito além do que lhe competia fazer. E, isto é assim, quer se trate de dívidas comuns, quer se trate de dívidas plurais. De igual modo, o direito de crédito referido tanto existe nos casos em que o cônjuge respondeu com os bens próprios, na qualidade de obrigado solidário (art. 1695.º, n.º 1), como nos casos em que tenha respondido na veste de obrigado conjunto (art. 1695.º, n.º 2) (2).

Acontece, porém, que se acrescenta naquele n.º 1 o seguinte: «mas este crédito só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, a não ser que vigore o regime da separação».

(2) Conferir Pires de Lima e A. Varela na citada obra em anotação ao art. 1697.º

Quer isto dizer que o cônjuge credor só pode exigir o pagamento do seu crédito no momento da partilha dos bens do casal (a não ser que vigore o regime da separação de bens, que não está em causa).

E na verdade só neste momento se sabe o que cabe a cada um deles. Razão pela qual se justifica que só na partilha o credor possa exigir o pagamento da dívida. Por isso bem se decidiu no acórdão do STJ, de 05-07-90, no sentido de que o inventário dos bens do casal por divórcio não se destina apenas a dividir os bens comuns dos cônjuges, mas a liquidar as responsabilidades mútuas e, bem assim, as dívidas do casal, quer as comunicáveis, quer as incomunicáveis (3).

IV — Acontece, porém, que as dívidas em causa foram pagas pelo A. após a dissolução do casamento por divórcio. «O divórcio dissolve o casamento e tem juridicamente os mesmos efeitos da dissolução por morte, salvas as excepções consagradas na lei» (art. 1788.º), os quais se produzem a partir do trânsito em julgado da sentença, mas retrotraem-se à data da propositura da acção quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges (art. 1789.º, n.º 1).

Trata-se, contudo, do pagamento de dívidas contraídas na constância do matrimónio ou por causa delas.

Por isso, como se disse, entendemos que o regime não se altera até à partilha. Só após esta, cada um deles ficará a saber quais os bens (ou parte deles) que lhe cabem.

Obviamente que os bens adquiridos posteriormente têm um regime completamente diferente, tal como as dívidas contraídas por cada um deles e da sua exclusiva responsabilidade.

É que, como bem refere o Prof. A. Varela na citada obra (págs. 348 e 349), o pagamento das dívidas, quer as da responsabilidade de ambos os cônjuges quer das que são da responsa-

(3) *B.M.J.*, n.º 399, p. 512.

bilidade apenas de um deles, pode determinar a necessidade de acertos ou compensações no plano das relações internas entre eles. «O crédito do cônjuge lesado só é, porém, exigível no momento da partilha dos bens comuns do casal, a não ser que o regime vigente entre os cônjuges seja o da separação».

Parece-nos, assim, não ser este o meio (e o momento) próprio para o A. exigir o pagamento das alegadas dívidas. O eventual crédito do A. sobre a R. só é exigível no momento da partilha dos bens comuns do casal.

Por todo o exposto se acorda em negar provimento à apelação, confirmando-se a sentença recorrida.

Custas pelo apelante (sem prejuízo do apoio judiciário concedido).

Notifique e registre.

Lisboa, 8 de Julho de 1999. — *Pimentel Marcos* (Relator)
— *Amaral Barata* — *Lopes Bento*.

(Pub. na *Col. Jur.*, 1999, tomo IV, pp. 94 e segs.)

ANOTAÇÃO

No caso, o marido pagou a totalidade de umas prestações e de uns encargos relativos a um andar que era bem comum do casal; e exigiu, de imediato, que a mulher lhe pagasse metade da quantia que ele gastara.

Tanto a primeira instância como a Relação de Lisboa decidiram que o crédito de compensação nascera no património do marido, mas que o crédito só seria exigível no momento da partilha. Compreende-se a solução; de facto, apesar das muitas dúvidas que o diferimento da exigibilidade pode suscitar, este regime foi consagrado no art. 1697.º, n.º 1, do Código Civil e, sendo o texto tão claro, a questão parece resolvida.

Convém, no entanto, lembrar os motivos que sustentaram a solução do diferimento da exigibilidade.

Foi Braga da Cruz ⁽⁴⁾ que fez a proposta e apresentou os argumentos: «Foram duas as considerações que nos levaram a estabelecer esta dilação: — Em primeiro lugar, há toda a vantagem em adiar para o momento da partilha do casal, sempre que tal seja possível, a exigibilidade das dívidas entre cônjuges, que pode ser fonte de dissensões ou desentendimentos conjugais quando admitida antes disso. Em segundo lugar, a atribuição de imediata exibibilidade a estas dívidas entre os cônjuges equivaleria a atribuí-lhes uma exigibilidade a todo o tempo já que, entre cônjuges, não pode correr a prescrição, nem aquisitiva nem negativa (...); e, dessa maneira, colocar-se-ia nas mãos do cônjuge-credor um meio fácil — a ameaça da cobrança imediata da quantia em dívida — de tutelar economicamente a actividade do cônjuge-devedor. (...) Fez-se, evidentemente, a ressalva de vigorar o regime da separação de bens, pois a autonomia patrimonial dos cônjuges, neste regime, não se compadece com qualquer dilação na exigibilidade das dívidas conjugais».

Não dou muito crédito a estes argumentos. Não creio que a exigibilidade imediata dos créditos seja mais perturbadora das relações conjugais do que a exigibilidade diferida; um credor que tem o direito mas só pode cobrá-lo muitos anos depois... não será um credor tranquilo. Nem se compreende bem que a exigibilidade imediata tenha sido considerada uma fonte tão grave de dissensões... mas tenha sido afinal admitida para os casais que vivam em separação de bens, em homenagem à autonomia patrimonial dos cônjuges, que nem sequer parecia um valor dominante no direito matrimonial da época. Também não me impressiona o argumento da tutela económica da actividade do cônjuge-devedor, através da ameaça da cobrança imediata do crédito; é normal que os devedores paguem as dívidas, e o devedor que quiser fugir à ameaça continuada da cobrança, deve esco-

(4) *Capacidade patrimonial dos cônjuges*, Lisboa, *B.M.J.*, n.º 69, 1957, pp. 413-4.

lher o caminho de pagar... e não o de obter a garantia do diferimento.

Também não pode invocar-se, como argumento, que os cônjuges só sabem o que lhes cabe no momento da partilha. De facto, os cônjuges têm de saber quais são os seus bens próprios e têm de saber quais são os valores que pertencem ao património comum, mesmo antes de se fazer a partilha; e têm de saber, já durante o casamento, como se repartem as suas responsabilidades. Se se espera que os credores saibam tudo isso no momento da execução das dívidas e no momento da execução forçada, como não esperar que os cônjuges saibam tudo isso ainda com mais clareza?

Mas não pretendo agora discutir os argumentos que costumam ser apresentados.

Neste momento, e em face do caso apreciado pela Relação de Lisboa, parece-me mais razoável aceitar a regra vigente e dizer apenas que não se verificavam as condições que justificaram a solução do diferimento da exigibilidade dos créditos. De facto, se a intenção manifesta do regime foi a de poupar os cônjuges a dissensões e à chantagem continuada que resultaria da ameaça de cobrança, pode dizer-se que estes cuidados não eram oportunos num caso em que os «cônjuges» já estavam divorciados e apenas esperavam uma partilha do património. Assim, neste caso, a aplicação literal do art. 1697.º, n.º 1, não tinha uma justificação material, não podia sustentar-se com as razões que, bem ou mal, o legislador invocou para restringir o princípio basilar da cobrança imediata do que é devido.

O regime da exigibilidade diferida para o momento da partilha é um regime excepcional, que limita a autonomia negocial dos cidadãos e os princípios elementares do direito das obrigações; só pode aplicar-se aquele regime com boas razões, e quando as boas razões estão presentes. Não era o caso.

O PODER PATERNAL E O EXERCÍCIO DO DIREITO DE QUEIXA (*)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa,
de 2 de Março de 1999

Sumário: — *Existindo desacordo dos pais de um menor de 16 anos, qualquer deles pode, validamente, apresentar queixa, em seu nome, relativamente a crime semi-público, de que o mesmo tenha sido vítima.*

Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa:

Em processo que corre termos no 2.º Juízo do Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa, o M.º P.º acusou o arguido Marcelo Portela da autoria de um crime de abuso sexual de menores p. e p. pelo art. 172.º, n.º 2, do CP. Tendo o arguido requerido a abertura da instrução, veio a ser proferida decisão instrutória que ordenou o arquivamento dos autos «por falta de apresentação válida de queixa e conseqüente falta de legitimidade do M.º P.º para promover o processo penal».

Em resumo, são os seguintes os fundamentos desse despacho de arquivamento:

- o crime imputado tem natureza semi-pública, sendo que a queixa foi apenas apresentada pelo pai da menor;
- resulta evidente quer do inquérito quer da instrução que a mãe da menor sempre se opôs à apresentação da

(*) Publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 133.º (2000).

queixa, por entender que, dadas as particularidades da situação, seria do interesse da menor a não apresentação da queixa;

- na data dos factos a ofendida tinha 13 anos, competindo a ambos os pais o exercício do poder paternal, do qual faz parte a representação dos filhos, no interesse destes — art. 1878.º do CC;
- os termos do art. 1901.º, n.ºs 1 e 2, do CC, na constância do matrimónio o poder paternal pertence a ambos os pais e na falta de acordo compete ao tribunal decidir;
- só com o acordo de ambos os pais, ou por decisão judicial, se poderia considerar validamente apresentada a queixa contra o arguido Marcelo.

Inconformado, o M.º P.º interpôs recurso.

Fundamentação

A questão deste recurso reside unicamente na questão de saber quem, em caso de desacordo dos pais de menor de 16 anos, tem legitimidade para, em representação dele, apresentar a queixa nos crimes com natureza semi-pública.

Entendeu-se no despacho recorrido que, competindo o poder paternal a ambos os pais (art. 1878.º do CC), na falta de acordo impõe-se o recurso à decisão do tribunal, nos termos previstos no art. 1901.º, n.ºs 1 e 2, do CC.

Trata-se de questão que em sede de direito constituindo deverá ter a maior das ponderações. Em crimes de natureza sexual, como o destes autos, merecem especial protecção os interesses da vítima, conhecidos que são os perigos de estigmatização processual do menor e as nefastas consequências que podem advir para ele do desvendar da sua intimidade. Como quer que seja, os n.ºs 3 e 4 do art. 113.º do CP dão-nos a solução do direito positivo para objecto deste recurso.

Dispõe referido n.º 3 que «se o ofendido for menor de 16 anos (...) o exercício do direito de queixa pertence ao representante legal e, na sua falta, às pessoas indicadas nas alíneas do número anterior, segundo a ordem aí referida, salvo se alguma delas houver participado no crime».

E dispõe o n.º 4 que «qualquer das pessoas pertencentes a uma das classes referidas nos n.ºs 2 e 3 pode apresentar queixa **independentemente das restantes**».

Sendo certo que ambos os pais são os representantes legais do menor (art. 1881.º, n.º 1, do CC), face à redacção do n.º 4 do art. 113.º do CP, tem necessariamente que se concluir que qualquer deles pode validamente apresentar queixa em nome do filho menor.

Trata-se de norma especial que regula um caso particular de representação do menor, que afasta a aplicação das normas gerais sobre a matéria.

Só mais uma nota: careceria de fundamento a interpretação de que a lei presume o acordo das pessoas das classes referidas nos n.ºs 2 e 3 do art. 113.º do CP e que, apenas por isso, permite que qualquer delas apresente a queixa. Se assim fosse, o legislador não teria deixado de regular os casos em que se revelassem as divergências entre os diversos titulares do direito de queixa.

Tem, pois, que ser concedido provimento ao recurso.

Decisão

Em face do exposto, acordam os juízes deste Tribunal da Relação revogar o despacho recorrido, ordenando que seja substituído por outro que pressuponha que nestes autos o MP tem legitimidade para promover o processo penal.

Sem custas.

Lisboa, 2 de Março de 2000. — *Fernando Monterroso* (Relator) — *Almeida Semedo* — *Goes Pinheiro*.

(Pub. na *Col. Jur.*, 2000, tomo II, pp. 136 e segs.)

ANOTAÇÃO

Não concordo com o entendimento perfilhado pela Relação de Lisboa, neste caso.

Quando o art. 113.º, n.º 2, do Código Penal dispõe que o direito de queixa pode ser exercido pelo representante legal do menor de dezasseis anos, remete para o direito civil a determinação de quem é o representante e do modo como a representação é exercida (1). Sendo assim, parece-me rigorosa a fundamentação do despacho de arquivamento: só poderia dizer-se que a queixa tinha sido feita depois de os dois progenitores se terem posto de acordo sobre isso ou depois de o tribunal ter suprido a falta de acordo entre eles.

Não vejo razão para afirmar que o direito penal estabeleceu uma excepção às regras do direito civil, de tal modo que qualquer dos progenitores possa exercer sozinho o poder paternal, para este efeito (2) (3).

Não creio que o *teor literal* do art. 113.º, n.º 4, deva ser entendido por forma a afastar as regras do direito civil. Este n.º 4 foi pensado, concerteza, para se aplicar relativamente às classes de legitimados compostas por várias pessoas que, individualmente, podem desempenhar as suas competências — como os descendentes, os ascendentes, os adoptados, os adoptantes (quando não sejam os representantes legais de um menor), os irmãos e seus descendentes. Pelo contrário, os progenitores de um menor não podem desempenhar individualmente a representação, a não ser

(1) FIGUEIREDO DIAS — *Direito penal português*, Lisboa, Aequitas/Ed. Notícias, 1993, p. 673: «... representante legal — que se determina exclusivamente segundo as normas do direito civil...».

(2) No mesmo sentido, em face de normas semelhantes, JESCHECK — *Tra-
tado de derecho penal*, 4.ª ed., Granada, Comares, 1993, p. 818.

(3) Se a posição defendida neste acórdão fosse acertada, é claro que não poderia ser acusada de ofender o princípio da igualdade dos progenitores, dado que o exercício do direito seria conferido a qualquer deles, sem discriminação.

quando a lei civil o permite (4). Numa palavra, o «representante legal»... são dois e têm de agir de comum acordo.

Nem será de estranhar que o n.º 4 não se aplique a uma certa categoria de entre todas as classes de legitimados previstas pelos n.ºs 2 e 3, pois isto sucede também relativamente ao cônjuge sobrevivente ou à pessoa com quem o ofendido viva em união de facto; também para estes o n.º 4 não tem sentido, embora pela razão diferente e óbvia de que o cônjuge é só um e o unido de facto só pode ser um.

Também acho que não há um *motivo substancial* para estabelecer uma excepção às regras do direito civil, neste caso. O exercício do direito de queixa é, seguramente, uma «questão de particular importância» e foi para estas questões que se previu o regime do art. 1901.º do Código Civil, que permite o recurso ao tribunal quando os progenitores não estão de acordo; não parece que a especialidade da matéria justifique um regime diferente.

Outra coisa seria discutir se, nos casos de crimes contra a autodeterminação sexual, o Ministério Público deve ter faculdades especiais de promoção processual — o que nos levaria para o âmbito de aplicação do art. 178.º, n.º 2, do Código Penal, e para a sua relação com o art. 5.º do Estatuto do Ministério Público. Mas isto seria para os penalistas.

(4) Vejam-se os arts. 1903.º, 1904.º, 1905.º, n.º 2, 1906.º, n.º 1, 1907.º, n.º 2, 1909.º, 1910.º e 1911.º, n.º 1, do Código Civil.

ÍNDICE

	Págs.
SOBRE A VERDADE E A FICÇÃO NO DIREITO DA FAMÍ- LIA.....	5
IMPUGNABILIDADE DA PERFILHAÇÃO.....	17
O DIREITO DA FILIAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE	33
O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO: MUDANÇA RECENTE E PERSPECTIVAS.....	57
A LEI E O LABORATÓRIO — OBSERVAÇÕES ACERCA DAS PROVAS PERICIAIS DA FILIAÇÃO.....	77
ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS, RISCO E ABUSO DO DIREITO, A PROPÓSITO DE UM CRÉDITO DE TORNAS	95
O TESTAMENTO — APONTAMENTOS.....	119
TESTAMENTO OLÓGRAFO.....	199
A CRIANÇA MALTRATADA.....	215
O DIREITO DA FAMÍLIA.....	223
A PROVA DIRECTA DO VÍNCULO BIOLÓGICO.....	231
SOBRE O CONTRATO-PROMESSA DE PARTILHA DE BENS COMUNS.....	243
OBSERVAÇÕES SOBRE OS REGIMES DE BENS.....	273
SOBRE A PASSAGEM DE UM DIVÓRCIO LITIGIOSO PARA UM DIVÓRCIO POR MÚTUO CONSENTIMENTO (ART. 1774.º, N.º 2, DO CÓDIGO CIVIL).....	285
PROTECÇÃO DE MENORES / PROTECÇÃO FAMILIAR.....	295

	Págs.
A REFORMA DO DIREITO DA FAMÍLIA DE MACAU.....	305
UM DIREITO DA FAMÍLIA EUROPEU? — (PLAY IT AGAIN, AND AGAIN... EUROPE!).....	319
«QUEREMOS AMAR-NOS... MAS NÃO SABEMOS COMO!»	333
COMPENSAÇÕES DEVIDAS PELO PAGAMENTO DE DÍVIDAS DO CASAL.....	347
O PODER PATERNAL E O EXERCÍCIO DO DIREITO DE QUEIXA	355

EXECUÇÃO GRÁFICA
COIMBRA EDITORA, LDA.
Rua do Amado
COIMBRA

