



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



Bianca Sofia Conde da Branca

**O PRAZO INTERNUPCIAL NO NOSSO
ORDENAMENTO JURÍDICO:
A QUESTÃO DA ATRIBUIÇÃO DA PATERNIDADE
JUSTA**

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito- Mestrado em
Ciências Jurídico Forenses, orientada pelo Professor Doutor Francisco
Manuel de Brito Pereira Coelho e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.

Janeiro de 2019



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



Bianca Sofia Conde da Branca

**O PRAZO INTERNUPCIAL NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO: A
QUESTÃO DA ATRIBUIÇÃO DA PATERNIDADE JUSTA**

**THE INTERNUPCIAL TERM IN PORTUGUESE LAW: THE PROBLEM
OF JUST PATERNITY**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito conducente ao grau de Mestre, na
Área de Especialização em Ciências Jurídico Forenses,
sob orientação do Professor Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho.

Coimbra, 2019

Aos meus pais e irmão, por todos os sacrifícios feitos ao longo destes anos, por todo o apoio e compreensão, sem eles nunca teria alcançado o maior sonho da minha vida, estudar Direito em Coimbra.

Ao Fernando, o amor que Coimbra me deu, por estar sempre ao meu lado, por todo o apoio, incentivo, compreensão e companheirismo, sem as suas palavras e sem a sua ajuda, tudo seria infinitamente mais difícil.

Às minhas amigas do coração, Beatriz, Joana, Raquel e Filipa, devo-lhes tanto que não encontro palavras capazes o suficiente para lhes agradecer, sou imensamente grata pela vossa amizade, obrigada do fundo do coração por tudo.

À Renata, que apareceu no meu caminho quando eu mais precisava e desde aí nunca mais saíu, obrigada por toda a ajuda, apoio, carinho e amizade ao longo destes anos, sem ti Coimbra nunca teria tido metade do Encanto.

Ao Professor Doutor Francisco Pereira Coelho por toda a compreensão e por todos os ensinamentos transmitidos.

Ao Dr. Renato Custódio por ter visto em mim o potencial que eu não via, e por me ter dado a oportunidade que eu tanto lutei para encontrar, um muito obrigada por toda a compreensão e por todo o conhecimento que me tem vindo a transmitir.

Aos meus colegas e amigos por todo o apoio e preocupação.

Por último, mas não menos importante, à minha avó, que teve a oportunidade de me ver lutar pelo meu sonho, mas já não conseguiu vêr-me conquistá-lo, sei que estaria muito orgulhosa.

À Faculdade de Direito,

A Coimbra,

Coimbra, 2019

RESUMO

Os prazos internupciais consagrados no nosso ordenamento jurídico consistem numa limitação das segundas núpcias, são um impedimento impediante, em que estas para se realizarem têm de respeitar um determinado período de tempo. Isto significa que qualquer um dos cônjuges que viu o seu casamento dissolvido por morte ou divórcio, declarado nulo ou anulável, tem de respeitar um prazo legal antes de ser autorizado a celebrar um novo casamento. Contudo este é diferente entre homem e mulher: ao primeiro aplica-se um prazo de cento e oitenta dias, à segunda de trezentos – arts. 1605º, nº1 do Código Civil e 1604º, al.b). As razões que o sustentam são essencialmente duas: em primeiro o *tempus lugendi* e em segundo a pretensão de evitar a *turbatio sanguinis*.

Apesar de existirem algumas exceções a esta regra geral, coloca-se a questão de saber se esta deverá existir ou não atualmente, tendo em conta toda a evolução histórica, social e legislativa já vivida no nosso ordenamento. Torna-se necessário abordar a questão do prazo à luz dos princípios constitucionais que aparentam colidir com este, como sejam a igualdade dos cidadãos, o direito a celebrar casamento e até mesmo o direito a constituir família, princípios que aparentam estar de certo modo “abalados” pela essência e pelo resultado deste prazo.

O instituto da filiação, o modo de estabelecimento da paternidade, o momento da concepção, o tempo de duração máxima e mínima da gravidez, a impugnação da paternidade e até os meios de prova admitidos na investigação da mesma, são todos eles, e a sua utilidade prática, postos em causa com a existência do prazo internupcial.

Será então que o nosso ordenamento jurídico não tem já os meios e as formas necessárias à determinação a paternidade, sem existir a necessidade de uma limitação temporal?

PALAVRAS CHAVE:

Prazo Internupcial

Estabelecimento da paternidade

Filiação

ABSTRACT

The internuptial term in the portuguese law consists in a limitation to the second marriage, it is an impediment, that states that a determinate time window until he can remarry. That means that any spouse that has seen his marriage dissolved either be it by death, divorce or by legal annulment, yet that time window is differs either we are talking about husband or wife. The difference in treatment is justified by legal stipulations, article 1605° Civil Code and with two principles, *tempus lugandi* and *turbatio sanguinis*. They are some few exceptions to the rule but the question in hand is if the internuptial term is still necessary and actual according to the social and historical evolution. And if they are in line with portuguese constitutional principles, both the equality principle and the freedom to marry.

KEY WORDS

Internuptial Term

Establishment of paternity

Filiation

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Als. – Alíneas

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

BE – Bloco de Esquerda

CC – Código Civil

Cit. – Citada

CRC – Código do Registo Civil

CRP- Constituição da República Portuguesa

CSM – Conselho Superior de Magistratura

Ed. – Edição

FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Idem – O mesmo. A mesma coisa

Supra – Em cima

OA – Ordem dos Advogados

Ob. – Obra

P. – Página

PAN – Partido das Pessoas e da Natureza

PP. – Páginas

ss. – Seguintes

PS – Partido Socialista

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Vol. – Volume.

ÍNDICE

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	3
INTRODUÇÃO.....	6
<i>CAPÍTULO I</i> - REQUISITOS DE FUNDO DO CASAMENTO: BREVE REFERÊNCIA.....	8
1.1 IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS.....	11
1.1.1 IMPEDIMENTOS DIRIMENTES.....	12
1.1.2 IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES.....	18
<i>CAPÍTULO II</i> - O PRAZO INTERNUPCIAL: O CAMINHO PERCORRIDO ATÉ AOS DIAS DE HOJE.....	23
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E OS SEUS FUNDAMENTOS	23
2.2 NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL	30
<i>CAPÍTULO III</i> - DA (IN)UTILIDADE DO PRAZO	35
3.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE:.....	35
3.2. DIREITO A CONTRAIR CASAMENTO: UMA GARANTIA INSTITUCIONAL....	37
3.3 ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO: BREVE REFERÊNCIA	40
3.3.1 FILIAÇÃO BIOLÓGICA - FATORES DETERMINANTES.....	41
3.3.2 ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE: A DIFERENÇA ENTRE FILIAÇÃO DENTRO E FORA DO CASAMENTO	43
3.4 AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO E INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE: A MULTIPLICIDADE NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO	49
3.4.1 IMPUGNAÇÃO DA PATERNIDADE:	49
3.4.2 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE:.....	51
3.5 MEIOS DE PROVA ADMITIDOS: O EXAME CIENTÍFICO.....	53

<i>CAPÍTULO IV: PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PARA A ELIMINAÇÃO DO PRAZO INTERNUPCIAL: ANÁLISE</i>	56
4.1 PROJETO DE LEI N.º 436/XIII/2. ^a (BE):.....	56
4.2 PROJETO DE LEI N.º 472/XIII/2. ^a (PS):.....	57
4.3 PROJETO DE LEI N.º 474/XIII/2. ^a (PAN):	59
4.4 PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS:.....	60
4.5 PARECER DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA:.....	61
CONCLUSÃO:.....	62
BIBLIOGRAFIA	66
JURISPRUDÊNCIA	67

INTRODUÇÃO

“O princípio da verdade biológica exprime a ideia de que o sistema de “estabelecimento da filiação” pretende que os vínculos biológicos tenham uma tradução jurídica fiel, isto é, pretende que a mãe juridicamente reconhecida e o pai juridicamente reconhecido sejam realmente os progenitores, os pais biológicos do filho.”

Guilherme de Oliveira

O casamento, apesar de ser um negócio jurídico, assume aspetos jurídicos diferentes dos demais negócios, principalmente no que diz respeito às limitações que afloram a sua celebração.

Assim sendo, logo na Secção II do Capítulo III da Subsecção I do Livro IV, o Livro do Direito da Família são consagrados os impedimentos que se aplicam ao casamento, ou seja, que obstam à sua celebração. Existem então, impedimentos dirimentes absolutos consagrados no art. 1601º. do CC, impedimentos dirimentes relativos presentes no art.1602º. do CC, e ainda os impedimentos impeditivos identificados no art. 1604º do CC.

Como impedimento impeditivo surge, desde logo, no art. 1605º do CC o prazo internupcial: *“O impedimento do prazo internupcial obsta ao casamento daquele cujo matrimónio anterior foi dissolvido, declarado nulo ou anulado, enquanto não decorrerem sobre a dissolução, declaração de nulidade ou anulação, cento e oitenta ou trezentos dias, conforme se trate de homem ou mulher”*, decorrendo do mesmo uma diferenciação na duração do prazo, quer seja mulher ou seja homem.

A origem deste prazo prende-se com a legitimação da contração das segundas núpcias, questão esta que ao longo dos séculos foi bastante discutida e aprofundada, levando a que várias vezes, com vista à proteção de interesses diversos, fosse posta em causa a possibilidade de a mulher casar uma segunda vez, sem sofrer represálias por isso. No nosso ordenamento jurídico, o prazo internupcial surgiu então com o Código Civil de 1966, sofrendo algumas

alterações com a Reforma de 1977, mas os fundamentos que lhe deram origem, na época, são ainda hoje o motivo que o sustenta, ou seja o *tempus lugendi* e a possibilidade de evitar uma confusão quanto à atribuição da paternidade, a *turbatio sanguinis*.

O prazo acaba por ter uma grande influência sobre o estabelecimento da paternidade, no que diz respeito à presunção da paternidade do marido da mãe, a regra *pater is est...* mas também no que diz respeito ao conflito de presunções que poderá ocorrer caso o mesmo não seja respeitado. Desta forma, torna-se então relevante abordar alguns institutos que aqui se colocam em apreço, nomeadamente o momento da concepção, e o período legal de concepção.

Nos tempos atuais, em que a desigualdade entre homem e mulher é cada vez mais abordada e posta em causa, torna-se necessariamente importante analisar este prazo do ponto de vista constitucional, até que ponto não irá colidir com o princípio da igualdade, art.13º da CRP, e com o Direito a casar, art.36º nº1 2ª parte, da CRP. Coloca-se ainda em causa a sua utilidade nos dias atuais, dada a evolução social e a evolução do direito matrimonial ao longo dos tempos, questionando-se se o nosso regime jurídico não consagra hoje soluções viáveis face ao mesmo.

Assim sendo, este trabalho irá começar pelo enquadramento do prazo no nosso ordenamento jurídico, passando para a evolução histórica, o seu surgimento e como se apresenta nos dias de hoje; após esta exposição irei analisar os principais pontos de conflito para com ele, que podem ou não colocar a viabilidade do prazo internupcial em causa; por último, terei em conta as propostas de alteração legislativa apresentadas recentemente.

CAPÍTULO I - REQUISITOS DE FUNDO DO CASAMENTO: BREVE REFERÊNCIA

Fruto da evolução social e cultural ao longo dos séculos, tem sido praticamente impossível estabelecer um conceito universal de casamento, ou até mesmo uma ideia comum do que este é. Nos tempos que correm, o casamento é *o acordo entre duas pessoas feito segundo as determinações da lei e dirigido ao estabelecimento de uma plena comunhão de vida entre elas*¹, por sua vez, nos termos do art. 1056.º do Código de Seabra apresentava-se como *“um contrato perpétuo feito entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente a família”*. Ou seja, a definição legislativa do que é o casamento não tem sido sempre igual, tende a acompanhar a evolução dos tempos e fazer face a novas realidades, tenta enquadrar-se nos novos tipos de relações e no significado que estas podem assumir para os sujeitos. Coloca-se a questão: fará sentido, terá utilidade jurídica e social, tentar definir algo que se encontra em constante transformação? Várias são as legislações que não definem o casamento, a italiana e a espanhola, por exemplo. Talvez faça mais sentido despender as nossas energias para a elaboração do regime jurídico em si, e não tanto para determinar o que é o casamento uma vez que o seu significado intrínseco está em constante mutação. Um dos fundamentos que me leva a crer em tal pensamento, foi a consagração do casamento entre pessoas do mesmo sexo no nosso ordenamento jurídico, nascendo assim toda uma nova realidade e complexidade de relações familiares.

O casamento apresenta-se no nosso ordenamento jurídico, na Secção I do Capítulo IX do Título II do Livro do Direito da Família, de forma um pouco complexa, sendo preciso acentuar alguns aspetos essenciais para a sua compreensão. Primeiramente, o casamento pode assumir duas modalidades, casamento civil ou casamento católico, a sua forma será então comum ou urgente, e terá como requisitos de fundo² a serem preenchidos o consentimento e a capacidade,³ sendo por estes requisitos que começarei a aprofundar o meu estudo.

¹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 194

² Os requisitos do casamento, são a capacidade das partes, o consentimento e o objeto possível, sendo que este último não será objeto de estudo.

³ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 256

No art. 1619º encontra-se consagrado o princípio do carácter pessoal do consentimento, ou seja, a *vontade* de contrair matrimónio tem de ser manifestada pelos próprios nubentes⁴, existe uma certa pessoalidade que deve ser verificada e respeitada, uma vez que se pretende não só celebrar um negócio jurídico, como este tem um carácter bastante particular. Ou seja, tem de existir, não só mútuo consentimento para a sua celebração, consagrado no art.1617º através do princípio da atualidade do mútuo consentimento, como uma declaração de vontade (art.1634º) subjacente de contrair matrimónio, assim sendo, segundo PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “*verdadeiramente, é o consentimento dos nubentes que faz o casamento...*”⁵.

Mas não só de consentimento se faz um casamento, no art. 1600º⁶, encontramos que “*têm capacidade para contrair matrimónio todos aqueles em quem se não verifique algum dos impedimentos matrimoniais no momento da celebração do matrimónio*”.

A capacidade, a par do consentimento, é também um requisito a ser preenchido; porém, tratando-se do negócio jurídico casamento, há que ter em conta que a capacidade aqui exigida assume aspetos jurídicos específicos, face aos negócios jurídicos em geral, diferença esta que acaba por ter relevo ao nível das incapacidades. Quando falamos em capacidade para contrair matrimónio há que ter em conta dois aspetos essenciais: a averiguação prévia, feita pela lei, com vista à determinação ou não da sua existência, e a natureza particular característica do casamento.

O primeiro aspeto assume bastante relevância jurídica, uma vez que a lei não faz um controlo preventivo nos demais negócios jurídicos, apenas neste. Tem assim a máxima preocupação de prevenir a celebração de casamentos considerados inválidos, tentando evitar

⁴ A representação é lícita quando seja permitido o casamento por procuração, artigo 1620º CC.

⁵ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 261

⁶ No texto sempre que se citem artigos sem menção expressa a nenhum diploma legal estes reportam-se ao Código Civil.

desta forma a sua celebração, mas tenta também salvar os efeitos já produzidos caso estes ocorram. Assumindo assim um papel de prevenção, mas também de proteção.⁷

Já o segundo aspeto caracteriza-se por, tendo em conta a natureza particular do casamento, tanto o número quanto a qualificação das incapacidades nupciais⁸, serem diferentes dos demais negócios jurídicos; ou seja, da natureza particular do casamento decorrem exigências próprias, justificando-se por um lado que haja aqui mais incapacidades, mas por outro lado menos incapacidades, em face do regime comum do negócio jurídico.⁹

A primeira solicitação caracteriza-se por assumir um papel de mais, ou seja, tendo o casamento por finalidade a constituição da família e o estabelecimento de uma *plena comunhão de vida*, supondo assim nas palavras de PEREIRA COELHO, *uma capacidade natural e contende com interesses eugénicos, morais e sociais muito importantes*, justifica-se desta forma a existência de incapacidades especiais¹⁰. O papel de mais aqui verificado decorre da especialidade assim exigida. Por sua vez, a segunda solicitação assume um papel de menos, uma vez que a lei pretende encorajar e promover o casamento, dando origem a que não valham para o casamento as incapacidades negociais admitidas na lei para os outros negócios jurídicos. Ou seja, a natureza particular do casamento dá origem a um conjunto de incapacidades próprias para o casamento, especiais e diversas das demais.

Para JORGE DUARTE PINHEIRO, os impedimentos matrimoniais “*são circunstâncias que de qualquer modo obstam à realização do casamento*¹¹.”

Para PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA são “*as circunstâncias que, de qualquer modo, impedem a celebração do casamento, as circunstâncias verificadas as*

⁷ Nos negócios jurídicos em geral, a lei estabelece de forma abstrata as suas incapacidades, facultando ao interessado a respetiva ação de anulação. Havendo assim uma maior despreocupação.

⁸ Expressão utilizada por Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira e adotada por mim.

⁹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 288 a 291

¹⁰ Vide arts. 1601º, al.c) e 1602º, als. a), b), c) e d)

¹¹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5ªEd., Almedina, Coimbra, 2016, p. 331 e 332

*quais o casamento não pode celebrar-se, sob pena de anulabilidade do ato ou de sanções de outra natureza*¹²”.

1.1 IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

Face ao exposto torna-se necessário distinguir incapacidade de impedimento, que apesar da sua relação, não são a mesma coisa. Os impedimentos impedem a celebração do casamento, sob pena de anulabilidade do ato ou de sanções de outra natureza. As incapacidades matrimoniais e proibições são os efeitos que os impedimentos matrimoniais produzem *antes* da celebração do casamento; *depois* do casamento, os impedimentos determinam a anulabilidade do mesmo ou a aplicação de outras sanções. Assim, por existir certa incapacidade matrimonial o sujeito fica impedido de casar. No momento da celebração do casamento, os nubentes são alvo de uma apreciação de certo modo crítica e preventiva feita pela lei, que irá analisar à luz dos impedimentos consagrados de forma taxativa na lei, se estes têm capacidade ou não para casar.

Podemos desta forma concluir que ambos os pilares da capacidade matrimonial, a natureza particular do casamento e o carácter preventivo da lei, encontram a sua consagração máxima no estabelecimento dos impedimentos matrimoniais.

Quanto à sua classificação os impedimentos matrimoniais podem ser agrupados em cinco grupos diferentes: no primeiro, temos os impedimentos *absolutos* e os *relativos*, os primeiros caracterizam-se por serem considerados verdadeiras incapacidades, associando-se a uma determinada deficiência ou *qualidade* do sujeito que faz com que este esteja impedido de casar seja com quem for, já os segundos são *ilegitimidades* que se fundam numa relação pessoal daquela pessoa com outra, proibindo a celebração do casamento com a mesma; o segundo grupo distingue os impedimentos *dispensáveis* dos *não dispensáveis*, nos primeiros é então admitido um ato de dispensa emitido por uma autoridade que desta forma atendendo às circunstâncias do caso em concreto autoriza o casamento nesse caso, os não dispensáveis não

¹² COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pág. 291

permitem a celebração do casamento independentemente de qualquer pedido de autorização; no terceiro grupo temos os impedimentos nominados e inominados; no quarto grupo distinguem-se os impedimentos *de direito civil e de direito canónico*, distinção esta que, segundo PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, por serem diferentes os dois sistemas de impedimentos, não teria grande interesse no nosso sistema matrimonial¹³; o quinto e último grupo de impedimentos¹⁴ distingue os impedimentos *dirimentes* e os *simplesmente impeditentes*¹⁵¹⁶. A maior diferença entre ambos encontra-se no efeito causado caso se celebre casamento em que algum dos impedimentos se verifique, os primeiros levam a anulação, os segundos à aplicação de outras sanções. Ambos se fundamentam no princípio da tipicidade, encontrando-se consagrados nos arts. 1601º, 1602º, e 1604º CC.

1.1.1 IMPEDIMENTOS DIRIMENTES

Encontram-se consagrados nos artigos 1601º CC e 1602º, que os dividem em impedimentos *dirimentes absolutos* e impedimentos *dirimentes relativos*, respectivamente, e que têm como consequência a anulabilidade do casamento celebrado. Ou seja, os impedimentos *dirimentes absolutos* têm por base determinada qualidade ou deficiência do nubente, impedindo com base nesta que se case.

São impedimentos dirimentes absolutos: a falta de idade nupcial, al.a); a demência, al.b); e a existência de vínculo matrimonial anterior não dissolvido, al. c).

1.1.1.1 FALTA DE IDADE NUPCIAL

Este impedimento diz-nos que independentemente do sexo do nubente, é impedimento dirimente absoluto “a idade inferior a dezasseis anos”, art. 1601º CC, al.a). O presente artigo está então assente na concepção de *idade nupcial* que é exigida por lei, mas também numa

¹³ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 294

¹⁴ Que se estendem ao direito canónico, art. 1596º CC.

¹⁵ A terminologia *simplesmente* é utilizada, dado que todos os impedimentos, são por definição impeditentes, impedem por algum motivo ou facto a celebração do matrimónio, mas uns impedem e dirimem, outros apenas impedem. No entanto vai ser adotada para estes últimos a terminologia utilizada por Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, de impedimentos *impeditentes*.

¹⁶ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 293

ideia de *idade mínima* que indicie suficiente maturidade física e psíquica para a celebração daquele ato de particular relevância, e para que este seja válido. Tendo sido percorrido um longo caminho de evolução social e cultural para se chegar a uma idade igualitária para ambos os sexos.¹⁷

De modo, a respeitar o art. 36º, nº1, 2ª parte¹⁸, da Constituição não é fixado pela nossa lei um limite máximo para a idade nupcial, caso contrário, estaria a colocar em causa o direito de contrair casamento em condições de plena igualdade.

Caso não se respeite a idade nupcial, pode haver lugar à correspondente ação de anulação; a legitimidade para propor a mesma cabe aos cônjuges, bem como os herdeiros e adotantes, qualquer parente em linha reta ou até ao 4º grau da linha colateral, o Ministério Público ou o tutor do menor, art. 1639º CC. Os prazos a respeitar são: se a ação foi proposta pelo próprio menor este deve propor a ação até seis meses depois de atingir a maioridade; já se foi proposta por outras pessoas a anulação deve ser requerida dentro dos três anos seguintes à celebração do casamento, mas nunca depois da maioridade do nubente. Porém, esta anulabilidade pode ser considerada sanada por convalidação, segundo os termos do art. 1633º, nº 1, al. a).

1.1.1.2 DEMÊNcia

A al.b) refere que é impedimento deste tipo a *demência notória, mesmo durante os intervalos lúcidos, e a decisão de acompanhamento, quando a sentença respetiva assim o determine*¹⁹

¹⁷ Apenas com a reforma de 1977, a idade mínima passou a ser de dezasseis anos ao invés de catorze para as mulheres, o fundamento desta alteração passou não só pela necessidade de respeito pelo princípio constitucional da igualdade de sexos, mas também para assegurar à mulher as mesmas possibilidades de formação profissional. Há que ter em conta que a mulher foi durante muitos séculos considerada inferior ao homem, o papel que esta assumia na sociedade, foi neste aspeto, perpetuada pelo Direito. A base desta discriminação era corroborada pelo desenvolvimento físico e psicológico mais rápido na generalidade das mulheres, mas também pelo papel que esta assumia socialmente e no ceio familiar, o que justificava a diferença de idades na época. No CC de 1867, art. 1073º, nº4, a idade era de 12 anos para a mulher e 14 para o homem, e em 1940 esta veio a alterar-se para 16 anos para o nubente de sexo masculino e 14 para o feminino, tudo de modo a fazer uma maior correspondência com o direito canónico.

¹⁸Não obstante a existência de um regime especial consagrado no art. 1720º do CC, que mesmo assim coloca em causa o princípio da igualdade.

No entanto, a demência em causa não é a demência psiquiátrica, “*termo abrangente que descreve a perda de memória, capacidade intelectual, raciocínio, competências sociais e alterações das reações emocionais normais*”²⁰. Sendo que no âmbito do direito civil, é então qualquer anomalia, quer se projete no domínio da inteligência quer no da vontade, que impeça o indivíduo de reger convenientemente a sua pessoa e os seus bens.²¹ Destaca-se então o critério da notoriedade, e o facto da existência de intervalos lúcidos²², que não são impeditivos do impedimento.

Por notoriedade entendemos que esta seja *certa, inequívoca e não duvidosa*, e não a noção de facto notório presente no art. 257º C, nº2 e nº1, uma vez que os interesses a tutelar são diferentes dos do âmbito matrimonial. Num defende-se os interesses do declaratório, noutra os interesses públicos, que tutelam não só a saúde pública, mas também a ordem social.

Pretende-se a criação de famílias sãs, uma vez que a demência posterior à celebração do matrimónio não releva para efeitos de impedimento²³.

Quanto aos intervalos lúcidos, a lei mesmo assim defende que seja impedimento, colocando em causa a liberdade matrimonial, em prol da ordem social e eugénica. No entanto, nos dias que correm talvez estes fundamentos acabem por cair, vigorando a liberdade matrimonial defendida na nossa Constituição, mas apenas se o nubente se encontrar no livre exercício da sua vontade no momento da celebração, acompanhando desta forma a evolução social.

O art. 1601º do CC concebe demência como um estado permanente ou habitual e não accidental ou nos casos de privação accidental.

¹⁹ Artigo recentemente alterado, pela Lei n.º 49/2018 de 14 de agosto, que aprovou o regime do maior acompanhado.

²⁰ Segundo a Associação Portuguesa de Familiares e Amigos de Doentes de Alzheimer, <http://alzheimerportugal.org/pt/text-0-9-32-18-o-que-e-a-demencia>; 22/12/2018; 21/11/2018;

²¹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 296.

²² O Direito Canónico por sua vez aceita o casamento celebrado por pessoa demente, mas em intervalo lucido, sendo então visto no âmbito do consentimento e não da capacidade, como no Direito Civil.

²³ Pode apenas fundamentar ação de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, art. 1781, al. b).

Ao ser celebrado, há lugar à ação de anulação proposta ou continuada por qualquer dos cônjuges ou pelos seus parentes na linha reta ou até ao 4º grau da linha colateral, herdeiros e adotantes dos cônjuges ou pelo Ministério Público (art. 1639º, nº 1 e 2), ou pelo acompanhante com poderes para o efeito. Os prazos para a sua propositura diferem, nos casos de menoridade, de demência notória ou de acompanhamento de maior judicialmente impeditivo, quando proposta pelo próprio incapaz, até seis meses depois de ter atingido a maioridade, de a incapacidade natural ter cessado ou de cessar ou ser revisto, nesse sentido, o acompanhamento; quando proposta por outra pessoa, dentro dos três anos seguintes à celebração do casamento, mas nunca depois da maioridade ou da cessação da incapacidade natural (art.1643, nº 1, al.a).

1.1.1.3 VÍNCULO MATRIMONIAL ANTERIOR NÃO DISSOLVIDO

O casamento²⁴ anterior não dissolvido, seja ele católico ou civil, constitui impedimento deste tipo mesmo que o respetivo assento ainda não tenha sido lavrado no registo do estado civil (art.158º, nº3 do CRegCivil). Ou seja, não pode contrair matrimónio sem que o anterior se encontre *dissolvido, nulo ou anulado*²⁵.

Considerando o casamento como estado, este tem como principal característica a *unidade matrimonial*, que estaria fragilizada caso este impedimento não existisse, pois abriria então uma oportunidade para a *bigamia*, sendo esta prevenção o fundamento deste impedimento.

Assim sendo, a ação de anulação pode ser intentada pelos cônjuges ou por qualquer parente deles na linha reta, ou até ao quarto grau da linha colateral, pelos herdeiros e adotantes dos cônjuges, pelo Ministério Público e ainda pelo 1ºconjuge do bígamo, sendo o prazo de até seis meses depois da dissolução do casamento. No entanto, não pode ser instaurada nem prosseguir

²⁴ Quando falamos em casamento, consideramos que este seja *válido*. Mas há que ter em conta os arts.nº 1632º e 1633º, nº1 al.c). No primeiro, o impedimento subsiste ainda que o casamento anterior seja considerado nulo ou anulável, pois a invalidade do casamento não opera *ipso iure*; mas se o primeiro casamento for declarado nulo ou anulado já a validade do segundo casamento não pode ser impugnada, graças à eficácia retroativa da declaração de nulidade ou anulação, ou seja passasse como se o primeiro casamento não tivesse ocorrido.

²⁵ Atenção que o instituto da morte presumida, arts.115º e 116º CC não dissolve o casamento. Mas decorrido um ano desde a data das últimas notícias, pode o cônjuge do ausente, com fundamento na alínea c) do art.1781º CC, pedir o divórcio. Ou através da declaração de morte presumida, também este se torna *dissolúvel*.

ação estando pendente uma outra de declaração de nulidade ou anulação do primeiro casamento do bigamo. Existe ainda a possibilidade de convalidação.²⁶

1.1.1.4 PARENTESCO E AFINIDADE

Na base do impedimento dirimente relativo, existe uma determinada relação pessoal, que dá origem à ilegitimidade para contrair matrimónio, encontrando assim a sua consagração no art. 1602º que está diretamente relacionado com o art. 1576º, onde se encontram as fontes das relações familiares. O nosso ordenamento jurídico reconhece como tais: o parentesco na linha reta (art. 1602º, al.a) e c)), no segundo grau da linha colateral, e ainda a afinidade na linha reta (art.1602º, al.d)).

O parentesco²⁷ “*é o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra, linha reta ou direta, ou, de ambas procederem de um progenitor comum*”, linha transversal ou colateral. Para JORGE DUARTE PINHEIRO “*é uma relação de consaguinidade, ou de laços de sangue, entre duas pessoas*”.²⁸ A adoção também se aplica aqui, tanto na relação entre adotante e adotado, como nas relações entre os descendentes do adotado e o adotante, entre os ascendentes do adotante e o adotado (al. a)), e nas relações entre o adotado e os outros filhos do adotante, caso haja (al.c)). Os motivos que justificam esta situação encontram-se no artigo 1986º que regula todos os efeitos da adoção.

A afinidade²⁹ consiste na ligação que une cada um dos cônjuges aos parentes do outro. Ou seja, a celebração desta relação familiar depende da celebração de um casamento e da existência de uma relação de parentesco entre uma pessoa e um dos cônjuges.

As razões que dão origem ao impedimento com base no parentesco prendem-se fundamentalmente com razões de ordem ética, eugénica e social, tendo em vista a proibição do

²⁶ Vide arts. 1639º, nº1 e 2, art. 1643 nº1,al. c), 1633º, nº1, al.c) 1643º nº3

²⁷ Vide art.1578º

²⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte; *O Direito da Família Contemporâneo*., 4ªEd. (Reimpressão), 4ªEd., AAFDL, Lisboa, 2005, p.60. Vide art .1579º

²⁹ Vide art. 1584º

incesto, claro sem relevar aqui a adoção. Já o impedimento com base na afinidade e adoção, fundamenta-se em razões de moral familiar e nas mais profundas convenções sociais.³⁰

No entanto, se o casamento se celebrar tendo por base impedimento de parentesco na linha reta ou no 2º grau da linha colateral, ou de afinidade na linha reta, é anulável (art.1631º, al.a))podendo a ação ser intentada pelos cônjuges ou por quaisquer parentes deles na linha reta ou até ao 4º grau da linha colateral, pelos herdeiros e adotantes dos cônjuges ou pelo Ministério Público, art. 1639º, nº1, até seis meses depois da dissolução do casamento, art. 1643º, nº1 al. c).

1.1.1.5 RELAÇÃO ANTERIOR DE RESPONSABILIDADES PARENTAIS

Este impedimento, acrescentado pela Lei nº137/2015, de 7 de setembro, significa que o cônjuge de um pai ou mãe, ou unido de facto com um deles, que nos termos desta lei tenha assumido responsabilidades parentais relativamente ao filho desse pai ou mãe, fica impedindo de casar com esse filho³¹. Este impedimento tem bastante relevo no sentido de que não cessa caso cesse a afinidade pelo divórcio dos cônjuges, nem pode ser dispensado como o vínculo de parentesco da linha colateral (art.1609º, nº1, al. a). Tenta-se desta forma colocar determinado cônjuge ao nível do pai ou mãe, valorizando o papel deste – o que se comprova com o facto de mesmo depois do filho atingir a maioridade e de se extinguirem assim as responsabilidades parentais, o impedimento continuar a existir.

A consequência da sua celebração é a correspondente ação de anulação (art.1631º, al.a)) podendo ser intentada pelos cônjuges ou quaisquer parentes deles na linha reta ou até ao 4º grau da linha colateral, pelos herdeiros e adotantes dos cônjuges ou pelo Ministério Público (art. 1639º, nº 1); o prazo será até seis meses depois da dissolução do casamento (art. 1643º, nº 1 al.c)).

³⁰ Deve ser tido em consideração o desvio da regra da *indivisibilidade do estado*: a lei admite que uma pessoa seja tida como filha de outra só para o efeito de não poder casar com ela. Valendo, tanto o parentesco como a afinidade, mesmo que a maternidade ou paternidade não se encontre estabelecida (art.1603º CC)

³¹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p.307

1.1.1.6 CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO

A alínea d) do art. 1602º CC consagra uma sanção imposta ao autor ou cúmplice de homicídio, mesmo não tendo sido consumado, ou seja, sob forma de tentativa, havendo a suspeita que tenha sido cometido com intenção de permitir o casamento com o cônjuge da vítima, é-lhe aplicado o impedimento. Existe o requisito específico de que o homicídio seja doloso, não cabendo aqui o negligente, mas não requer que seja praticado com a intenção direta de casar com o cônjuge da vítima.³²

No que diz respeito ao crime, o homicídio pela sua natureza altamente atentadora contra o bem jurídico vida, é o único que constitui assim impedimento matrimonial.

Este impedimento só existe a partir da data do trânsito em julgado do respetivo *acórdão condenatório*. O objetivo da lei poderia frustrar-se se a sentença demorasse tempo suficiente para os interessados contraírem casamento, logo o Código de 1966 admitiu assim um impedimento impediante de pronúncia por homicídio, que hoje se equipara ao processo que é remetido para julgamento se tiver sido requerida a fase de instrução e um possível despacho de pronúncia, dando desta forma valor prático a uma proibição que poderia facilmente frustrar-se.

A ação de anulação pode ser intentada pelos cônjuges ou por qualquer parente deles em linha reta ou até ao 4º grau da linha colateral, pelos herdeiros e adotantes dos cônjuges e pelo Ministério Público (art. 1639º, nº 1) o prazo será de três anos subsequentes à celebração do casamento (art. 1643º, nº1, al. b)).

1.1.2 IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES

Consistem em simples *proibições legais* de contrair casamento, sob pena de sanções distintas da anulabilidade e menos severas que ela³³. Ou seja, não geram verdadeiras

³² Anteriormente ao Código de 1966, só se admitia um impedimento de “conjugicídio”, que obstava ao casamento do cônjuge condenado como autor ou cúmplice do crime de homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte com qualquer dos condenados como autores ou cúmplices do crime, art. 4, nº5, do Decreto nº 1 de 25 de dezembro de 1910.

³³ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 310

incapacidades.³⁴ Há que ter em conta que, além das *proibições legais*, podem ainda ocorrer proibições decorrentes de negócio jurídico, que caso a cláusula seja válida, poderá obstar à realização do casamento, mas não impedirá juridicamente a sua celebração, gerando desta forma um impedimento de facto.³⁵ Encontra-se consagrados no art. 1604º do Código Civil.

1.1.2.1 FALTA DE AUTORIZAÇÃO DOS PAIS OU TUTOR PARA CASAMENTO DE MENORES

Um menor de dezasseis anos sofre de incapacidade de gozo matrimonial, ao celebrar matrimónio este pode ser anulado, sendo a falta de idade núbil um impedimento dirimente³⁶, mas sendo maior de dezasseis anos e menor de dezoito anos poderá celebrar casamento, dependente do preenchimento de certos requisitos; caso não os preencha o casamento celebrado padece de um impedimento impediante.

O requisito que se exige é então a autorização³⁷ dos pais ou tutor. O consentimento de ambos os progenitores é exigido, mas caso só um deles exerça as responsabilidades parentais só àquele cumpre conceder autorização para o casamento do filho (art. 1902º, nº1 do CC e Art. 256º, nº 2 CRegCiv). Esta autorização deve ser concedida pelos progenitores que exerçam então as responsabilidades parentais, ou pelo tutor³⁸, antes da celebração do casamento ou no próprio ato da sua celebração. Este é um exemplo claro da ligação de ambos os requisitos de fundo do casamento civil: a capacidade e o consentimento. A forma exigida para a autorização pode ser qualquer uma que esteja consagrada no art.150º, nº 1 e 2 do CRegCiv; por sua vez se o consentimento já tiver sido dado à data da instauração do processo preliminar de casamento, o documento da autorização ou do seu suprimento é junto ao processo (art. 149º, nº2); se não tiver sido prestado consentimento até à celebração do casamento, nem tendo sido suprido esse consentimento pelo conservador do registo civil, este deve interpelar para o efeito as pessoas devidas (vide art. 155º, nº1, al. b).

³⁴ Vide regime dos impedimentos dirimentes.

³⁵ Assunto com relevância prática sobre a condição de casar ou não casar aposta em doação ou testamento.

³⁶ Vide regime dos impedimentos dirimentes.

³⁷ Com a Reforma de 1977 passou-se a valorizar a autorização dos pais ou do tutor, uma vez que antes era apenas exigida que estes não se opusessem ao casamento, a autorização não era então exigida. Havia uma presunção legal de autorização, desde que respeitasse o art.185º, nº2, CRegCiv de 1958.

³⁸ Obrigatoriedade de tutela nos casos previstos no art. 1921º.

Porém, existe aqui uma *válvula de escape*: pode-se verificar o *suprimento* da autorização para o casamento nos casos em que esta seja negada pelos pais, ou por um deles, podendo a autorização ser concedida ou não pelo conservador (art. 255º e sgs do CRegCiv).³⁹

Mas, se o menor contrair casamento mesmo sem autorização dos pais ou tutor, ou sem o seu suprimento, este não fica plenamente emancipado, continua a ser considerado menor quanto à administração dos bens que tenha levado para o casal ou que lhe advenham por título gratuito até à maioridade, bens cuja administração não é confiada ao outro cônjuge, como seria segundo o art. 1678º, nº2, al. f), e que se mantêm até a maioridade sob a administração dos pais, tutor ou administrador legal. Mas dos rendimentos desses bens, que não respondem em caso algum pelas dívidas contraídas pelos cônjuges ou por qualquer deles durante a menoridade, serão arbitrados ao menor os alimentos necessários ao seu estado.

1.1.2.2 PARENTESCO NA 3ª GRAU DA LINHA COLATERAL

Este impedimento consiste em os tios não poderem casar com as sobrinhas nem as tias com os sobrinhos, sendo no entanto um impedimento dispensável (art. 1609º, nº1, al.a), sendo da competência do conservador do registo civil atribuir ou não a dispensa⁴⁰.

A sanção correspondente à violação deste impedimento consiste em o tio ou tia não poderem receber qualquer benefício por doação ou testamento do seu consorte (art. 1650º).

1.1.2.3 TUTELA, ACOMPANHAMENTO DE MAIOR OU ADMINISTRAÇÃO LEGAL DE BENS

Enquanto não tiver decorrido um ano sobre o termo da incapacidade e não estiverem aprovadas as respetivas contas, se houver lugar a elas, estamos perante um impedimento impeditivo. Este impedimento estende-se, não só, mas também, aos parentes ou afins na linha reta, irmãos, cunhados e sobrinhos do tutor, curador e administrador legal de bens.

³⁹ Antes do Decreto-lei nº 163/95, quem poderia suprir a autorização era o tribunal, agora é o conservador, graças ao Decreto –lei nº 163/95, de 13 de Julho.

⁴⁰ A tramitação do processo de dispensa segue os trâmites do art. 253º e 254º do CregCiv., caracterizando-se pela necessidade de justificação do pedido de dispensa.

O fundamento que deu origem a este impedimento prende-se principalmente com a intenção de evitar que o tutor, curador ou administrador legal se exima, através do casamento, ao cumprimento da obrigação de prestar contas, daí a exigência que as contas tenham sido prestadas e aprovadas; secundariamente prende-se com o receio de que seja menos livre o consentimento prestado pelo incapaz para o casamento, dado o ascendente que o tutor, curador, acompanhante do maior, ou administrador ainda mantenha sobre ele, daí a exigência que tenha ocorrido um ano completo desde a data da cessação da tutela, curatela ou administração legal de bens.

É passível de dispensa segundo o art.1609º, nº1, al.b), respeitando o procedimento e a sanção já desenvolvidas, no impedimento anterior⁴¹.

1.1.2.4 VÍNCULO DO APADRINHAMENTO CIVIL

Criado por disposição especial, Lei nº 103/2009, de 11 de Setembro, art. 22º, nº1., ao contrário do impedimento anterior, não existe extensão a outros familiares, ou seja, o impedimento vigora apenas relativamente ao casamento entre algum dos padrinhos e o afilhado. O motivo desta inexistência de extensão prende-se com a ideia de que o casamento é *assunto exclusivo dos amantes*, com prejuízo dos seus impactos sociais que justificavam outrora uma intervenção mais alargada do Estado.⁴²

Também este é um impedimento dispensável pelo conservador do registo civil, sempre que haja motivos sérios que justifiquem a celebração do casamento. A sanção aplicável consiste na incapacidade de receber qualquer benefício por doação ou testamento do seu ex-afilhado, agora cônjuge.

1.1.2.5 PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO

Este encontra-se diretamente relacionado com o impedimento dirimente da condenação por homicídio⁴³, criado com o Código de 1966, e consiste em a partir da data de *pronúncia*⁴⁴

⁴¹ Vide regime *supra* analisado

⁴² COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 312

⁴³ Analisado *supra*

do nubente pelo respetivo crime “nascer” então este impedimento, mantendo-se enquanto não houver despronúncia ou absolvição do réu por decisão proferida em julgamento, al. f).

⁴⁴ Devemos ter em conta que a fase de instrução é facultativa, ou seja, pode não chegar a ser requerida e assim não há lugar a um possível despacho de pronúncia, nestes casos equiparamos o despacho do juiz ao despacho de pronúncia, despacho este que, confirmando ou consolidando a acusação, marca dia para a audiência, art. 312º, nº1 CCP.

CAPÍTULO II - O PRAZO INTERNUPCIAL: O CAMINHO PERCORRIDO ATÉ AOS DIAS DE HOJE

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E OS SEUS FUNDAMENTOS⁴⁵

A existência de prazo internupcial, no ordenamento jurídico de hoje, prende-se com a existência de dois fundamentos: o primeiro consiste numa preocupação com o *tempus lugendi* e o segundo prende-se com a tentativa de evitar uma possível *turbatio sanguinis*⁴⁶.

Como o nome indica, o primeiro entende-se por tempo de luto, sendo este de cento e oitenta dias impostos pela lei para ambos os cônjuges, com a finalidade de fazer respeitar convenções sociais; o segundo fundamento, respeitante apenas à mulher, pretende evitar a perturbação no sangue, melhor dizendo, tentando assim evitar dúvidas que poderiam surgir quanto à paternidade do filho nascido depois do primeiro casamento. Dando resposta ao receio, a mulher vê o seu prazo agravado em cento e vinte dias, correspondentes ao período legal de concepção (art. 1798º Código Civil), passando assim a trezentos dias o seu prazo internupcial.

A diferença da sua duração para além do exposto supra deve-se a escrúpulos de ordem moral, uma vez não seria moralmente aceite a mulher contrair segundas núpcias estando grávida do primeiro marido.

Porém, para chegarmos à atualidade, torna-se necessário compreender a sua origem e fundamento.

Ao longo dos tempos, muitas foram as questões colocadas quanto à legitimação da contração das segundas núpcias, sendo premente abordar as três mais relevantes conceções sobre a temática em análise, nomeadamente, o direito canónico, direito romano, e o direito português.

Debruçando-nos sobre o direito canónico, logo no início em que a verdade cristã e a interpretação das leis divinas ainda não estavam firmemente estabelecidas, muitos foram

⁴⁵ VILHENA, Júlio Marques de, *As Segundas Núpcias*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1872, p.9

⁴⁶ Calígula defendeu em pleno direito romano que a mulher se pudesse casar antes de decorrer o período de luto, se provasse que não estava grávida de modo a evitar *turbatio sanguinis*. SILVA, Luiz António Vieira da, *História do Direito Privado Romano até Justiniano*, Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1854, p. 159

aqueles que, fazendo uma falsa interpretação dessa lei⁴⁷, consideravam o casamento uma associação contraditória aos princípios elementares do cristianismo, sendo para estes a família uma organização artificial, uma vez que violava o preceito de castidade defendido na bíblia⁴⁸, baseando-se então neste para tecer a sua dura crítica à constituição da família. A existência de seitas, originárias dos primeiros séculos do cristianismo, com base nos mesmos argumentos, para além de condenarem o matrimónio e a sua celebração, repudiavam-no firmemente, considerando odiosas e ilícitas as segundas núpcias. Algumas das mais importantes figuras no cristianismo defendiam a possível celebração das segundas núpcias, como S. Agostinho, figura de destaque nos primeiros anos do Cristianismo, que abordou em várias das suas obras questões como a virgindade, viuvez, e as segundas núpcias.

Para JÚLIO VILHENA, a celebração das segundas núpcias, “longe de serem um adultério espiritual, como queriam os montanhistas, tornam-se um bem, concedido por Deus ao género humano e revalidado pelas sentenças do velho e do novo testamento”⁴⁹; S. Hilário comentando uma passagem de S. Paulo referente ao estado de viuvez, afirma que estas podem contrair segundas núpcias sem incorrer em crime de adultério; e S. Ambrósio entendia que os preceitos apostólicos não se opunham à celebração do segundo matrimónio.

Posteriormente, no considerado direito canónico moderno, as segundas núpcias apresentam-se de maneira diferente. Foram retiradas as penas impostas aos cônjuges bínubos, não sendo condenada a poligamia sucessiva e os impedimentos *ligaminis* apenas tinham lugar durante a vida do cônjuge; nomeadamente, o Papa Urbano III boliu a infâmia que oprimia as binúbias dentro do *anno de lucto*, o referente ao *tempus lugendi* que se utiliza hoje para fundamentar o prazo. No entanto, existia uma verdadeira preocupação para com os filhos do primeiro matrimónio, de modo a não serem prejudicados com o segundo, logo mantinham-se as penas estabelecidas em benefício dos mesmos filhos.

⁴⁷ VILHENA, Júlio Marques de, *As Segundas Núpcias*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1872, p.10

⁴⁸ Tendo em consideração que a virgindade era considerada pelo cristianismo como o estado mais perfeito do homem e da mulher.

⁴⁹ VILHENA, Júlio Marques de, *As Segundas Núpcias*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1872, p.16

No direito romano a mulher não podia contrair segundas núpcias dentro do *anno de lucto*⁵⁰. E em causa estava o respeito pela memória do falecido marido, existindo um dever de luto⁵¹; caso violasse o disposto na lei, incorria em pena de infâmia, fruto da influência dos concílios de Neocesarêa e de Laodicêa que levaram a igreja grega a repudiar as segundas núpcias. Nos primeiros tempos, apenas incorria em pena de infâmia *exedicto practoris* o pai da mulher e o segundo marido, não havendo assim precedência de uma pena do Senado, mais tarde veio também a ser abrangida pela pena a mulher. O fundamento desta pena era o de evitar uma possível *turbatio sanguinis*⁵², nutrindo desta forma uma preocupação para com o filho nascido do primeiro matrimónio, e não tanto o luto pelo falecido marido, que era um dever já aceite socialmente. Mais tarde, a partir de Constantino, a pena aplicável à viúva que tivesse contraído segundas núpcias sem respeitar o prazo estabelecido consistia, não em verdadeiras penas, mas, como defendiam os romanistas, em disposições restritivas da propriedade, cujo fundamento era proteger os filhos nascidos do primeiro matrimónio.⁵³

Em Portugal, D. Afonso II estabelece nas suas leis o princípio de que os matrimónios devem ser celebrados sem coação de qualquer uma das partes, ou seja, sem vício da vontade. Por sua vez, D. Afonso III considera hábeis para celebrar o casamento todas as pessoas que também sejam consideradas hábeis pelas leis da Igreja, existindo ainda uma lei correspondente ao seu período de governação sobre a partilha, sendo chamados os filhos do primeiro casamento conjuntamente com os filhos do segundo matrimónio. Nas palavras de JÚLIO VILHENA, muitos dos nossos juristas defendiam que durante um logo período de tempo vigorou entre nós a proibição imposta às viúvas de casarem durante o *anno de lucto*, derivado do direito consuetudinário, criado talvez pela tradição romanista. Este *anno de lucto*, tinha como fundamento não ofender a memória do marido já falecido, era o período de tempo considerado moralmente e legalmente aceite, sendo assim o prazo, a condição a respeitar por

⁵⁰ A duração deste *anno* teve muitas alterações, daí ser hoje falado em *tempus lugendi*, uma vez que não é na verdade um ano. Na lei de Numa, no direito romano, o *anno de lucto* compreendia dez meses, sendo sancionada *propter turbation sanguinis*.

⁵¹ SILVA, Luiz António Vieira da, *História do Direito Privado Romano até Justiniano*, Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1854, p. 159

⁵² Vide p.159

⁵³ VILHENA, Júlio Marques de, *As Segundas Núpcias*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1872, p.23

ela. D. Pedro I veio então abolir a pena de infâmia⁵⁴, seguindo assim a ideia defendida pela Igreja, obedecendo à tendência do direito canónico para generalizar o segundo casamento, dando espaço à formação de novas famílias. Porém, apesar da lei criada, esta não teve um verdadeiro efeito socialmente útil: segundo a opinião de Mello Freire⁵⁵, o costume do *anno de lucto* e a sua fundamentação estavam tão enraizadas, que nem as Ordenações posteriores conseguiram extinguir a infâmia de facto e a desonestidade, provenientes não só do casamento dentro do ano de luto, mas ainda de todos os contratos de segundas núpcias.

Nas Ordenações Afonsinas encontramos consagrado o principio da liberdade do segundo matrimónio, e a abolição da pena de infâmia prevista pelo Decreto de Graciano e proclamada pelas Decretas; as Ordenações Manuelinas resumiram as Afonsinas, e a Ordenação Filipina, apesar de não esquecer o direito romano nas penas respeitantes à propriedade de certos bens, e o deixar enxergar a espaços, na definição dos direitos dos filhos do primeiro matrimonio, e das obrigações dos cônjuges bínubos, suprimiram a pena de infâmia. Porém, a legislação pontifícia fazia então menção à abolição da infâmia, tendo o Papa Urbano III mantido algumas medidas protecionistas dos filhos do primeiro matrimónio, proliferando a ideia de constituição de família; já o direito romano era fiel ao *anno de lucto*, ao seu fundamento e à correspondente ideia e pena de infâmia. O direito civil português, apesar das tentativas de respeitar e seguir a ideia defendida pela Igreja Católica, tinha enraizado nos seus costumes a ideia consagrada pelo direito romano de *anno de lucto* e o correspondente respeito necessário à memória do falecido marido; contrariamente a este costume com raízes romanas, a faculdade de contrair casamento dentro deste período de tempo, não sendo então considerado infame, apareceu em todas as codificações posteriores a Ordenação Afonsina.

O fundamento para o *anno de lucto* passaria pela necessidade de respeitar a memória do falecido marido, por questões de decoro social derivadas de invalidação ou divórcio⁵⁶, sendo considerado este prazo moralmente e socialmente aceite como necessário e capaz de suprir esta necessidade. As penas correspondentes à infâmia, quando não era respeitado o prazo e era contraído novo matrimonio, provenientes em grande medida do direito romano,

⁵⁴ Na referida lei, é feita menção ao direito pontífice e de algumas providencias de monarcas anteriores, que apesar das buscas não foram encontradas, Vide. *supra* p.28.

⁵⁵ VILHENA, Júlio Marques de, *As Segundas Núpcias*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1872, p.28

⁵⁶ Já Justinianeu defendia esta ideia, Lei de 1910 sobre o divórcio.

mantidas algumas mesmo já não existindo infâmia, pelo Papa Urbano III, tinham como objetivo proteger os filhos do primeiro matrimónio. Em Portugal, apesar de todas as tentativas para legitimar as segundas núpcias, a Lei de 9 de setembro de 1769, que ampliou a Lei de 25 de Junho de 1766, reconhecendo que a maior parte dos casamentos das viúvas eram prejudiciais aos interesses dos filhos do primeiro casamento, e que neles não se preenchia a mais elevada missão da Igreja, estabeleceu algumas disposições a regular as obrigações das bñubas, principalmente das bñubas quinquagenárias, tendo sido o art.29º da mesma suspenso na sua observância pelo decreto de 17 de julho de 1778. Assim, foi então graças aos interesses dos filhos do primeiro casamento, que as penas civis se estribaram aos nubentes das segundas núpcias.

Em pleno Código Civil de 1867, é consagrado um regime jurídico para as segundas núpcias, com muitas influências do direito romano. Em causa estava a preocupação com a tutela dos direitos dos filhos do primeiro matrimónio, membros da associação dissolvida, e não tanto um ódio às segundas núpcias, nem a injúria feita ao cônjuge pré-falecido. Nas palavras de JÚLIO VILHENA, “as relações familiares estabelecem uma solidariedade moral entre todos os seus membros, e o nascimento dá aos filhos o condomínio do património da família”, logo se receberam dos seus pais o sangue e a vida, têm direito aos bens dos mesmos sem os quais ficariam sem subsídios no meio da sociedade. Conseguimos detetar este pensamento logo pelo art.1230º que explicita que a mulher não está proibida de casar, tem é de provar que não está grávida, não está então proibida de casar dentro dos trezentos dias, subsequentes à morte do marido. Os motivos que sustentam esta obrigação são: a necessidade de evitar a confusão do parto, o *turbatio sanguinis*, ou seja, tenta evitar a incerteza que se teria em saber se é o precedente marido ou o atual, a quem deve ser atribuída a paternidade do filho nascido nos primeiros meses do novo casamento⁵⁷ proveniente do direito romano, e assegurar ao filho os direitos da paternidade legítima⁵⁸; conjuntamente com a aplicação das penas aplicadas caso se viole o previsto na lei, defende-se verdadeiramente os direitos dos filhos do primeiro matrimónio.

⁵⁷ VILHENA, Júlio Marques de, *As Segundas Núpcias*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1872, p.68

⁵⁸ *Vide. supra*, p. 67

O regime aqui consagrado tenta dar resposta a três pontos essenciais que irão repercutir-se no regime atual: qual o maior período de gestação; qual o período mais curto; e com que idade se torna a mulher inapta a gerar filhos, em vista à determinação dos direitos e deveres da mulher bínuba. Tendo assim sido fixados trezentos dias para o mais largo período de gestação, aceitando a existência de nascimentos tardios⁵⁹; cento e oitenta dias para o menor prazo de gestação⁶⁰; e, por último, foi estabelecido que a partir dos cinquenta anos a mulher já não é apta fisiologicamente para procriar.⁶¹ Daí que o prazo seja então de trezentos dias, dado o período máximo de gestação, que ao ser respeitado não coloca dúvidas sobre a paternidade do filho. Apesar do costume enraizado no nosso país, decorrente de influência romanística, a questão essencial aqui consagrada não se prendia tanto com o respeito pelo tempo de luto e decoro social exigido: a sua razão de ser prendia-se sim com a tutela do filho do primeiro matrimónio, daí a fisionomia do próprio artigo.

Bebendo da fonte romana tais preceitos, tentam mesmo assim romper com algum do estigma social associada às segundas núpcias, que tanto o direito romano reiterava como a sociedade portuguesa.

Fruto da evolução social e cultural dos tempos, elaborou-se um novo Código Civil, aprovado pelo Decreto/Lei nº47344 de 25 de novembro de 1966, que a partir da sua entrada em vigor a 1 de junho de 1967 revogou toda a legislação civil anterior por ele abrangida. Dado todo o seu contexto histórico, social e cultural, que originou a sua elaboração, o seu âmbito de aplicação, a sua estrutura, matérias e conteúdos foram alvo de afetações e diversificações face ao anterior, e o disposto ao direito da família, nomeadamente quanto às segundas núpcias não foi exceção. Deixou de se verificar um regime dedicado às segundas núpcias, passando a existir o Livro IV, dedicado a regular o Direito da Família, nas suas mais variadas aceções. Assim, neste mesmo livro é nos logo dada uma noção diversa de casamento daquela que era considerada anteriormente: logo no art. 1577º o casamento é considerado como “o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir legitimamente a família mediante uma comunhão plena de vida”. Decorrente desta nova noção de casamento, é então elaborado um regime de impedimentos à sua celebração, o regime de impedimentos

⁵⁹ VILHENA, Júlio Marques de, *As Segundas Núpcias*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1872, p.48 e 51 a 54

⁶⁰ VILHENA, Júlio Marques de, *As Segundas Núpcias*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1872, p.57

⁶¹ VILHENA, Júlio Marques de, *As Segundas Núpcias*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1872, p.58

dirimentos⁶² e os impedimentos impeditivos⁶³ - claro que alguns impedimentos que existiam no anterior Código ainda existem no atual, mas a sua apresentação e enquadramento são outros.

As segundas núpcias não foram descuradas na sua totalidade, identificaram-se como sendo um problema e foi-lhe dada outra imagem e contornos diferentes, nascendo assim uma nova figura jurídica, o prazo internupcial.

Fruto de uma sociedade muito conservadora e com costumes muito enraizados, foi criado o art. 1605º, que consagrou o dito prazo internupcial, com características e aceções muito diferentes do art.1230º do Código de Seabra. Este, como o nome indica, é o prazo que deve ser respeitado, entre a celebração de um casamento e outro, de modo a respeitar os fundamentos que lhe dão origem. Os fundamentos são então: primeiramente o respeito pelo *tempus lugendi*, com origem no *anno de lucto* trazido pelo direito romano, que se fundamenta no respeito pela memória do cônjuge pré-falecido e em questões de decoro social em caso de divórcio ou invalidação do casamento; em segundo a *turbatio sanguinis*, que consiste na tentativa de evitar dúvidas quanto à paternidade do filho nascido no segundo casamento, que por sua vez, só se aplica à mulher, corresponde assim a um agravamento de cento e vinte dias para ela. O prazo internupcial é então de cento e oitenta dias para o homem, e trezentos dias para a mulher, e enquanto não decorrerem sobre a dissolução, declaração de nulidade ou anulação este prazo, não podem estes celebrar novo casamento.

Conseguimos desde logo detetar uma grande diferença quanto aos fundamentos deste prazo e o regime que sustentava as segundas núpcias no Código de Seabra. Neste o seu fundamento principal era a tutela do filho do primeiro casamento, ou seja, existia uma verdadeira preocupação com o direito à paternidade legítima do filho, não se proibia a celebração do casamento pela mãe antes dos trezentos dias depois da morte, desde que provasse que não estava grávida do falecido cônjuge, evitando-se desta forma a *turbatio sanguinis* e os problemas da verificação da paternidade, que conjuntamente com as penas a aplicar nos artigos.1234º a 1237º protegiam então os filhos do primeiro casamento. Não se defendia uma tutela à memória do falecido marido, nem estavam em causa convenções sociais

⁶² Vide. art.1601º e 1602º

⁶³ Vide. art.1604º

⁶⁴ Também no Código de Seabra existiam impedimentos, porem não tinham esta natureza e características.

a respeitar - o fundamento não era esse, ao contrário do que acontecia em outros regimes⁶⁵. Apesar de o nosso costume seguir os ditames romanos, em que se defendia também o tempo de luto, a nossa lei tentou quebrar um pouco com estes, como já tinha tentado fazer anteriormente, ou seja o CC de 1967 veio consagrar algo que o antigo tinha tentado dissolver no tempo⁶⁶. Deve ser tido ainda em conta que no regime das segundas núpcias é apenas abordado o caso de viuvez, o divórcio naquela época ainda não era aceite, só com a Lei do Divórcio, Decreto de 3 de novembro de 1910 este passou a vigorar no nosso ordenamento jurídico; daí que o art.1605º fizesse referência a outros casos, sem ser a viuvez. Devem ser tidas ainda em atenção no Código de Seabra as exceções feitas, em que se admite a celebração do casamento sem ser necessário o respeito pelo prazo, como a referência à prova de que não está grávida, tal como já acontecia no anterior.

O referido art. 1605º foi posteriormente alterado com o DL nº 261/75, de 27 de maio, que introduziu novas alterações em matéria de divórcio, dando uma nova redação ao nº4; pelo DL 6/76, de 10 de janeiro que conferiu importantes alterações nesta matéria; e pelo DL 561/76, de 17 de julho que veio alterar o nº4 do mesmo Artigo. Após estas alterações, deu-se uma verdadeira Reforma no Livro da Família, com o DL nº 496/77, de 25-11, decorrente de todo um contexto social diferente, tentou-se dar resposta aos problemas sociais já existentes e criar a uma nova realidade familiar. Assim sendo, este artigo voltou então a ser alterado, sofrendo de uma reestruturação, passou a ter no seu corpo 5 números e vigora até aos dias de hoje.

2.2 NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL

Consagrado no art. 1605º, nº1 al. b), o prazo internupcial consiste “no impedimento que obsta ao casamento daquele cujo matrimónio anterior foi dissolvido, declarado nulo ou

⁶⁵ O direito francês, graças à sua raiz histórica proibia o casamento dentro do *anno de lucto*, ou seja a mulher só poderia casar passados dez meses da dissolução do casamento anterior, vigorando esta norma até ao Código de Napoleão, tendo posteriormente sido alterado para períodos mais ou menos longo. Vilhena, Júlio Marques de, *As Segundas Núpcias*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1872, p.71

⁶⁶ No Código de Seabra não era então aceite uma doutrina que se fundamentava no respeito pelo princípio do respeito pela morte no falecido marido como limitação do casamento da mulher, se assim fosse também se deveria limitar igualmente para o homem. Se a decência pública não aceita para um também não deve aceitar para outro, como acontecia em alguns ordenamentos estrangeiros. No Código de 1967 este impedimento, com este fundamento passou a vigorar, mas para ambos os cônjuges, agravando-se depois para a mulher.

anulado, enquanto não decorrerem sobre a dissolução, declaração de nulidade ou anulação, cento e oitenta ou trezentos dias, conforme se trate de homem ou mulher,” sendo esta a regra geral, mas como toda a regra tem a sua exceção, encontrando-se três para esta.

A primeira exceção encontra-se estabelecida no art. 1605º, nº2, 1ª parte, que apresenta como sendo lícito para a mulher contrair novas núpcias, passados cento e oitenta dias, sobre a data da dissolução, declaração de nulidade ou anulação do casamento anterior, mas se obtiver a declaração judicial de que não está grávida, ou seja, se fizer prova da inexistência de gravidez, ou caso tenha tido algum filho depois daquela data. A prova que deve ser feita consiste em atestado passado por médico especialista em ginecologia ou obstetrícia comprovando a inexistência de gravidez, este deverá ser então junto à declaração para casamento, após a sua junção, o conservador declara a dispensa de prazo internupcial de trezentos dias, aplicando-se o prazo mais reduzido, de cento e oitenta dias, correspondente ao homem. No entanto, a referência que a norma faz a declaração “judicial” deve ser considerada revogada, por não ser um órgão judicial a pronunciar-se sobre a dispensa, mas sim um conservador. Porém, há que ter em conta a equiparação que é feita em caso de aborto, ocorrido depois da data dissolução, declaração de nulidade ou anulação, e em caso de parto, sendo que só ocorre equiparação caso o tempo de gestação do feto for de vinte e duas semanas ou mais. Para que neste caso seja aplicada a dispensa do prazo maior, vigorando o mais baixo, é preciso proceder-se à apresentação e depósito, em qualquer conservatória do registo civil, do respectivo certificado médico (art. 209º CRegCiv), tendo este de seguir os preceitos relativos ao assento de óbito, com as necessárias adaptações (art.209º, nº2), podendo vir a ser dispensado em caso de interrupção voluntária da gravidez, prevista na al. c) do nº1 do art.142º CPen., bem como, até às vinte e quatro semanas da gestação, caso a interrupção seja espontânea (art. 209º-A).

Porém, a lei é incompleta no que aqui diz respeito: partilhando a opinião de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, a lei deveria ter equiparado aos casos previstos no nº1, 1ª parte do art. 1605º, o caso em que se prove que o marido, por qualquer motivo, esteve fisicamente impedido de coabitar com a mulher nos trezentos dias seguintes à dissolução, declaração de nulidade ou anulação do casamento; e o caso da mulher que por ter atingido

uma determinada idade , será seguramente incapaz de gerar vida. Por sua vez, deveriam ter sido equiparados ainda os casos em que o casamento seja anulado com fundamento em impotência do marido, nos termos do art. 1636°.

Uma outra exceção, a segunda, encontra-se presente no art.1605°, n°2, 2ªparte. Se os cônjuges estavam separados judicialmente de pessoas e bens e o casamento se dissolveu por morte do marido, pode a mulher celebrar o segundo casamento “decorridos cento e oitenta dias sobre a data em que transitou em julgado a sentença de separação⁶⁷”, tendo que para isso fazer prova de que não está grávida ou caso tenha tido algum filho depois dessa data. Aqui importa ressaltar a separação judicial de pessoas e bens, sendo que também se aplica da mesma forma para a separação por mútuo consentimento “administrativo”, decidida pelo conservador do registro civil,⁶⁸ não havendo para estes efeitos diferença entre ambas. Existe uma particularidade nesta exceção à regra: torna-se necessário deduzir do prazo de cento e oitenta dias, o tempo decorrido entre a data da separação e a do falecimento do marido, ou seja, o prazo internupcial de cento e oitenta dias poderá vir a decrescer. Em face das exigências do art. 1605° n°5, podemos aplicar aqui o princípio *mutatis mutandis*, ou seja, ocorrendo a morte da mulher, deve deduzir-se dos cento e oitenta dias de prazo internupcial, o tempo decorrido entre a data do trânsito em julgado da sentença de separação e a do falecimento da mulher, porém se à data da morte da mulher já tiverem decorridos cento e oitenta dias sobre o transito em julgado da sentença de separação, não é exigido ao marido qualquer prazo internupcial.

A última exceção consagra a inexistência de qualquer prazo internupcial em casos específicos, casos esses em que o segundo casamento se pode celebrar imediatamente após a dissolução do primeiro. São então os casos em que a coabitação já cessara entre os cônjuges quando o casamento se dissolveu, nomeadamente quando o casamento é dissolvido por morte, e os cônjuges estavam separados de pessoas e bens e os prazos do art.1605°, n°1, já tinham decorrido desde a data em que a separação fora decretada por sentença transitada em julgado, ou em que a decisão do conservador do registro civil sobre a separação por mútuo consentimento

⁶⁷ Ou ao invés de sentença, decisão do conservador do registro civil, transitada, ou seja, quando não seja suscetível de recurso ou reclamação, art. 628°CPC, ou tendo havido recurso para o Tribunal da Relação, quando a decisão devida transite em julgado, art.274°, n°1 CRegCiv.

⁶⁸ Apesar do art. 1794° apenas mencionar a separação judicial.

fora decretada (art. 1605º, nº5); quando tendo-se dissolvido o casamento por divórcio, a sentença fixou a data em que cessou a coabitação dos cônjuges e os prazos do art.1605º nº1 já tinham decorrido desde essa data, nos termos do art. 1605º, nº4, 1ª parte; ou ainda caso tenha ocorrido divórcio por conversão e os prazos do art.1605º ,º1 já tinham decorrido (art.1795º-D) desde a data em que transitou em julgado a sentença que decretou a separação, nos termos do art. 1605º, nº4, 2ª parte.

Por sua vez, para que existam exceções, têm de existir motivos para as originar. Na primeira, afastado o receio de existir *turbatio sanguinis*, resta a razão de decoro social, que não exige um prazo internupcial superior, mesmo para a mulher, a cento e oitenta dias; na segunda exceção afastando-se o mesmo receio, a lei considera que o decurso dos cento e oitenta dias sobre a data da separação já satisfaz o decoro social exigido, sabendo que este prazo poderá ser reduzido feitas a deduções; por sua vez, a última exceção não consagra qualquer tipo de prazo pois se a coabitação se encontrava cessada, não havia então receio de possível *turbatio sanguinis*, nem razões de decoro social imporem a sua verificação.

Como é feita a contagem do prazo internupcial de trezentos dias e cento e oitenta dias, consagrado no art. 1605º, nº1? Para responder à questão é preciso ter em consideração o nº5 do mesmo artigo, ou seja, devemos distinguir os casos de dissolução, declaração de nulidade e anulação do casamento. Conjugando com o art. 1605º, nº3, no caso de dissolução por morte o prazo conta-se a partir da data do óbito. Caso tenha ocorrido dissolução por divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, há que diferenciar conforme a sentença tenha fixado ou não data em que cessou a coabitação dos cônjuges: se fixou não há então prazo internupcial, desde que os prazos do art.1605º, nº1, já tenham decorrido desde a data que a sentença ficou como sendo a da cessação da coabitação, mas se não fixar data o prazo internupcial conta-se a partir da data do trânsito em julgado da sentença de divórcio, aplicando-se o mesmo no caso de dissolução por divórcio por mútuo consentimento.⁶⁹ Em caso de dissolução de casamento católico por dispensa do casamento rato e não consumado, o prazo conta-se a partir do registo da decisão proferida pelas autoridades eclesiásticas, sucedendo igualmente, nos casos de declaração de nulidade do casamento católico, sendo que neste caso conta-se desde a data do

⁶⁹ Apesar das incoerências face ao exposto no art.1829, nº2.

registro da sentença do tribunal eclesiástico competente. Nos casos de anulação do casamento civil o prazo conta-se a partir do trânsito em julgado da respectiva sentença.

Sendo este um impedimento impediante tem como consequência a aplicação de uma sanção, unicamente uma, consistindo esta na perda de todos os bens que tenha recebido por doação ou testamento do seu primeiro cônjuge, de acordo com o art.1650º, nº1.

CAPÍTULO III - DA (IN)UTILIDADE DO PRAZO

Feita a análise histórica do prazo no nosso ordenamento jurídico e tendo em consideração as influências sofridas por outros direitos, torna-se essencial colocar em causa a pertinência do mesmo nos dias que correm. Coloca-se a necessidade de tentar perceber se os fundamentos que lhe deram origem, se a razão que originou a sua criação, ainda hoje se verifica, ou seja, se ainda existe uma necessidade legislativa de o manter consagrado dada a existência de uma nova realidade tanto jurídica quanto social. Representará o prazo internupcial hoje em dia uma ofensa à igualdade de todos os cidadãos, e uma limitação à liberdade de casar?

Assim sendo, irei analisar alguns dos pontos que possivelmente colidem com o prazo internupcial hoje existente.

3.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE:

“O princípio da igualdade obriga a que se trate por igual o que for necessariamente igual, não impedindo a diferenciação de tratamento, mas apenas as discriminações arbitrárias, irrazoáveis, ou seja, as distinções de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas, sem fundamento material bastante”⁷⁰. Partindo desta afirmação repetida diversas vezes pela jurisprudência, há que analisar então o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13º da Constituição.

O Princípio da igualdade esteve presente nas nossas várias constituições, claro com as devidas adaptações, na Constituição de 1822, arts.9º,12º e 15º; de 1826, arts.14º, 12º e 145º, 12º, 13º e 145º; de 1838 arts 10º, 20º, e 30º; 1911 arts.3º, nº2 e 3; e na de 1933, art.5º. No entanto, o art.13º hoje vigente na nossa ordem jurídica, mantém o texto original da Constituição de 1976, tendo sofrido apenas um aditamento no nº2 do Art.13, com a revisão da Constituição em 2004, tendo sido acrescentada a referência “...ou orientação sexual”.

Existem dois sentidos à luz dos quais se deve analisar este princípio. Em primeiro lugar, falamos de um sentido negativo, que consiste na proibição de privilégios, situações de vantagem não fundadas, e de discriminações, situações de desvantagem, sendo que

discriminações positivas consistem em vantagens fundadas, desigualdades de direito em resultado de desigualdades de facto, normalmente de carácter temporário, uma vez que tendem à superação destas. Decorrente do exposto, torna-se claro que o n.º2 do art.13.º da CRP é meramente exemplificativo, até porque o art.16.º, n.º1 da CRP, que se dedica ao âmbito e sentido dos direitos fundamentais, consagra uma cláusula aberta quando diz “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras...”. Em segundo lugar, o princípio assume ainda um sentido positivo, que se reflete nas seguintes aceções: no tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes); no tratamento desigual de situações desiguais, mas substancialmente e objetivamente iguais e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador; no tratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação; no tratamento das situações não apenas como existem mas também como devem existir; e na localização do princípio no âmbito dos padrões materiais da Constituição.

A base da República assenta na dignidade humana, também designada como dignidade social⁷¹, o que faz com que a lei tenha de ser igual para todos. No entanto, nada é tão simples como aparenta: existindo desigualdades de facto, importa ao poder público e à própria sociedade civil criarem ou recriarem as oportunidades e as condições que a todos permitem usufruir dos mesmos direitos e cumprir os mesmos deveres, só assim estamos então perante uma verdadeira igualdade, quando colocamos todos os cidadãos no mesmo patamar de oportunidades. Estamos assim perante duas igualdades a ter em conta: a igualdade *perante* a lei que começa desde logo, e a igualdade *na* lei tendo como destinatários os próprios órgãos de criação do Direito; e a igualdade real entre os cidadãos que não vale por si só, valendo sim quando dirigida à concretização da igualdade jurídica.

Assim, tanto a igualdade jurídico-formal, como a igualdade jurídico-material se complementam e concretizam.

Tendo em consideração o exposto no art. 36.º, n.º1 e 4.º da CRP essencialmente, a nossa Constituição faz desde logo uma aplicação do princípio da igualdade a áreas mais delicadas do

⁷¹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra p.120

seu ponto de vista material, fazendo como seus corolários, nomeadamente a igualdade entre os cônjuges e entre os filhos⁷².

3.2. DIREITO A CONTRAIR CASAMENTO: UMA GARANTIA INSTITUCIONAL

O art.36º da CRP, ao consagrar que *“Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”*, levanta múltiplas questões de interpretação na sua globalidade, que devem ser tidas em conta, desde logo pelo disposto na segunda parte do artigo referente ao acesso a condições de plena igualdade, mas também pela separação que faz entre o direito de constituir família e o direito de contrair casamento.

O princípio da igualdade assume aqui aspetos particulares: não é feita referência a este apenas no nº1, mas também no nº3, e a sua referência prende-se necessariamente com o rompimento face a um regime que durante muitos anos não foi igualitário, sendo que *“a exigência de igualdade não vale apenas, no que se refere as relações conjugais já constituídas, em matéria de capacidade civil e política ou no domínio da manutenção e educação dos filhos.”*⁷³, tendo assim reflexo no que diz respeito ao princípio da igualdade dos cônjuges e ao princípio da direção conjunta da família.

A afirmação feita pela lei não deve ser analisada à letra, caso contrário todos os impedimentos existentes à celebração do casamento seriam considerados inconstitucionais. Por sua vez a legislação ordinária não deve estabelecer impedimentos *que não sejam justificados por interesses públicos fundamentais*: para VIEIRA DE ANDRADE *“o interesse público (entendido como equilíbrio entre os interesses, diversos e muitas vezes contrapostos, da comunidade e dos indivíduos e grupos sociais), previamente definido pela lei (em termos mais ou menos vinculados) e cuja atividade está, por razões de sistema, sujeita à fiscalização judicial posterior”*⁷⁴, a definição de interesse publico acaba então por ser difícil de concretizar uma vez que se estes interesses vão sendo alterados de acordo com a evolução temporal

⁷² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, p. 122

⁷³ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, p. 122

⁷⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, 5ªEd., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, p.13

ocorrida. A questão que se coloca é: será que a consagração do prazo internupcial é justificada por interesses públicos fundamentais decorrentes dos dias de hoje?

Ou seja, o direito a contrair casamento não é um direito ilimitado, “*cabendo ao legislador regular os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma do casamento.*”⁷⁵.

É na distinção entre o direito a contrair casamento e o direito a constituir família, que a maioria das questões é levantada.

CASTRO MENDES começou por defender que a conjugação que une (aparentemente) os dois direitos conferidos é um pouco estranha, tendo em conta a definição de casamento dada pela lei no art. 1577º CC, “*contrair casamento é constituir família*”, concluindo desta forma que os dois direitos se reduzem a um só e a ordem da enunciação dos aspetos do seu objeto é infeliz, pois parte do efeito- “*constituir família*” - para a causa - “*contrair matrimónio*”, tendo sido, esta mesma opinião, defendida por ANTUNES VARELA.

Diferente opinião é a de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, que defendem que “conjugando, naturalmente, o direito de constituir família com o de contrair casamento a Constituição não admite todavia a redução do conceito de família à união conjugal baseada no casamento, isto é, à família “matrimonializada”, sendo desta forma defendida uma separação de conceitos, mas também uma abertura constitucional para as uniões familiares “*de facto*” atribuindo a estas também relevo jurídico.⁷⁶

JORGE MIRANDA acaba por seguir a mesma linha de pensamento, defendendo, “*num entendimento dinâmico da Constituição e num sistema aberto de interpretação*”, que o preceito legal não deixa de fora “*as novas relações familiares e parafamiliares do nosso tempo*”. Defende ainda que o direito fundamental a “*constituir família*” foi concretizado, pelo legislador na Lei nº6/2001 que protegeu de certa forma as pessoas que vivem em economia

⁷⁵ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, p. 408

⁷⁶ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p.135. Vide art.36º da CRP

comum, mas também na Lei nº 7/2001 que teve como âmbito de proteção a união de facto entre pessoas do mesmo sexo ou sexo diferente.⁷⁷

Por sua vez, PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA defendem que a redação do artigo como hoje se apresenta foi elaborada de forma intencional pelo legislador, que pretendeu deixar bem claro e explícito que tanto a “família” como o “casamento” dizem respeito a realidades diferentes, pois para além da família *conjugal*, fundada sobre o casamento, existem outras unidades familiares não baseadas no casamento, como a família *natural* - derivada do facto biológico da geração, a família *adotiva* e ainda a família baseada na *união de facto*. Desta forma, não foram adotados preceitos semelhantes aos consagrados no art.16º nº1, da DUDH, que refere o “direito de casar e de constituir família”, no art.12º da CEDH (“direito a casar-se e de constituir família”), e art.9º da CDFUE onde se refere o “direito de contrair casamento e de constituir família”, pois a interpretação que poderia surgir seria então de que “o direito conferido era o de celebrar casamento e, através dessa mesma celebração, constituir família”⁷⁸, no entanto, apesar de ter existido uma preocupação com a elaboração de uma redação diferente o art.36º da CRP reproduz no essencial estes mesmos artigos.

Assim sendo, em causa encontram-se dois direitos distintos, o direito a casar e o direito a constituir família, não dependendo um do outro para se concretizarem.

Porém, há que ter em conta que o art. 36º, nº1, 1ª parte, para além de conceder o *direito fundamental* a contrair casamento, ao mesmo tempo que o faz, consagra-se como uma *norma de garantia institucional*; embora não haja nenhum princípio que explicitamente proteja o casamento, sendo apenas a família protegida no art. 67º CRP, tanto PEREIRA COELHO como GUILHERME DE OLIVEIRA e JORGE MIRANDA⁷⁹ têm defendido “*que a instituição do casamento está constitucionalmente garantida, pois não faria sentido que a*

⁷⁷ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, p. 139

⁷⁸ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p.135

⁷⁹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, p. 408

Constituição concedesse o direito a contrair casamento e, ao mesmo tempo, permitisse ao legislador suprimir a instituição ou desfígurar o seu “núcleo essencial” ”⁸⁰.

3.3 ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO: BREVE REFERÊNCIA

De forma a ser possível, um estudo adequado da filiação há que ter em conta as conceções que existem sobre a mesma, por um lado, uma conceção ampla, e por outro, uma conceção restrita.

Conjugando o disposto no art.1796º CC, com o art.60º CC, conseguimos determinar que o nosso ordenamento jurídico defende uma conceção ampla de filiação, consistindo a mesma, numa relação jurídica familiar, que pode ser constituída através da procriação, ou não tendo origem no fenómeno da procriação, que seja constituída por outro fenómeno que produza efeitos jurídicos similares, nomeadamente a filiação constituída por sentença de adoção⁸¹, uma vez que, o próprio legislador considera a relação de adoção como uma imitação da relação decorrente da procriação. O fundamento que sustenta esta conceção, que acaba por ser a aceite pela maioria da doutrina, assenta na tutela pelo supremo interesse e proteção da criança. Existe, no entanto, quem defenda uma conceção restrita, que considera a filiação, nas palavras de TEIXEIRA DE SOUSA e CASTRO MENDES, como uma relação juridicamente estabelecida entre as pessoas que procriam e aquelas que foram geradas.

Tendo por base o critério da fonte do vínculo, podemos distinguir duas modalidades de filiação: a filiação biológica e a filiação adotiva. A primeira, é a considerada filiação em sentido estrito, ou seja, decorre do fenómeno da procriação, seja ela por procriação através de ato sexual ou por procriação por reprodução medicamente assistida, identifica-se com o parentesco no primeiro grau da linha reta, aproximando-se até da sua definição, apesar deste ser uma relação familiar nominada, caracteriza-se por ter efeitos retroativos, desde a data no nascimento do filho, assim é ela a filiação principal⁸². A segunda modalidade, diferente da primeira, é alheia aos laços de sangue, constitui-se por sentença proferida em processo de

⁸⁰ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ªEd., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p.132.

⁸¹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ªEd. (Reimpressão), 4ªEd., AAFDL, Lisboa, 2005, p. 119

⁸² *Vide* art.1797 n.º2.

adoção, corresponde também a uma relação familiar nominada, mas não produz efeitos retroativos à constituição do vínculo. No entanto, parte da doutrina⁸³ defende uma terceira modalidade, a filiação por consentimento não adotivo, que se distingue das anteriores uma vez que é constituída independentemente dos laços de sangue e sem que tenha havido sentença de adoção, determinada pessoa, mediante consentimento vai então assumir a posição jurídica de pai, dando origem a uma relação familiar inominada, e com efeitos retroativos. Porém, a primeira continua a ser a modalidade *primordial* da filiação.

3.3.1 FILIAÇÃO BIOLÓGICA - FATORES DETERMINANTES

Partindo do pressuposto de que a relação jurídica familiar derivou de facto biológico, ou seja, da procriação, seja ela decorrente de ato sexual ou reprodução medicamente assistida, há que ter em consideração como se estabelece a maternidade e a paternidade.

O estabelecimento da maternidade e da paternidade é relativamente recente, só a partir da Reforma de 1977, que se dedicou a revigorar o Livro IV do Código Civil Português, foi consagrado o exposto no art.1796º que inicia a regulamentação sobre a matéria, até então não existindo no direito anterior à Reforma, correspondência para com este artigo.

Diz-nos então o nº1 do presente artigo que “Relativamente à mãe, a filiação resulta do nascimento e estabelece-se nos termos dos arts 1803º a 1825º”. É, pois, possível desde logo determinar de forma precisa a dupla intenção aqui presente: primeiro, “vincar a total sujeição da lei ao facto biológico da maternidade, que é reconhecido pura e simplesmente”⁸⁴, segundo, “e retirar à mãe qualquer possibilidade de impedir a constituição do estado”⁸⁵. Assim sendo, a mãe não pode rejeitar o facto da maternidade, nem pode tentar ocultar o mesmo, não pode perfilhar, concluindo, não existe então uma necessidade de manifestação de vontade de ter o filho. Assim, o fator determinante para o estabelecimento da maternidade é o parto, sendo a partir deste momento que se torna possível estabelecer a maternidade.

⁸³ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ªEd. (Reimpressão), 4ªEd., AAFDL, Lisboa, 2005, p. 128 e 129

⁸⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação- Notas aos Artigos 1796º a 1873º do Código Civil*, Coimbra, Almedina, 6ª Reimpressão, 2001, p. 8.

⁸⁵ Vide pág. 8.

Uma vez decorrido o nascimento, e tendo em consideração a intenção defendida pela lei, a maternidade pode ser estabelecida, por menção da identidade da mãe quando do registo de nascimento (arts.1803º a 1805º); declaração de maternidade (art.1806º); e reconhecimento judicial (arts.1814º e ss). Não é preciso ser a mãe, necessariamente, a declarar e registar o nascimento do filho⁸⁶: a lei pressupõe que as pessoas legitimadas para fazer a declaração de nascimento são “qualificadas” para tal, e que por isso não vão mentir sobre a mesma, até porque a maternidade poderá ser impugnada nos termos do artigo 1807º. Decorrendo da intenção defendida na lei, verifica-se a existência de um dever jurídico de identificar a mãe sempre que essa identificação lhe for exigível, ou seja, caso tenha elementos que lhe permitam fazer um juízo seguro de quem será a mãe em causa, dir-se-á, pois, haver aqui um interesse público do estabelecimento do parentesco e um interesse privado do filho, que prevalecem face ao desejo da mãe de permanecer ou não no anonimato⁸⁷.

Consolida-se então a ideia de que “*mater sempre certa est*”.

Por sua vez, no nº2 do art.1796º do CC é feita referência ao modo como é estabelecida a paternidade, também ela um facto biológico, indicando-nos este que a presunção sobre o marido da mãe é o meio primordial, mas nos casos de filiação fora do casamento esta é estabelecida pelo reconhecimento, a perfilhação⁸⁸. Também aqui o legislador pretende que o pai biológico assuma o estatuto jurídico respetivo, caso contrário existem meios officiosos de investigação da paternidade. No entanto, face à carência de um elemento tão notório como o parto, determina-se que o estabelecimento da maternidade e da paternidade sejam diferentes, e que este assumam particularidades específicas, uma vez que a prova aqui feita é de maior complexidade e dificuldade que no outro estabelecimento.

Assim sendo, “*pater sempre incertus est*”.

⁸⁶ Vide art. 118º do CRegCivil diz quem pode declarar a mãe.

⁸⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação- Notas aos Artigos 1796º a 1873º do Código Civil*, Coimbra, Almedina, 6ª Reimpressão,2001, p. 21 e 22

⁸⁸ Vide art. 1849º

3.3.2 ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE: A DIFERENÇA ENTRE FILIAÇÃO DENTRO E FORA DO CASAMENTO

Face às exigências decorrentes da especificidade da situação, a falta então de um elemento chave, como o parto no estabelecimento da maternidade, e a dificuldade da prova, a lei viu a necessidade de consagrar um regime específico de estabelecimento da paternidade.

Encontram-se previstos três modos de estabelecimento da paternidade: a presunção da paternidade (art.1826º), a perfilhação (art.1849º), e o reconhecimento judicial (art.1947º)⁸⁹.. Sendo que a perfilhação acaba por ser o modo mais comum de estabelecer a paternidade dos filhos nascidos ou concebidos fora do casamento, e o reconhecimento judicial é o modo utilizado para estabelecer a paternidade dos filhos nascidos ou concebidos fora do casamento mas que não foram perfilhados.⁹⁰

Como o próprio nº2 do art. 1796º do CC indica, existem diferenças no estabelecimento da paternidade consoante o filho tenha nascido dentro ou fora do casamento.

3.3.2.1 A PRESUNÇÃO “PATER IS EST...”

A presunção “*pater is est quem iustiae nuptiae demonstrant*”⁹¹, encontra-se hoje consagrada no nosso ordenamento jurídico, no art. 1826º do CC, e vale tanto para filhos nascidos como concebidos na constância do matrimónio da mãe, valendo assim a presunção sobre o marido da mãe. Abrange assim os casos de concepção e nascimento do filho durante o casamento; de concepção antes do casamento, desde que tenha nascido na constância do matrimónio; e de concepção do filho durante o casamento, mesmo que este tenha nascido depois, nos casos de dissolução; e recorrendo à analogia de GUILHERME DE OLIVEIRA que defende ainda que a presunção se deve aplicar nos casos de nascimento do filho dentro dos cento e oitenta dias posteriores à celebração do casamento mas depois da dissolução do mesmo⁹².

⁸⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ª Ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2015, pág. 149.

⁹⁰ *Vide supra* pag. 149.

⁹¹ *Vide supra* pag. 148.

⁹² OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação- Notas aos Artigos 1796º a 1873º do Código Civil*, Coimbra, Almedina, 6ª Reimpressão, 2001, p.59

Assim sendo, o nº2 do art. 1826º do CC estabelece que a presunção da paternidade é balizada pela duração do casamento, sendo então estabelecido que o momento da dissolução do casamento por divórcio ou anulação é o do trânsito em julgado da respetiva sentença, sendo que caso o divórcio seja decretado pelo conservador ocorrerá no momento do despacho; quanto ao casamento católico considerado nulo ou dissolvido por dispensa, será considerado extinto a partir do momento do registo pelas autoridades eclesiásticas.⁹³

No direito anterior à Reforma de 1977, o art.1826º do CC correspondia ao art.1801º do CC; neste artigo anterior era utilizada, não a expressão “presunção de paternidade”, mas sim “presunção de legitimidade”, tendo esta vindo inevitavelmente a ser alterada por respeito ao art. 36º, nº4 da CRP, que proíbe a utilização de expressões discriminatórias.

A atribuição da presunção assenta numa “*forte probabilidade de ele ser o autor da fecundação, segundo juízos objetivos de experiência;*”⁹⁴ enquanto que no Código Civil de 1966 existia uma certa generalização do estatuto do filho legítimo, o legislador tomava a atribuição da paternidade como um “*princípio ético de organização familiar*”, abdicando deste em casos muito específicos. Fundamentando-se no respeito pela verdade biológica típica dos sistemas latinos⁹⁵, ao invés do estabelecimento de relações fictícias, o nosso ordenamento jurídico acabou então por conferir menos *força* à presunção, ampliando desta forma os casos de cessação da presunção já previstos (art.1829º), acrescentou novos casos aos já existentes (art.1832º) e liberalizou a impugnação da paternidade (art.1839º).⁹⁶

Desta forma, a paternidade presumida tem de constar obrigatoriamente do registo do nascimento, não são admitidas exceções, salvo as consagradas na lei, art.1828º, art.1832º, e art.1385.

⁹³ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ª Ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2015, p. 153

⁹⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação- Notas aos Artigos 1796º a 1873º do Código Civil*, Almedina, 6ª Reimpressão, 2001, p.59

⁹⁵ OLIVEIRA, Guilherme, *Critério Jurídico da Paternidade*, 1ª Edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 57

⁹⁶ OLIVEIRA, Guilherme, *Critério Jurídico da Paternidade*, 1ª Edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 60.

A presunção de paternidade não é então um dos corolários da imposição dos deveres de coabitação e de fidelidade dos cônjuges, uma vez que é admitida a concepção antenupcial, anterior ao casamento.

3.3.2.2 CESSAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

O legislador prevê três situações em que cessa a regra da presunção, nomeadamente no art.1828º, art.1829º e no art.1832º do CC.

No primeiro caso, está em causa um filho nascido dentro dos primeiros cento e oitenta dias posteriores à celebração do casamento, ou seja, é um filho concebido antes do casamento, logo a presunção é aplicada. Porém, o facto de ser concebido antes do casamento torna por natureza a presunção mais frágil, do que se tivesse sido concebido e nascido na constância do matrimónio; logo, basta que a presunção seja desmentida pela mãe ou pelo pai⁹⁷ através de uma declaração, para que a presunção cesse. Desta forma parece que a presunção da paternidade vale apenas na falta de declaração em sentido oposto.

A diferença entre os casos de cessação da paternidade e da impugnação da paternidade não tem um critério de distinção definido na lei. O consagrado neste artigo, deveria na opinião de GUILHERME DE OLIVEIRA ser considerado impugnação e não cessação, pois *“no caso presente não se prova qualquer circunstancia que iniba o juízo de probabilidade da concepção a marido e a atividade do declarante consiste, afinal, em provar que o marido não é o pai, embora esta prova seja feita por um modo sui generis; ataca-se (impugna-se) o resultado da atribuição legal - a paternidade - em vez de se provarem circunstâncias que logo impedem o juízo de probabilidade em que se baseia a presunção.”*⁹⁸.

Nos outros casos em análise, (art.1829º e 1832º) a lei não impõe a presunção de paternidade do marido da mãe embora a concepção se tenha verificado durante a constância do casamento. Logo tais disposições são diferentes do artigo anteriormente analisado; porém, este

⁹⁷ OLIVEIRA, Guilherme, *Critério Jurídico da Paternidade*, 1ª Edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 63

⁹⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação- Notas aos Artigos 1796º a 1873º do Código Civil*, Coimbra, Almedina, 6ª Reimpressão, 2001, p.62

momento da concepção, no entender do legislador deu-se num momento em que a convivência ou a coabitação entre os cônjuges teria terminado, como sucede nos casos das alíneas a) e b) do nº2 do art. 1829º.

No artigo 1829º do CC estão descritas as situações em que a presunção não chega a ser aplicada, porém, não é possível fazer a prova livre do termo da coabitação, pelos riscos de erro, seja ele voluntário ou não, que poderiam surgir- assim o nº2 do artigo estabelece um *numerus clausus* de situações em que se considera finda a coabitação.

Já no art. 1832º do CC o legislador entendeu que não deveria ser aplicada a presunção da paternidade nos casos em que fosse francamente improvável que ela existisse, por exemplo, a mulher casada, mas separada de facto do marido, que ao viver com outro homem tem um filho deste último. Se a presunção fosse aqui aplicada, o filho seria do seu atual marido, aquele de quem ela está então separada, algo que é manifestamente improvável de corresponder à verdade. Assim, a mãe através de declaração, determina a não aplicação da presunção.

Estas são as formas consagradas no nosso ordenamento de cessação da presunção. Claro que esta poderá ainda ser alvo de impugnação; no entanto pode dar-se origem ao renascimento da presunção, segundo o disposto no art.1831º e 1834º, nº2 do CC.

3.3.2.3 A DUPLA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

O prazo internupcial tem como uma das suas intenções evitar possíveis conflitos de paternidade; daí estabelecer-se prazo de trezentos dias para a mulher, que corresponde à duração máxima, em termos gerais, da gravidez, nos termos do art.1605º do CC.

Tendo em consideração os casos em que o prazo não fosse respeitado, ou os casos de bigamia, o legislador viu necessidade de estabelecer um regime que desse resposta a estas situações, onde poderiam existir duas presunções de paternidade, uma vez que existiam “dois maridos” e respeitando a regra geral do estabelecimento da paternidade do art.1826º do CC, elaborando então o art.1834º do CC, que consagra a solução dada nos casos em que haja dúvida quanto à atribuição da paternidade, ou seja, quando haja conflito na sua determinação.

Assim, no art.1834º, nº 1 é desde logo dada resposta ao problema, de modo a presumir como pai um dos maridos, atribuindo a paternidade então ao segundo marido. Para fazer valer esta presunção a lei divide em dois momentos fundamentais esta atribuição pelo segundo marido: o primeiro “Se o filho nasceu depois de a mãe ter contraído novo casamento sem que o primeiro se achasse dissolvido”; e o segundo “ou dentro dos trezentos dias após a sua dissolução”.

No nosso regime anterior à Reforma de 1977, o art.1806º consagrava que a presunção era atribuída ao primeiro marido, caso o filho nascesse dentro dos primeiros cento e oitenta dias, em regra a duração mínima da gestação. Em regimes jurídicos internacionais a questão é resolvida de outra forma, nomeadamente a lei alemã consagra a presunção da paternidade a favor do primeiro marido se o filho nasceu dentro dos duzentos e setenta dias seguintes à dissolução do matrimónio; a lei francesa faz prevalecer a presunção em relação àquele, que em face das circunstâncias, se demonstre ser mais provável ser o pai.

O regime atual baseia-se então numa preferência pela presunção pelo segundo marido, prevalecendo neste caso face ao primeiro na atribuição da presunção, uma vez que existe a convicção de que é muito mais provável que a mulher tenha tido um filho do segundo do que do primeiro marido.

Porém, esta presunção não é estanque, ou seja, pode ser afastada, fazendo prevalecer a presunção sobre o primeiro marido, sendo que para isso a ação de impugnação da paternidade terá de ser considerada procedente (nº 2). É conferida ao filho legitimidade ativa, nos termos gerais do art.1839º do CC, podendo este impugnar quer a paternidade do segundo quer do primeiro marido; o fundamento e o princípio a respeitar será então sempre o da verdade biológica e o respeito pelo conhecimento das origens genéticas.

3.3.2.4 O MOMENTO DA CONCEÇÃO: A SUA IMPORTÂNCIA JURÍDICA

Em face do exposto *supra*, torna-se necessário saber quando foi concebido o filho, só assim se consegue verdadeiramente fazer valer ou não esta presunção de “*o momento da conceção do filho é fixado, para os efeitos legais, dentro dos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o seu nascimento, salvo as exceções dos artigos seguintes*”.

Determina-se a data da concepção do filho em qualquer dos dias do “*período legal*”, “*sendo que esse período legal é determinado a partir no nascimento do filho, com base na duração mínima e máxima da gravidez*”. O limite mínimo de gravidez é de cento e oitenta dias, como tem vindo a ser reiterado pela ciência e pela experiência, sendo admitidos casos de duração menor, sendo estes muito excepcionais; já o limite máximo é de trezentos dias mas este acaba por não se verificar com muita frequência, embora não haja unanimidade quanto à percentagem dos casos em que ele é excedido, o que fez com que alguns países acolhessem o prazo máximo de trezentos e dois dias, noutros escolheu-se o limite de trezentos dias mas admite a prova de gestação mais longa, como acontece no nosso, pelo art.1800º CC última parte. Por sua vez, no direito anterior ao Código de Napoleão⁹⁹ e na *common law* o momento da concepção era fixado judicialmente, porém como refere RIVERO HERNANDEZ e KRAUSE chegou a ser conferida legitimidade a filhos nascidos quinze e dezassete meses depois da morte do marido.

A ciência e o direito devem completar-se nas áreas em que tal seja possível e necessário, de modo a proteger de forma correta os interesses e bens em causa; no entanto, dadas as situações discrepantes que acabavam por ocorrer quando o momento da concepção era fixado judicialmente, este modo para nós é considerado uma exceção das referidas na ultima parte do art.1798º , estando consagrado no art.1800º¹⁰⁰, completando o anterior. A determinação da data provável de concepção pode ser obtida por meio de auxílio dos meios de prova ao dispor de modo a permitir uma filiação que corresponde à verdade defendida no texto legal.

A regra geral não é cem por cento fiável apesar de sustentada na experiência e na ciência, sendo então admitidas esta e outras exceções.

⁹⁹ No Código de Napoleão, por sua vez, era defendida o limite de cento e oitenta dias como proteção a memória do cônjuge falecido.

¹⁰⁰ Consiste no anterior art.1798º CC que foi revogado.

3.4 AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO E INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE: A MULTIPLICIDADE NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

3.4.1 IMPUGNAÇÃO DA PATERNIDADE:

A ação de impugnação da paternidade assume uma multiplicidade no nosso ordenamento jurídico, graças à particularidade do regime, às exigências que visa responder, e aos princípios que tutela, encontrando-se assim consagrada, nos arts. 1823º, art. 1838º ao art.1846º, sendo que nos arts. 1839º e 1846º é estabelecida a legitimidade, e no Art.1842º os prazos para a propositura da ação. A impugnação da presunção da paternidade acaba por ter bastante relevo prático, tornando-se desta forma necessário entender o porquê dessa importância.

Já o direito romano admitia a atribuição da presunção de paternidade, e por sua vez, a sua impugnação, mas com uma advertência: apenas se poderia impugnar esta presunção nos casos em que fosse viável provar-se que o marido não era o pai real. Era assim negada a paternidade do marido da mãe sempre que fosse provado que o marido e a mulher não tinham coabitado durante o período legal de concepção, sendo feita referência específica a duas causas específicas que poderiam ter levado ao fim da coabitação: a ausência e a impotência do marido, não obstante fosse possível ao autor provar qualquer outra situação que tivesse colocado fim à coabitação conjugal, *vel alia causa*, falando-se assim segundo TOULLIER numa impossibilidade moral de coabitar, defendida pelos romanos. No direito latino, foram introduzidas algumas alterações, face ao modelo romano. Segundo estes a atribuição da paternidade caracterizava-se pelo facto de o marido ter a legitimidade exclusiva para impugnar, mas também pela enunciação taxativa dos escassos fundamentos que poderiam dar lugar à impugnação da mesma; assim sendo, impugnar a presunção *pater is est* era então bastante difícil. Estava então consagrado um regime jurídico, relativamente à impugnação, que assentava em “causas determinadas”, limitando assim o filho, que não podia estabelecer juridicamente o vínculo de filiação com o seu pai biológico. Estamos perante uma regra jurídica que dificulta a discussão sobre a paternidade sempre que ocorrem dúvidas sobre aquela coincidência, sobre a verdade biológica da paternidade presumida. O interesse em

causa era então o da paz familiar, entrando assim em causa um *critério nupcialista* para a atribuição da paternidade e não um *critério biologista*.

Em Portugal, logo com o Código de Seabra foi regulada a presunção e a impugnação da paternidade, sob uma interpretação restrita dos textos latinos. Ou seja, só era admitida a impugnação por impossibilidade física de acesso e era admitida ainda a exceção se a regra da presunção não funcionar em caso de ter havido separação judicial entre cônjuges; apurou-se a definição dos motivos relevantes; e o marido mantinha a legitimidade exclusiva do direito a impugnar. Com o Decreto nº2, artigos 7º e 9º, foi mantida a conceção defendida pelo modelo latino, tendo este sido seguido também pela legislação republicana de 1910.

Foi então com o Código Civil de 1966 que o regime veio a sofrer as alterações mais significativas, nomeadamente no que dizia respeito às “causas determinadas” relevantes e no que respeitava à legitimidade ativa, estando então em causa o princípio do respeito pela verdade biológica. Porém, com a Reforma de 1977 várias foram as alterações introduzidas no que diz respeito à impugnação da paternidade.

Começando pelo art. 1823º do CC, é prevista a possibilidade de impugnação da paternidade, em articulação direta com o art.1822º do CC; o seu objetivo prende-se com a necessidade de evitar que, por força de um estabelecimento de maternidade de mulher casada, com o inevitável estabelecimento da paternidade do marido através da presunção legal de paternidade, tivesse de ser necessária uma ação posterior e autónoma de impugnação da paternidade quando o marido não fosse o pai. Assim na ação mencionada no art.1822º pode ser impugnada a presunção de paternidade do marido da mãe¹⁰¹.

O art. 1838º do CC é visto como o grande pilar da impugnação da paternidade correspondente ao anterior art.1815º da lei revogada, consagra também ele a doutrina defendida por este, o princípio da taxatividade da impugnação, no sentido de que esta “não pode ser impugnada fora dos casos previstos nos artigos seguintes”, algo que já acontecia na lei anterior, e até mesmo no direito latino; porém, alargou a faculdade de impugnar a paternidade presumida.. Dadas as especificidades e a natureza particular que a ação de impugnação da paternidade assume, é importante ter um regime específico para a mesma, não sendo aplicada assim a tutela das leis comuns. Ao contrário do regime anterior, até mesmo nos

¹⁰¹ Preceito novo, introduzido com a Reforma, mas, tem por base art. 325º, 1ª parte do CC francês.

sistemas latinos, o poder exclusivo de impugnar conferido ao pai foi bastante criticado. Assim, após um Assento de 1938 ter conferido legitimidade ao filho de cuja paternidade se tratava, o legislador em 1966, retirou-lhe o direito, pautou o poder exclusivo do pai dando legitimidade ao Ministério Público, e posteriormente à mãe. Com a Reforma de 1977, a legitimidade foi atribuída ao marido, mãe, filho e ao Ministério Público, uma vez que em causa está o direito à integridade moral e à identidade pessoal protegidos pela nossa Constituição, arts. 26º e 33º.

Verifica-se ainda uma rotura com o sistema tradicional de impugnação fundada em causa determinada, quando se basta com a prova de que a paternidade é manifestamente improvável”; já o Código de 1966 tinha alargado os fundamentos taxativos da ação, mas mesmo assim acabava por ser restritivo à procura da verdade biológica, deixando de lado a possibilidade de impugnar em casos de manifesta conceção extraconjugal. Passou, então a consagrar-se, um *sistema de prova livre da não paternidade do marido* e um critério; ao invés de *nupcialista, biologista*, que fizesse jus à obtenção da verdade biológica, e que permitisse consagrar o direito à integridade moral e à identidade pessoal, e um conhecimento das origens genéticas.

3.4.2 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE:

Logo pelo art. 1847º do CC, são nos indicadas as formas de reconhecimento da paternidade do filho nascido ou concebido fora do casamento, através da perfilhação (arts.1849º a 1863º); ou de decisão judicial em ação de investigação (arts. 1864º a art.1873º). O estabelecimento da paternidade neste caso é feito por meio do reconhecimento, visto não nos encontrarmos no âmbito do art. 1826º do CC, onde seria aplicada a presunção da paternidade, porém, este reconhecimento deve respeitar o disposto no art.1848º do CC, na medida em que “Não é admitido o reconhecimento em contrario da filiação que conste do registo de nascimento enquanto este não for retificado, declarado nulo ou cancelado”. A regra da prevalência da paternidade anteriormente registada vale para o reconhecimento incompatível posterior, mas não impede o *estabelecimento posterior da paternidade marital*,

por via da presunção pater is est, ou seja, a presunção legal prevalece sobre a perfilhação anteriormente registada, não valendo este princípio na sua máxima aceção¹⁰².

No que diz respeito à averiguação oficiosa da paternidade, esta ocorre, quando seja lavrado registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, devendo deste modo o funcionário remeter ao tribunal a certidão integral do registo, a fim de se averiguar officiosamente a identidade do pai - art.1864º CC. O regime aqui consagrado já existia no Código Civil de 1966, correspondendo ao seu art. 1847º; porém com a Reforma de 1977 foram então feitas algumas alterações, nomeadamente, quanto ao fim da perfilhação materna que era suposta no regime anterior.

Existem limitações à ação oficiosa de investigação da paternidade, nomeadamente, “Se a mãe e o pretense pai forem parentes ou afins em linha reta ou parentes no segundo grau da linha colateral” e ainda “Se tiverem decorrido dois anos sobre a data do nascimento” (art.1866º, al. a) e b)). O limite máximo de dois anos prende-se com a necessidade de cautela, por parte do Estado em não onerar os seus agentes com procedimentos dificultados, cujo êxito é bastante incerto; mas é também um estímulo, no sentido de as entidades competentes serem céleres na propositura da ação, com vista ao respeito pelo interesse público.

Deve ser tido em consideração que a ação de investigação poderá ser intentada pelo filho quando a maternidade já estiver estabelecida, ou for “pedido conjuntamente o reconhecimento de uma e outra”,(art. 1871º). Hoje, ao contrário do art.1860º anterior à Reforma em que era em princípio proibida a investigação da paternidade, e a ação era admitida apenas em certos casos taxativamente enunciados, o filho tem direito ao estabelecimento da paternidade por via da ação judicial¹⁰³.

Segundo KRAUSE, “Não vale grande coisa garantir a todos os filhos a igualdade de direitos se não se fizerem os esforços possíveis no sentido de constituir as relações de filiação”, assim os fundamentos desta ação de investigação prendem-se com a intenção de satisfazer o direito à identidade e à integridade moral, e de tutelar o interesse geral da melhor socialização e proporcionar amparo económico ao filho.

¹⁰² OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação- Notas aos Artigos 1796º a 1873º do Código Civil*, Coimbra, Almedina, 6ª Reimpressão,2001,p. 52, 81 a 103.

¹⁰³ Vide art.1829º

3.5 MEIOS DE PROVA ADMITIDOS: O EXAME CIENTÍFICO¹⁰⁴

No art. 1801º do CC encontramos um preceito novo, que se dedica a consagrar os meios de prova admitidos nas ações relativas à filiação, sendo agora admitidos os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados. Antes da Reforma, já existia a intenção de respeito pelo princípio da liberdade de prova e das regras gerais sobre a prova pericial. No entanto, o legislador viu a necessidade de elaborar este novo artigo, de modo a consagrar o espírito que cada vez mais se defendia, o da descoberta da verdade biológica, aceitando assim os meios científicos que são, ou venham a ser dignos de credibilidade. Segundo GUILHERME DE OLIVEIRA, pretendia-se “que não houvesse qualquer entrave ao uso dos métodos científicos que pudessem contribuir para a descoberta dos vínculos biológicos, quer para os reconhecer juridicamente, quer para impugnar os reconhecimentos que não se apoiassem na verdade.” Apesar da abertura total que a norma confere deve ser tido em conta que esta abertura não é *ilimitada*, sendo o único limite para o uso de novos meios de prova a sua “comprovação científica” e respeitando-se sempre, por um lado, os limites gerais que se prendem com a defesa dos direitos à integridade física e à integridade moral, e por outro os limites especiais que possam ser considerados a propósito de algum meio de prova.

Vários são os tipos de provas científicas em causa, nomeadamente, as chamadas *provas heredobiológicas*. Estas eram realizadas em indivíduos com o mínimo de três anos, avaliando até cerca de trezentos caracteres hereditários do suposto filho e de todos os pais possíveis, concluindo assim, através do grau de probabilidade, se existia ou não um vínculo biológico entre os intervenientes. O cálculo da “*idade gestacional*”, praticada no momento do nascimento, apenas quando estritamente necessário, assentava em métodos diversos, desde a eletroencefalografia à avaliação de certos fatores anatómicos; porém, tem vindo a perder significado, graças ao desenvolvimento da ecografia e ao acompanhamento clínico das gravidezes, tornando-se possível calcular sistematicamente a idade do recém-nascido, que nasça em ambiente clínico e que tenha sido alvo de vigilância, sendo que o cálculo pode ter um erro de três dias a uma semana, sendo este o limite máximo.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Guilherme, *Estabelecimento da Filiação*, Coimbra, 2017, pág. 26 a 33.

O método mais utilizado em Portugal é, sem dúvida, o que diz respeito às *provas hematológicas*, que se fundamentam na descoberta dos grupos sanguíneos, tendo-se tornado as provas mais rigorosas e praticadas. Com a Reforma de 1977, a abertura aos exames de sangue foi total, graças ao progresso autónomo dos Institutos de Medicina Legal, e os exames de sangue obtiveram a primazia quanto à prova mais utilizada no nosso país, visto os resultados seguros que transmitiam. Os exames de sangue, atualmente, já se encontram um pouco superados, graças aos recentes desenvolvimentos da genética molecular. No entanto, mantêm ainda hoje a sua utilização, uma vez que a exclusão da paternidade é obtida com um grau de certeza quase total, utilizando-se para isso os sistemas A-B-O, M-N e Rh. Atualmente, devido ao desenvolvimento das transplantações, que obrigaram a um conhecimento perfeito dos sistemas imunitários e assim da compatibilidade entre os indivíduos, deu-se o conseqüente aperfeiçoamento dos exames de sangue, aumentando-se assim o seu rigor, passando-se a fazer exames sobre os glóbulos brancos também, o que permitiu alcançar resultados com segurança inéditos.

Com a evolução da ciência, os exames de sangue, apesar de muito utilizados, encontram assim um *concorrente*, os testes de ADN, obtidos através da saliva. Com estes é feita uma comparação dos intervenientes, que pode mostrar ao filho que não herdou nada do homem que se investiga, e esta conclusão permite excluir este homem da qualidade de progenitor, quando a comparação mostra que um certo indivíduo não deve ser excluído da qualidade de progenitor, porque o filho apresenta características que esse adulto também exhibe, passa-se à fase seguinte destinada a averiguar qual é a probabilidade de esse adulto ser o seu progenitor.

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 11/98, de 24 de janeiro, que veio reorganizar o sistema médico-legal, veio expressamente permitir-se a realização de exames de filiação quer a pedido dos tribunais, quer “no âmbito das atividades” do Instituto Nacional de Medicina Legal (arts. 2.º, al. i), e 29.º, n.º 1). Isto significa que os exames científicos para esclarecer os vínculos biológicos da filiação podem ser feitos a pedido de um particular, fora de qualquer processo judicial, no Instituto Nacional de Medicina Legal, mas, por outro lado, não parece proibir que se requeira a mesma perícia num outro laboratório público ou privado, sendo que muitas questões se levantam quanto a isso. São então admitidas provas judiciais-

que, segundo o regime tradicional, são requeridas pelas partes ou ordenadas pelo juiz, sempre no âmbito de uma causa, sendo que na averiguação oficiosa deve respeitar, o disposto no art.1864º do CC e o disposto no art.60º do Decreto-lei nº 141/2015, de 8 de Setembro- mas também provas extrajudiciais. Quando ordenado o exame científico, a requerimento das partes ou oficiosamente, existe um princípio a respeitar, o da cooperação das partes, com a intenção da descoberta da verdade material, estando assim em causa “o direito fundamental à determinação da localização do indivíduo no sistema de parentesco, através do reconhecimento dos vínculos biológicos de descendência”, sendo a multa a consequência para o não cumprimento deste princípio, sendo que a lei prevê ainda no art. 417.º CProcCiv a referência expressa à aplicação do art. 344.º, n.º 2, CCiv no sentido de a recusa de colaboração implicar a inversão do ónus da prova.

CAPÍTULO IV: PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PARA A ELIMINAÇÃO DO PRAZO INTERNUPCIAL: ANÁLISE

Vários foram os partidos políticos que, recentemente, apresentaram propostas de alteração legislativa, relativamente à necessidade ou não do prazo internupcial.

O objeto dos projetos de lei apresentados, um pelo grupo parlamentar do Partido Socialista, outro pelo grupo parlamentar do Bloco de Esquerda, e por último, outro pelo deputado único do Partido Pessoas, Animais e Natureza, visam essencialmente a alteração ao art.1605º do CC, ou seja, no que diz respeito à necessidade ou não do prazo internupcial.

4.1 PROJETO DE LEI N.º 436/XIII/2.^a (BE):

Segundo a perspetiva deste Partido Político, tendo em conta os fundamentos invocados para a existência de um prazo internupcial, é atribuída ao Estado a função de reserva moral, sendo considerado como o guardião dos “bons costumes”. Deve, ssim, impor as regras “*de decoro social*” e os prazos de “*luto oficial*” que devem reger as relações pessoais e afetivas dos/as cidadãos/ãs”.

Assim sendo, para estes, o Estado acaba por propagar uma conceção conservadora, retrógrada, e em certo ponto paternalista, sobre o papel do Estado na sua relação com os cidadãos e cidadãs, indo assim contra a corrente defendida nos últimos anos, que aponta na direção do reforço da autodeterminação individual. É ainda apontada uma violação da lei no que diz respeito à igualdade de géneros, e aos direitos das mulheres. A sustentar a necessidade de alteração legislativa estão ainda os avanços científicos que fazem deste modo “*dissipar, de forma célere e eficaz, todas as dúvidas sobre a verdade biológica da paternidade*”.

De modo a colocar fim à discriminação entre homens e mulheres, o grupo parlamentar defende então eliminar a discriminação entre estes dois sexos, propondo para tal uma nova redação do art.1605º nº1 :“*O impedimento do prazo internupcial obsta ao casamento daquele cujo matrimónio anterior foi dissolvido, declarado nulo ou anulado, enquanto não decorrerem sobre a dissolução, declaração de nulidade ou anulação, cento e oitenta dias.*”, revogando os demais números do artigo. Ao invés de trezentos dias para a mulher e cento e oitenta para o homem, é então defendido um prazo de cento e oitenta dias, igual para ambos.

Pegando nos argumentos utilizados, são desde logo detetados alguns possíveis problemas sobre esta possível alteração legislativa, nomeadamente no que diz respeito à violação do princípio da igualdade dos cidadãos, consagrado na nossa Constituição da República Portuguesa, e quanto à existência de um novo período de tempo igual para ambos os sexos, sendo ele de cento e oitenta dias.

Estando em causa “diferenças biológicas de género”, inerentes à condição física e biológica do homem e da mulher, sustentadas na ciência, sem terem por base qualquer discriminação arbitrária, não me parece que esteja em causa uma violação ao princípio da igualdade dos cidadãos. Para este grupo parlamentar a forma de colocar término à discriminação sofrida pela mulher, é atribuir-lhe um prazo igual ao do homem, o que no meu entender, não faz sentido. Logo no início do projeto de alteração legislativa, é criticada a posição do Estado como “guardião dos bons costumes”, mas depois a solução defendida é de cento e oitenta dias para ambos. Após a análise histórica feita é facilmente perceptível que o prazo de cento e oitenta dias serve mesmo para assegurar o respeito pelos bons costumes e pelo decoro social, sendo a base de duração para ambos os cônjuges. Sem mencionar os problemas, deixados por abordar, relativos às conexões do prazo internupcial com a presunção de paternidade. Ou seja, existe aqui um contra senso enorme, o projecto é contra o fundamento, mas depois defende o prazo que existe para o respeitar.

4.2 PROJETO DE LEI N.º 472/XIII/2.ª (PS):

Assente nas inúmeras alterações do contexto social e do perfil das relações familiares, mas também alterações ocorridas em matéria probatória, o grupo parlamentar do Partido Socialista elaborou este projeto de alteração legislativa caracterizado pela abolição do prazo internupcial, consagrando, por sua vez, um prazo de trinta dias para efeitos de registo. Não se justifica no seu ponto de vista a existência de um prazo tão longo para a celebração de um novo casamento, e a diferença de prazos para o homem e para a mulher.

Segundo estes, o princípio da igualdade estaria respeitado, a liberdade de cada um em celebrar casamento também, e a segurança jurídica que é conferida pelos efeitos do registo é assegurada pela existência de um prazo que assegure a realização das tarefas de natureza administrativa e registral conexas com a dissolução do casamento.

Os fundamentos apresentados neste projeto de lei parecem corretos de um ponto de vista jurídico, tentam acompanhar a evolução social, científica e jurídica que tem ocorrido, tocando assim em aspectos relevantes. No entanto, apesar de abordar a relevância prática dos meios de prova derivados da evolução científica, não se debruçam sobre os mesmos na proposta de alteração; o princípio da igualdade é novamente invocado, em meu entender, como já referi no ponto *supra*, erradamente, e a necessidade de um prazo de trinta dias para efeitos de segurança jurídica não faz sentido nos dias de hoje, em que facilmente e em pouco tempo se obtém uma atualização do estado civil do cônjuge, sem a necessidade de uma dilação temporal fixada na lei, podendo até mesmo este prazo vir a aumentar os problemas de demora na justiça e a “arrastar no tempo” algo que poderia ficar resolvido num menor período de tempo. Assim, há que ter em conta que cada caso é singular podendo demorar mais ou menos que trinta dias, pelo que a generalização aqui não é útil nem eficaz.

Sabendo que o prazo internupcial está diretamente relacionado com a presunção de paternidade, é referenciado neste projeto o seguinte, “ *no plano das presunções de paternidade, que as alterações ao regime de prazos para celebração de casamentos nestes casos são acompanhadas das necessárias adaptações, determinando que nos casos em que o segundo casamento é celebrado antes de decorridos 300 dias sobre a dissolução do anterior, a presunção legal não opera, evitando presunções cruzadas e incerteza na matéria.* ”.

A alteração proposta para o art.1826º, nº2 “*A presunção referida no número anterior é afastada nos casos em que, tendo cessado casamento anterior, não tenham ainda decorrido sobre essa data trezentos dias.*”, para poder ser utilizada como expediente para eliminar a presunção de paternidade sobre o atual marido, o segundo, deveria prever expressamente o seguinte : “ *o caso concreto de o filho nascer dentro de um casamento sucessivo*”, antes de terem decorrido os trezentos dias sobre a dissolução do primeiro. Caso contrário parece que a presunção é afastada apenas porque o filho nasceu dentro dos trezentos dias seguintes à dissolução, ainda que a mãe não venha a casar a segunda vez.

Deve ser tido em conta que o primeiro marido poderá ser realmente o pai biológico, enquanto que a presunção legal atribui a paternidade ao segundo. Sendo este resultado falso, o projeto não demonstra uma possível solução para o problema. O método que parece mais viável será o instrumento consagrado no art. 1832º do CC, que ao ser utilizado deixa o

caminho aberto para o estabelecimento da paternidade do primeiro marido, nomeadamente através de um ato de perfilhação, ou ação de investigação da paternidade. No entanto, se o primeiro casamento tiver sido dissolvido por morte, ou este tiver falecido entretanto, e sem a presunção de paternidade do segundo marido o filho ficará sem paternidade atribuída, sendo que a problemática e a solução não são tidas em exposição pelo grupo parlamentar na elaboração do projeto em causa.

4.3 PROJETO DE LEI N.º 474/XIII/2.^a (PAN):

O Partido fundamenta a sua posição nas seguintes ideias: no conceito de casamento enquanto negócio jurídico-contrato que tem no divórcio a sua dissolução sendo este o fim do respetivo contrato; na evolução do nosso ordenamento jurídico no que diz respeito à liberalização do divórcio e à facilidade de obtenção do mesmo “*devendo assim estar isento de considerações morais*”; o direito a casar e a proibição da discriminação de género; e a desnecessidade de um prazo maior fundamentado na necessidade de evitar um conflito de presunção de paternidade, “*pois em caso de dúvida sobre a paternidade de um filho é possível desencadear uma ação de investigação de paternidade e requerer a realização de testes de ADN, sendo possível através destes fazer prova direta da paternidade.*”

Acompanhando a evolução do Direito da Família no nosso ordenamento jurídico faria sim sentido terminar com o prazo internupcial, pois tal prazo ao não respeitar esta evolução, acaba por representar uma restrição ao direito a casar. Já quanto à discriminação de género considero pelos mais diversos motivos explicados que esta não está em causa.

Ao revogar-se art.1605º do CC acabariam por continuar a existir duas presunções de paternidade- quanto ao primeiro marido, uma vez que o filho teria sido concebido durante o primeiro casamento, e quanto ao segundo marido, pois o filho teria nascido durante o segundo casamento. A solução para este problema parece ser dada pela investigação da paternidade, recorrendo à realização de testes de ADN, porém nada é mencionado quanto ao modo como cessam as presunções para se iniciar a tal investigação de paternidade, onde iriam ser apresentadas as provas.

4.4 PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS:

A Ordem dos Advogados através do Conselho Geral, emitiu a 11 de maio de 2017 parecer sobre a proposta de alteração legislativa apresentada pelo PAN, tendo sido desde logo negativo.

Os fundamentos que sustentam esta posição adotada pelo Conselho Geral são muito peculiares, pois assentam fundamentalmente na duração do prazo, e não tanto nas questões essencialmente de direito que se colocam. Segundo MENDONÇA CORREIA, a existência deste prazo “*Funda-se na exigência social de se ter um mínimo de decoro, e na necessidade de se evitarem conflitos de paternidade, a respeito dos filhos nascidos do segundo casamento, a turbatio sanguinis*”. Porém, a Ordem dos Advogados afirma desde logo que estes motivos subjacentes à consagração do regime que ainda hoje vigora, não se coadunam com a realidade atual, uma vez que a sociedade portuguesa sofreu um conjunto de transformações que afetou e afeta diretamente a forma de encarar e viver o casamento e a família, transformações essas decorrentes dos processos de sentimentalização, individualização e secularização.

Assim sendo, a Ordem dos Advogados assume a necessidade de alteração do regime atual, decorrente da caducidade dos fundamentos que lhe deram origem, baseando assim um novo regime no “efetivo respeito pelo direito fundamental consagrado no artigo 36.º da CRP”. Segundo a posição adotada, para que haja o respeito pelo direito fundamental consagrado no artigo *supra* referido, é preciso desde logo igualar o prazo para o homem e para a mulher, e que o mesmo não seja superior a trinta dias, considerando-se este o prazo razoável para que os serviços registrais consigam concluir toda a tramitação legal prévia à celebração de novo casamento. A Ordem dos Advogados não concorda com a eliminação do prazo internupcial como indica desde logo, porém o único fundamento que invoca para que não seja eliminado é a necessidade de eficácia dos serviços. Esquece-se assim de analisar as questões fundamentais, nomeadamente se está em causa verdadeiramente o princípio da igualdade ou se basta diminuir o prazo para que esteja respeitado o art.36º da CRP, sendo aqui que se encontra a maior falha, uma vez que é abordado o direito fundamental do art.36º como motivo para a diminuição do prazo, mas não é a duração do prazo que não respeita este direito, é a existência por si só de um prazo que restringe esse mesmo direito independentemente da sua duração.

4.5 PARECER DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA:

Os projetos de alteração legislativa foram remetidos ao CSM por intermédio do Excelentíssimo Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, tendo sido os projetos *supramencionados* alvo de análise do Conselho.

Após uma análise detalhada de todos os projetos o CSM decidiu emitir um Parecer a 21, de abril de 2017, tendo decidido que os projetos em causa “tratam matéria que pela sua especificidade e natureza não conflitua, nem tem relação direta com as atribuições e competências do Conselho Superior da Magistratura, nem com o sistema judiciário ou os Tribunais.”, ou seja, *desonerou-se* de tomar uma posição sobre o assunto.

Apesar de não ter tomado uma posição sobre o assunto foram feitas várias ressalvas, nomeadamente no que diz respeito ao princípio da igualdade, invocando desde logo que este não era motivo justificativo para o fim do prazo, baseando-se na posição defendida pelo TC em diversas ocasiões (nomeadamente no Acórdão 396/2014), sendo até agora a única entidade que se debruçou realmente sobre este tópico; abordou ainda a questão do estabelecimento de múltiplas presunções de paternidade; o funcionamento probatório em causa e por último, a duração de trinta dias para o prazo.

CONCLUSÃO:

Terminado o estudo sobre o prazo internupcial, a sua origem, os seus fundamentos, como se apresenta hoje em dia no nosso ordenamento jurídico, e analisados os mais prováveis pontos de conflito suscitados pela sua existência, torna-se, então, necessário estabelecer conclusões acerca da sua necessidade.

Segundo o art. 1600º, “*têm capacidade para contrair casamento todos aqueles em quem se não verifique algum dos impedimentos matrimoniais previstos na lei.*”, ou seja, todos têm o direito de contrair matrimônio, mas verificadas certas circunstâncias já não o podem fazer, ou se fizerem serão sancionados. Pela interpretação feita, parece que o prazo internupcial consiste então numa restrição ao direito a casar, pois os cônjuges cujo casamento anterior foi dissolvido, declarado nulo ou anulado, podem celebrar o segundo casamento dado tratar-se de um direito consagrado na nossa Constituição (art.36º, nº1, 1ª parte); porém, estão vinculados a esperar trezentos dias, para as mulheres, e cento e oitenta dias, para os homens. Nada obsta a que existam limitações no que diz respeito à celebração do casamento, os impedimentos são necessários no ordenamento jurídico, visto serem o método mais bem concebido para tutelar os mais diversos interesses em causa, aquando da celebração do casamento. Interesses esses como a saúde pública, a tutela dos cônjuges, e o respeito pelas convenções sociais.

Os fundamentos e interesses que o prazo internupcial tenta proteger justificam então a sua existência, e a correspondente restrição da liberdade a casar?

Como foi analisado anteriormente, o prazo internupcial foi criado com o Código Civil de 1966, tendo sido alterado com a Reforma de 1977, estando consagrado no art.1605º. No entanto, a sua “ascendência” deriva de influência romana, o que transmitiu, tanto para o nosso costume quanto para o nosso ordenamento jurídico atual, dois importantes fundamentos que constituem hoje a razão da sua existência: o primeiro é o *tempus lugendi*, o segundo o de evitar a *turbatio sanguinis*. Graças ao primeiro é consagrado um prazo de cento e oitenta dias para ambos os cônjuges, pensando-se ser esta a forma indicada para respeitar as convenções sociais, ou seja, a memória do defunto e o decoro social, pois pareceria mal aos olhos da sociedade contrair segundo casamento logo após o primeiro, sem se respeitar um período de tempo. Já o segundo fundamento prende-se com a preocupação de evitar a confusão da

atribuição da paternidade do filho nascido no segundo casamento, pois sem este lapso de tempo seria difícil detetar se o pai seria o primeiro marido, ou o segundo. No Código de Seabra, não era consagrado um prazo internupcial, mas o regime das segundas núpcias já dava a faculdade de se contrair casamento sem respeitar os trezentos dias tratando-se da mulher caso provasse que não estava grávida.

Porém, estes fundamentos parecem “cair”, tendo em vista a sociedade atual e as novas exigências desta; prova disso é a progressiva facilitação do divórcio, que em casos mais simples e com consentimento de ambos os cônjuges é obtido rapidamente numa Conservatória do Registo Civil, havendo sido progressivamente dispensados os *requisitos de maturidade*, como lhes designa GUILHERME DE OLIVEIRA, que assentavam em um mínimo de idade dos cônjuges e/ou duração do casamento, mas também os *requisitos de convicção*, que impunham um período de reflexão, que implicava a renovação do pedido de divórcio dentro de determinado prazo¹⁰⁵.

Face a este motivo é completamente dedutível que aquele fundamento cai facilmente na medida em que o casamento deve ser cada vez mais visto como um ato banal, não sendo as relações humanas mais as mesmas entre os próprios cônjuges. As pessoas são cada vez mais egocêntricas, olhando apenas para o seu próprio interesse, o que leva a relações cada vez mais passageiras e desprovidas de sentimentos genuínos, a infidelidade matrimonial por parte de ambos os cônjuges é por esses motivos cada vez mais frequente, o que me leva a defender que este prazo limita sim o direito a contrair casamento, sendo então esta norma inconstitucional. Há que ressaltar que direito a contrair casamento não é o mesmo que direito a constituir família, sendo independentes um do outro- por isso só o primeiro está, para mim, em causa.

No que diz respeito a evitar uma possível confusão na atribuição da paternidade, sabemos já que a lei estabelece atualmente uma “desigualdade” entre homens e mulheres, uma vez que estas veem agravado o seu prazo em mais cento e vinte dias que este. Posso, porém, concluir que tendo por base “diferenças biológicas de géneros” este prazo não viola o princípio da igualdade consagrado no art.13º da Constituição, uma vez que a diferenciação de

¹⁰⁵ <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-eliminac%CC%A7a%CC%83o-do-prazo-internupcial.pdf>, 19/01/2019

tratamento à luz deste princípio não é proibida, sendo proibidas apenas aquelas que forem arbitrárias e irrazoáveis o que não se verifica aqui.

Diretamente ligada a este prazo está a duração mínima e máxima da gravidez, que a meu entender em muito contribuíram para esta fixação legal, sendo o mínimo de cento e oitenta dias e o máximo de trezentos dias. Assim, se o segundo casamento se celebrar decorridos os trezentos dias, já não terá havido concepção do filho dentro do primeiro casamento, não havendo assim conflito de paternidade e não se aplicando aqui a presunção da paternidade sobre o primeiro marido. Em causa está então o estabelecimento da paternidade, e o respeito pela *regra pater is est*, nos termos dos quais o atual marido da mãe deve ser presumido pai. No entanto, a própria lei admite que existem gestações maiores, o que acaba por ser bastante comum, mas também menores que cento e oitenta dias, apesar de ser mais raro, (art.1800º) para além de que, se o objetivo é o de evitar um conflito de paternidades, o mesma no art.1834º já resolve a sua existência, ou seja, admite a sua possibilidade e dá resposta à mesma.

Deve ser tido em conta que dada a nossa herança romanística estes costumes foram ficando enraizados, só muito recentemente se registando uma evolução nos meios de prova, no regime de impugnação da paternidade e na averiguação oficiosa da mesma não era, atualmente estes regimes encontram-se muito mais aberto às novas realidades, rompendo com o sistema latino que tanto nos influenciou, consagrando assim, não um *critério nupcialista*, mas antes um *critério biológico*.

Em causa estão os princípios fundamentais em matéria de filiação: o respeito pelo princípio da verdade biológica, e do direito ao conhecimento das origens genéticas, em conexão com o direito à integridade moral e à identidade pessoal, protegidos pela nossa Constituição, nos termos dos arts. 26º e 33º. O nosso regime, através das provas judiciais e extrajudiciais que hoje nos faculta, permite-nos obter resultados muito mais precisos e com um elevado grau de exatidão sobre quem será o verdadeiro pai. Pondo isto, acredito que a necessidade de um prazo internupcial no nosso ordenamento jurídico se encontra caduca, por dois motivos fundamentais: por um lado a evolução da nossa sociedade em nada se relaciona, nos dias de hoje, com as exigências sociais de decoro que se viviam até então, as exigências e necessidades são outras e o ordenamento jurídico deve saber acompanhar e fazer face às

mesmas; por outro lado, temos ao nosso dispor os meios de prova suficientes e com rigor científico capazes de atribuir verdadeiramente a paternidade, temos ainda um leque bem constituído de ações de impugnação da paternidade e de investigação, capazes de sustentar a inexistência do mesmo. Subscrevendo a opinião de GUILHERME DE OLIVEIRA, com a eliminação do prazo poderia ser redigido um novo art. 1834º, com a formulação que a seguir reproduzimos: nº1 “Se o filho nasceu depois de a mãe ter contraído novo casamento sem que o primeiro se achasse dissolvido ou dentro dos trezentos dias após a sua dissolução, prevalece a presunção de paternidade relativamente ao segundo marido”, nº 2 “ A mãe pode fazer cessar esta presunção se declarar no ato de registo de nascimento que o segundo marido não é o pai”, nº3 “A presunção estabelecida no n.º 1 pode ser impugnada nos termos gerais.”, nº4 “Feita a declaração prevista no n.º 2 ou julgada procedente a ação de impugnação de paternidade do segundo marido, presume-se que o pai é o primeiro marido da mãe, sem prejuízo dos meios gerais de cessação desta presunção e de impugnação desta paternidade.”¹⁰⁶. Assim, sendo que não existem motivos para existir receio quanto à eliminação do prazo, temos aqui todos os meios adequados a atribuir uma justa paternidade.

¹⁰⁶ <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-eliminac%CC%A7a%CC%83o-do-prazo-internupcial.pdf>, 19/01/2019

BIBLIOGRAFIA

BRIGAS, Míriam Cláudia de Sousa Silva Afonso, *As Relações de Poder na Construção do Direito da Família Português (1750-1910)*, AAFDL, Lisboa, 2016

CANOTILHO, Canotilho e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1993

COELHO, Francisco Pereira & OLIVEIRA, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família Volume I- Introdução Direito Matrimonial*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5ª Edição, 2016

CORTE-REAL, Francisco; VIEIRA, Duarte Nuno (coordenadores), *Princípios de Genética Forense*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2015

LIMA, Pires & VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado- Volume V*, Coimbra Editora, 1995

LOPES, Laura, *A mulher, a família e a lei*, Seara Nova, Lisboa, 1977

MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra,

OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação- Notas aos Artigos 1796º a 1873º do Código Civil*, Almedina, 6ª Reimpressão, 2001

OLIVEIRA, Guilherme, *Critério Jurídico da Paternidade*, 1ª Edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1983

PINTO, Paulo Mota, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Separata de “Portugal-Brasil, ano 2000”, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2000

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo: lições*, 4ªEd. (Reimpressão), 4ªEd., AAFDL, Lisboa, 2005

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5ªEd., Almedina, Coimbra, 2016

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudo de Direito da Família e das Crianças*, AAFDL, Lisboa, 2015

REIS, Rafael Luís Vale, *O Direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra Editora, 2008

SILVA, Luiz António Vieira da, *História do Direito Privado Romano até Justiniano*, Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1854

TERRÉ, François & FENOUILLET, Dominique, *Droit Civil: la famille*, Paris : Dalloz, 8e ed, 2011.

VILHENA, Júlio Marques de, *As Segundas Núpcias*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1872

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão TRG de 10.03.206, Processo n.º 65/14.8T8FAF.G1, 6ª Secção

Acórdão STJ de 31.01.2017, Processo n.º 440/12.2TBBCL.G1.S1, 1ª Secção

Acórdão STJ de 31.05.2011, Processo n.º2563/09.6TMPRT.P1.S1, 1ª Secção

Acórdão STJ de 21.12.1962, Processo n.º 058369

Acórdão STJ de 21.12.1962, Processo n.º 495/04-3TBOR.C.1.S.1, 1ª Secção

Acórdão TC de 08.02.2006 , n.º 23/2006

Acórdão TRC de 06.02.2018, Processo n.º 5525/16.3T8CBR.C1

Acórdão TRP de 10.05.2018, Processo n.º 6554/15.0T8MAI.P1