

- I — O CONVÍVIO NOTÓRIO COMO «MARIDO E MULHER» ENVOLVE, NA NOÇÃO GERALMENTE CONHECIDA E ACEITE, COMUNIDADE DE HABITAÇÃO, LEITO E MESA, E, POR ISSO, QUANDO INVOCADO COMO FUNDAMENTO DA ACÇÃO NÃO NECESSITA DE SER DESDOBRADO EM CADA UM DÊSSES ELEMENTOS CONSTITUITIVOS PARA O TRIBUNAL DAR OU NÃO A SUA EXISTÊNCIA POR VERIFICADA.
- II — OS FACTOS DE O PRETENSO PAI CHAMAR FILHA À AUTORA, A ABENÇOAR, TÊ-LA EM SUA COMPANHIA E, DENTRO DAS SUAS POSSES A ALIMENTAR E VESTIR, BEM ASSIM O DE CONSENTIR QUE ELA PUBLICAMENTE LHE CHAME PAI, SÃO ACTOS MANIFESTOS DE «REPUTAÇÃO E TRATAMENTO» E, COMO TAIS, CONSTITUITIVOS DE POSSE DE ESTADO, SE AQUELE NESSA REPUTAÇÃO EM QUE TINHA A AUTORA ERA ACOMPANHADO PELAS PESSOAS QUE O CONHECIAM.

(Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Junho de 1940)

Acórdam no Supremo Tribunal de Justiça:

C. L., casada, doméstica, propôs, na comarca de S. Tiago do Cacém, contra M. F., como única herdeira legítima de D. M. E., falecido no estado de solteiro em 10 de Agosto de 1933, a presente acção ordinária a-fim-de ser julgada filha ilegítima d'ele para todos os efeitos legais e, designadamente, para os de a ré lhe entregar, com todos os rendimentos, os bens por ele deixados.

Alega que nasceu em 16 de Agosto de 1889 e que durante o periodo da sua concepção, ou seja, desde Agosto de 1888 até Março daquêlê ano, sua mãe M. J. G., também conhecida por Maria Clara, e o dito E., vulgarmente conhecido por Domingos das Taipas, viveram notoriamente como mulher e marido, no sítio da Bôa Vista, freguesia de Santa Maria da Serra da referida comarca; — que sua mãe foi sempre de comportamento exemplar, não constando, mesmo vagamente, que tivesse tido relações sexuais com outro homem; e, aquêlê, seguro da sua paternidade, e acom-

panhado pelo público e sem voz em contrário, não só sempre reputou a autora como sua filha, dando-lhe este tratamento, abençoando-a e consentindo que ela lhe chamasse pai, como também sempre a tratou como tal, dispensando-lhe o affecto e carinho que os pais costumam dispensar aos filhos, alimentando-a, calçando-a, e mantendo-a por muitos anos em sua companhia, até ao casamento dela.

Citada, a ré impugnou a sua legitimidade, visto que sendo casada, não pode estar em juízo desacompanhada de seu marido, numa acção em que se pede a entrega dos bens de que está de posse com todos os rendimentos; e, contestando, alegou: — que se não sabe quem é o pai da autora, por a mãe, antes durante e depois da concepção, ter tido sempre relações sexuais com outros homens, além do E. que, de resto, nunca viveu maritalmente com ela; — que, por isso, elle nunca reputou a autora sua filha, e tanto que sempre protestava quando alguém lhe imputava a paternidade; nunca a vestiu ou alimentou, e nem sequer, quando contra sua vontade a teve em sua companhia e na do seu irmão Joaquim, na qualidade de criada d'este, consentiu que ela lhe lavasse a roupa, que sempre foi lavada por pessoa estranha, paga para esse serviço; e também nunca ela foi tida pelo público como filha do mesmo falecido E.

A autora replicou e a ré triplicou.

Normalizada pela citação do Ministério Público e pela intervenção do marido da ré a validade do processo, havidas, por despacho, as partes como legítimas e organizado o questionário, procedeu-se em Tribunal Colectivo ao julgamento; e, em seu resultado, foi a acção julgada procedente e provada, a autora reconhecida como filha ilegítima do mencionado D. M. E. ou Domingos das Taipas, para todos os effeitos legais, inclusivamente os do art. 31 do Decreto n. 2, de 25 de Dezembro de 1910, e, em consequência, condenados os réus a havê-la por tal e a entregarem-lhe todos os bens deixados por aquêl e de que estejam de posse, com os respectivos rendimentos desde o óbito.

Esta sentença foi, em recurso, confirmada pela Relação; e de o Acórdão confirmatório que vem, agora, oportuna e competentemente interposto pelos réus o presente recurso de revista.

E de elle conhecendo, como cumpre:

A acção, como se vê do que fica relatado, foi proposta com o fundamento de «a mãe e o pretenso pai terem notoriamente convivido como marido e mulher, no periodo legal da concepção» e com o da «posse de estado» casos expressamente previstos nos nn. 5 e 1 do art. 34 daquêl Decreto.

O primeiro foi radicalmente negado pelos recorrentes; mas o Tribunal Colectivo, na sua resposta ao quesito 1.º do questionário de fls., deu como provado que a mãe da autora e o D. M. E. conviveram notoriamente nas indicadas condições desde Agosto de 1888 até Março do ano seguinte.

Para esta decisão, não tinha o Tribunal — como contrariamente se pretende — que se preocupar com os motivos que determinaram a Maria Clara, mãe da autora, a aceitar esse convívio e a manter-se nêle durante aquêles oito meses, nem tão pouco com as razões, fôsem elas quais fôsem — e aliás não alegadas, — que lhe puzeram têrmo: o que importava, era averiguar se o convívio foi tal como «de marido e mulher», isto é, se teve lugar em comunidade de habitação, leito e mesa, visto que é essa comunidade que constitue a noção expressa nessa frase da lei.

Ora não se mostra que o Tribunal, para quem essa noção por geralmente conhecida e aceite não precisava de ser invocada no desdobraimento dos seus factos constitutivos, não tivesse realmente em conta estes factos, para dar, como deu, por provado o alegado convívio e a sua notoriedade; e, portanto, não é de admitir o reparo que os recorrentes fazem a essa decisão, tanto mais que só agora, impedidos de insistir na inexistência do mesmo convívio, é que vem gratuitamente deturpá-lo na sua minuta de recurso, atribuindo, respectivamente, à mãe da autora e ao pretense pai a situação de criada e de patrão.

Assente, pois, o concubinato *more uxorio*, e estabelecido que a autora nasceu em 16 de Agosto de 1889, como o comprova a certidão de fil. é evidente que o período da concepção decorreu de 19 de Outubro do ano anterior a 6 de Fevereiro daquêlê ano, e, por consequência, durante aquêlê concubinato que só terminou, como ficou dito, no fim de Março seguinte.

Verifica-se, pois, integralmente, o primeiro fundamento aduzido para a admissão da acção.

Quanto ao da «*posse de estado*», o Tribunal Colectivo deu por provado: que o pretense pai chamava filha à autora abençoava-a e consentia que ela lhe chamasse pai; e que o público também como tal a reputava, chamando-a até pelo nome de «Cecília Taipas», por aquêlê chamarem também «Domingos das Taipas» — respostas aos quesitos 3.º e 4.º; e deu por não provado que êste protestasse contra essa reputação pública, que se referisse com desprêso à autora, que mostrasse aversão por ela e que pretendesse agredir o seu marido, por êste lhe pedir a benção — resposta às alíneas a), b) e c) do quesito 8.º.

Ora, perante tal decisão tomada pelo referido tribunal dentro da sua competência de julgador de facto, e inalterada pela Relação, tem de se haver por irrevogavelmente firme que o Taipas considerava a autora sua filha e que nessa reputação era acompanhado pelo público.

É certo que desde que a autora casou contra a vontade dêle, o Taipas deixou de manifestar por ela o sentimento até então manifestado e que nessa atitude se manteve até vésperas de falecer — resposta ao citado quesito 3.º *in-fine*; mas se o facto só por si não induziria, em quaisquer circunstâncias, prova de reconsideração da paternidade revelada, muito menos a induz no caso dos autos, por o reatamento das relações interrompidas darem a êsse facto o manifesto carácter de arrufo de pai contrariado, — e nada mais.

De resto, êle não limitou o seu procedimento com relação à autora a chamar-lhe filha e a consentir que esta lhe chamasse pai: salvo o período do arrufo, dispensou-lhe os seus affectos paternos, e, dentro das suas posses, alimentou-a, vestiu-a, e teve-a por alguns anos na sua companhia, ajudado, até, nessas despesas por seu irmão Joaquim, durante o tempo em que viveram juntamente — respostas aos quesitos 5.º e 6.º.

Todos êstes factos, devidamente relacionados, envolvem sem a menor dúvida *posse de estado* porque concretizam satisfatoriamente os requisitos de «reputação e tratamento» em que essa posse consiste, por definição legal; e, assim, não pode deixar de ser havido também por verificado êsse fundamento da acção.

Pelo exposto, e porque a Maria Clara foi mulher honesta antes e durante a con-

cepção, que se realizou, como vem dito e provado, dentro da situação do concubinato dela com o E., é claro que nada existe nos autos que obste à legítima presunção de o nascido da autora provir das relações sexuais de sua mãe com o nomeado concubino.

Por consequência, procede a acção, como corretamente decidiram e julgaram as instâncias.

Negam, portanto, a revista, com custas pelos recorrentes.

Lisboa, 25 de Junho de 1940.

Avellino Leite; F. Mendonça; Flôres; Mourisca; Teixeira Direito.

ANOTAÇÃO

I — Dá-se no acórdão como assente («noção geralmente conhecida e aceite») que a *convivência como marido e mulher* do n. 5 do art. 18 do Dec. 1 de 25 de Dezembro de 1910, é a convivência com *comunhão de habitação, de mesa e de leito* (*quoad thorum et mensam et habitacionem*). Dai o considerar que, dando o tribunal como verificado o «convívio como marido e mulher», deu igualmente como verificados os factos da *comunhão de habitação, de mesa e de leito*, que naquêles estão implícitos.

A conclusão é certa e decorre logicamente das premissas: restas saber se são igualmente certas as premissas...

No plano dos elementos de admissibilidade e de procedência da acção de investigação de paternidade ilegítima; duas correntes se opõem: a corrente *benévola* ou *liberal* (que considera certos factos suficientes para a procedência) e a corrente *severa* ou *rigorista* (que exige não só maior rigôr na prova como ainda a existência de mais factos além dos considerados suficientes pela outra corrente).

Acêrca da convivência como marido e mulher, à corrente que exige a *comunhão quoad thorum et mensam et habitacionem*, (seguida pelo acórdão e por outros arestos, alguns dos quais o Sr. Dr. SIMÕES CORREIA cita a pág. 140 do seu

livro *Da Investigação da Paternidade Ilegítima*) e à corrente (essa excessivamente rigorista) que exige uma convivência, do homem e da mulher, em *pé de igualdade*, — opõe-se a corrente dos que não exigem tal *comunhão*, considerando suficiente, para caracterizar aquela *convivência*, que o homem e mulher tenham tido relações íntimas e estáveis durante o período da concepção, e que a mulher haja guardado fidelidade ao homem.

Enfileiramos entre os que seguem esta última doutrina. A afirmação do acórdão, de que é «noção assente» a doutrina contrária, afigura-se-nos de todo o ponto discutível.

Não nos parece que a lei, ao falar em convivência *como marido e mulher*, tenha querido exigir um verdadeiro *casamento de facto*, a que apenas faltasse a sanção legal para ser um *casamento de direito*.

Uma tal situação está inteiramente fóra dos nossos costumes. A regra entre nós — é o casamento; a união ilegítima — é a excepção. E o homem e a mulher que se decidem a fazer uma vida totalmente em comum, acabam mais tarde ou mais cedo por casar. Supôr que a lei, ao falar de «*convivência como marido e mulher*», se quiz referir a *casamento de facto* ou *uniões livres* (que só excepcionalmente se verificam) seria admitir que o legislador de 1910 desconhecia em absoluto a realidade.

No entanto, é certo que a expressão «*marido e mulher*» existe na lei. E é forçoso encontrar-lhe o seu significado.

É evidente que a prova máxima da paternidade é a do acto sexual que originou o filho. Apenas porque essa prova é humanamente impossível se lança mão, para a suprir de elementos cada vez menos próximos daquela fonte imediata, mas todos tendentes à sua averiguação.

A certeza da paternidade é sempre, portanto, ou uma certeza moral ou uma certeza legal. Porisso só pode obter-se mediante essa outra certeza: a da fidelidade da mulher ao homem. No casamento, a fidelidade presume-se (donde a presunção legal acerca dos filhos do matrimónio); no concubinato, admite-se (donde a necessidade da sua prova).

Temos, assim, o factor comum a todos os elementos do art. 34 do Dec. n. 2: tanto na «*posse de estado*» como no «*escrito do pai*», como na «*convivência*» como na «*sedução*», como no «*estupro ou rapto*» se procura a prova da fidelidade da mulher ao homem, que em si contém a prova humana possível do acto sexual que originou o filho.

No casamento, os deveres dos cônjuges são (art. 38.º do Dec. n.1): 1.º guardar mutuamente fidelidade; 2.º viver juntos; 3.º socorrer-se e ajudar-se reciprocamente.

Temos, desde já, que a lei não obriga os cônjuges a comer à mesma mesa, nem a dormir no mesmo leito, nem a tratar-se em pé de igualdade. Porque há de exigir-se tudo isto na «*convivência como marido e mulher?*»

Além disso, o casamento é um contrato que tem por fim «constituir a família»: os filhos são a sua consequência normal. Pelo contrário, os filhos ilegítimos são, quasi sempre, a consequência puramente accidental duma ligação íntima

de um homem e de uma mulher, que não se propuzeram, em principio, «constituir família» no sentido que a lei atribui ao casamento. Quando, numa ligação ilegítima, os filhos nascem, o casamento surge depois como uma consequência daquêlê nascimento. Isto é: no casamento parte-se dêste para os filhos; na ligação ilegítima parte-se dos filhos para o casamento.

O legislador de 1910 não podia deixar de ter tido em conta a realidade para a qual legislava. E a realidade era — como ainda hoje o é — que nenhum homem nem mulher se propõem, ligar-se para constituírem ilegitimamente um lar e dar origem a prole ilegítima, mas que é vulgar a ligação de mero prazer em que de repente surge um filho. E foi esta inegavelmente a situação que a lei contemplou.

Dos deveres impostos aos cônjuges pelo art. 38 do Dec. n. 1, dois nada têm com a paternidade: o dever de cohabitação e o dever de socorro e ajuda reciprocos. Apenas um é fundamental para o prova da paternidade: o dever de fidelidade (da mulher, evidentemente).

São, portanto, dois os argumentos fundamentais que opomos aos que defendem que a «convivência» deve ser de habitação, de mesa, e de leito:

1.º (de ordem formal) — Os deveres de comunhão de mesa e de leito não são impostos aos legais «marido e mulher». Não podem, por maioria de razão, ser impostos a quem não é «marido e mulher».

2.º — (de ordem substancial) Ao pretender demonstrar-se a paternidade procura-se, essencialmente, a prova do acto sexual que originou o filho, e ela está implícita na prova da fidelidade da mulher ao homem. Esta é, porisso, a prova fundamental (e bem pode dizer-se: única) a produzir; a comunhão de habitação, de mesa e de leito não constituem elementos

da fidelidade, nem a significam, embora possam com ela coexistir.

Accessoriamente, outros argumentos podem apresentar-se; mas não queremos alongar esta nota, que excede já os limites que nos foram concedidos.

O n. 5 do art. 34 pretendeu alcançar a prova da fidelidade da mulher, estabelecendo um minimo abaixo do qual não fôsse de admitir. Tal como se dissesse: *para que um individuo possa declarar-se legalmente filho de certo homem e de certa mulher é essencial que estes hajam convivido de maneira que, tal-qual marido e mulher, das suas relações podesse ter nascido esses filhos, dada a fidelidade guardada pela mulher.*

A fidelidade é, sempre, o elemento fundamental: os restantes — comunhão de habitação, de mesa ou de leito, tratamento em p^{te} de igualdade, etc., — devem ser considerados em tanto quanto ajudem (ou se opponham) à prova daquelle, sabido que uma convivência prolongada entre homem e mulher, durante a qual esta lhe guardou fidelidade como se fôsse casada, po-

derá impôr ao homem determinados deveres morais para com ella, que se traduzirão em manifestações iguais às que o homem casado dedica à sua esposa legitima.

Será preciso dizer, por fim, que discordamos do acórdão, e que lamentamos ver o Supremo seguir uma doutrina a que há a fazer tanta reserva sob o ponto de vista jurídico — que consideramos humanamente injusta e socialmente errada?

II — O ponto sumariado sob o n. 2 parece-nos de aceitar inteiramente. De notar é que o Supremo adopta o que supomos ser a boa doutrina quando não exige a continuidade na «posse de estado». Evidentemente, é necessário — e o acórdão salienta-os — que a solução de continuidade não tenha a sua origem em alteração da convicção do pai acerca da sua paternidade. Em outra oportunidade faremos algumas considerações acerca deste problema.

”

F. DE A. F.