

A PRESUNÇÃO DA MORTE E O IMPEDIMENTO DO VÍNCULO

Pelo Dr. JOÃO DE ALMEIDA

I PARTE

A ausência e a presunção de morte

CAPITULO I

SUMÁRIO :

AS DIVERSAS FASES DA AUSÊNCIA E AS CORRESPONDENTES PROVIDÊNCIAS DA LEI

1 — Ausência. Noção geral e justificação do instituto.

2 — As fases da Ausência :

a) — Ausência até 4 anos.

b) — Ausência de mais de 4 e menos de 20 anos, não havendo filhos, ou 10, havendo filhos.

c) — Ausência de mais de 20 anos, não havendo filhos, ou 10, havendo filhos, ou ainda, tendo o ausente completado 95 anos de idade.

— As providências que a lei estabelece durante o estado da Ausência :

a) — Posse temporária dos bens do ausente, em Curadoria Provisória.

b) — Posse temporária dos bens do ausente, em Curadoria Definitiva.

c) — Posse temporária dos bens do ausente, extinta a Curadoria Definitiva.

CAPÍTULO I

As diversas fases da ausência; e as correspondentes providências da lei

1 — AUSÊNCIA. *Noção geral.*

Ausente, é toda a pessoa que tenha desaparecido do seu domicílio ou residência, sem que dela haja notícias, nem tenha deixado procurador ou quem legalmente administre os seus bens (art. 55.º do Código Civil).

Desta definição resulta que são dois os elementos característicos da *Ausência* em sentido jurídico (1) :

- a) a não presença no domicílio ou residência
- b) a falta de notícias ou de representante.

A simples existência do primeiro elemento não constitue *Ausência* mas sim *Não presença*, para a qual a lei não estabelece tratamento especial, submetendo-a às normas geral. «Não há que providenciar sobre os bens e direitos do *não presente*, já porque não se deve tolher a ninguém a faculdade de se ocultar, já porque um indivíduo que, seguramente, está vivo, tem a obrigação de zelar os seus próprios interesses, pondo-os a coberto dos efeitos do seu afastamento» (2).

Sòmente, pois, a concorrência daqueles dois elementos, dá origem ao estado de *Ausência*.

Não se deve também confundir com *Ausência* a situação que resulta do *desaparecimento em consequência de desastre que deva ter produzido a morte do desaparecido* (3).

Neste caso, «não há que declará-lo como *ausente*, mas sim

(1) Dizemos *Ausência* em sentido jurídico, para vincar bem a distinção entre esta acepção, técnico-jurídica, da expressão, e aquela outra vulgar e mais lata, por vezes empregada pela própria lei (arts. 390.º, 1.116.º, 1.117.º § único, etc.), abrangendo também a simples *Não presença*.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE et FOURCADE. II, 1057, in CUNHA GONÇALVES, Tratado de Direito Civil, vol. II, 141, pág. 56.

(3) Neste caso existe, segundo LUZZATO, uma *certeza indirecta de morte*.

«Embora não seja possível a verificação directa da morte, os indícios graves e as circunstâncias nas quais o desastre se verifica, dão a verdadeira convicção

proceder à justificação judicial determinada nos arts. 344.º a 348.º do Código do Registo Civil; e em seguida lavar-se o respectivo assento de óbito» (1).

Ausência é, pois, a não presença no domicílio ou residência, sem que seja em consequência de desastre e não havendo notícias do não presente, nem tendo ele deixado representante.

Continua o art. 55.º, dizendo que «se for necessário prover a este respeito (administração dos bens do ausente) ser-lhe-á (ao ausente) dado curador pelo juiz competente». E nos artigos seguintes, vêm enumeradas e disciplinadas as providências a estabelecer, em vista da administração dos bens do ausente.

Porquê, esta interferência da lei na esfera jurídica do ausente?

Não é difícil a resposta. O próprio art. 55.º no-la fornece, na condição a que submete a sua aplicação: «se for necessário prover a este respeito» (a respeito da administração dos bens do ausente).

A resposta, pois, é só esta: a interferência da lei na esfera jurídica do ausente, justifica-se pela «*necessidade de administração dos bens do ausente*». É por isso que, quando falta esta necessidade, como, por exemplo, se o ausente não tem bens, não há lugar às providências da lei, pelo menos na primeira fase da Ausência (2).

de que ela ocorreu efectivamente, e nestes casos pode imediatamente fazer-se a sua certificação.»

LUZZATO, «Per una legge sulla scomparsa e sull accertamento (indiretto) dei decessi: progetto ed osservazioni» (in Riv. di Dir. Comm., 1925, I, pág. 441), citado por CALLEGARI, no seu artigo «In tema di assenza e di scomparsa» (note critiche), in Rivista per le Scienze Giuridiche, anno II, 1927. Veja-se, a este propósito, a doutrina, particularmente interessante, formulada e proposta por aquele autor.

(1) CUNHA GONÇALVES, ob. e vol. cit., 141, pág. 57.

(2) Segundo GUILHERME MOREIRA, «Instituições de Direito Civil», vol. I, pág. 215, «a necessidade da conservação dos bens do ausente, só num caso se não poderá dar: o de pertencer ao ausente a propriedade dos bens de que seja usufrutuário um terceiro, enquanto durar esse usufruto».

É certo que, atendendo ao rigor gramatical da expressão, a *necessidade* de conservação dos bens, sòmente existe ou não existe, havendo bens. Mas é evidente que, para os efeitos do artigo 55.º, também podemos considerar como desnecessária a conservação dos bens, quando eles não existem.

Efectivamente, para que tais providências se apliquem, é necessário que alguém as requeira. E quem as requererá, sabendo-se que a execução da sentença que as conferir, consiste na entrega dos bens (art. 1.111.º e 1.505.º do Código de Processo Civil), e estes não existem? De resto, ainda quando fossem requeridas, decerto a acção seria julgada improcedente.

A administração, tendente à conservação e melhoramento do património do ausente, eis, pois, a justificação do instituto da Ausência.

2— FASES DA AUSÊNCIA E RESPECTIVAS PROVIDÊNCIAS DA LEI

As providências que a lei estabelece, em protecção dos bens do ausente, variam com o maior ou menor grau da Ausência.

Alguns autores distinguem na Ausência três fases: a *Ausência Presumida* (até 4 anos), *Ausência Declarada* (de 4 a 20 anos) e a *Morte Presumida* (de mais de 20 anos) fazendo corresponder-lhes, respectivamente, as seguintes providências: *Curadoria Provisória*, com a mera administração dos bens, *Curadoria Definitiva*, com a posse temporária dos bens, e a *entrega (posse) definitiva dos bens do ausente aos herdeiros* (1).

Tal designação das fases da Ausência, e respectivas providências, não nos parece exacta. Quanto às primeiras, porque não há na nossa lei qualquer presunção que justifique uma terceira fase de Morte Presumida, nem a designação de Ausência Presumida se ajusta bem ao primeiro período da Ausência.

Quanto às segundas, porquanto, não nos parece nítida a distinção entre *Posse temporária* e *Posse Definitiva dos bens do ausente*.

Os herdeiros recebem os bens do ausente a título, sempre, provisório, temporário, tanto nos casos de Ausência de quatro

(1) É a distinção feita em França. Mas aí, ao contrário do que sucede entre nós, é o próprio Código Civil, o primeiro a fazer tal distinção (liv. I, tit. IV, caps. I e II).

a vinte anos, como nos de Ausência de mais de vinte anos ou tendo o ausente 95 anos de idade.

Basta ver que, em qualquer dos casos, os bens existentes ou os subrogados em seu lugar ou ainda o preço dos alienados, serão entregues ao ausente, no caso de regresso, ou aos seus descendentes (arts. 1.115.º do Código de Processo Civil e 75.º, 80.º e 94.º do Código Civil).

Mesmo na Ausência até 4 anos, o Curador provisório tem a posse temporária dos bens do ausente (arts. 1.505.º e 1.506.º do Código de Processo Civil e 58.º do Código Civil). Porquê, somente na 2.ª fase, se há-de, pois, falar de Posse temporária e, na última fase, de Posse definitiva?

A posse dos bens do ausente, é sempre temporária, durante todas as fases da Ausência. Posse definitiva é qualquer coisa que se identifica com propriedade. Ora, os herdeiros nunca têm a propriedade dos bens do ausente. O próprio art. 79.º, ao dizer «podem dispor dos bens do ausente *como seus*» mostra que tais bens não lhes pertencem, mas que podem dispor deles, *como se fossem seus*, embora, realmente, o não sejam.

«Teòricamente, pois, é sempre o provisório que continua, mas que, de facto, à medida que os anos passam, se aproxima praticamente do definitivo, cuja realidade jurídica o legislador tem escrúpulos em reconhecer» (1).

De resto a própria distinção entre *Posse temporária* e *Posse definitiva* é de per si duvidosa (2).

(1) JOSSEERAND, «Cours de Droit Civil», vol. I, 3.ª ed., 202, pág. 146.

(2) JOSÉ TAVARES, «Princípios Fundamentais de Direito Civil», vol. I, 200, págs. 809, 810, fala antes de propriedade resolúvel, em vez de posse definitiva, porque «não se trata de simples posse, mesmo qualificada de definitiva, pois que a lei confere aos herdeiros e legatários do ausente, o direito de dispôr dos bens como seus (art. 79.º), atribuindo-lhes um verdadeiro direito de propriedade, embora resolúvel (arts. 2.167.º e 2.171.º)».

Mas, a verdade é que, quer se trate de posse definitiva, quer se trate de propriedade resolúvel, a dúvida subsiste.

Com efeito, como distinguir a propriedade resolúvel, da posse? «O verdadeiro direito de propriedade, diz JOSÉ TAVARES, ob. e vol. cit. 184, pág. 622, é a resultante de 3 elementos: a) o *poder* de dispôr duma coisa; b) a *pertença* da

Há, no entanto, fora de dúvida, diferença entre as várias formas de posse, durante os períodos da Ausência. Há. É uma diferença de grau na sua provisoriiedade. Esta diminue, à medida que a Ausência se prolonga. É máxima na primeira fase, e mínima na última. É que, à medida que a Ausência se prolonga, menores vão sendo as probabilidades de regresso do ausente, pelo que a lei vai concedendo poderes cada vez maiores aos seus representantes.

Começa por conferir os bens, com meros poderes de administração, aos curadores provisórios, depois defere-os aos curadores definitivos já com os direitos de fruição e alienação, quanto aos mobiliários, e, finalmente, acaba por entregar os bens do ausente aos seus herdeiros, com o poder de livre disposição. Como se vê, os poderes dos representantes do ausente vão a pouco e pouco *desprovisoriando-se*, sem, contudo, atingirem o definitivo. É isto, porque as probabilidades de morte do ausente, que, sem dúvida, vão crescendo, não chegam a atingir, na terceira fase da Ausência, aquela força e seriedade necessárias para originar uma Presunção legal de morte (1).

Eis, pois, porque eliminamos da Ausência a fase da Morte Presumida. Nem se vê bem porque razão há-de haver uma fase intitulada Morte Presumida, se não lhe forem atribuídos os mesmos efeitos da morte verificada.

Se ela tem os mesmos efeitos da morte verificada, então a entrega dos bens aos herdeiros deveria ser definitiva e irrevogável, e a lei diz precisamente o contrário (arts. 80.º e 89.º). Se não tem

coisa ao titular do poder, isto é, a «exclusão dos poderes de terceiros; c) o fim jurídico ou lícito do exercício do poder».

O poder e a *pertença* são, pois, essenciais para caracterizar a propriedade. São aquilo que já os romanos designavam por *Dominium e Proprietas*. Ora onde está a *pertença*, a *proprietas*, no poder dos herdeiros sobre os bens do ausente? Tal poder não será antes uma forma de posse? A propriedade resolúvel, não será, afinal, também uma forma de posse?

(1) Há casos, mesmo, em que as probabilidades, pelo contrário, são no sentido da vida. Por exemplo, quando se trata de desaparecimento em seguida a crime, ou por outras razões que façam crer na existência do desaparecido: LUZZATO, obr. cit.

os mesmos efeitos da morte verificada, então, melhor é procurar outra designação para esta fase da Ausência, como nós fazemos.

Só uma Presunção legal de morte poderia atribuir à Ausência os mesmos efeitos da morte verificada. Mas, nem a lei estabelece tal presunção em nenhuma das suas disposições, como isso mesmo resulta, também, inequivocamente, dos arts. 80.º e 89.º. Na Ausência é dominante a incerteza sobre a vida ou sobre a morte do ausente. O ausente jámais é tido como morto, reinando sempre a máxima incerteza àcerca da sua existência. Como diz TRONCHER, o ausente não está vivo nem morto (1).

Não é pois, a Ausência, em si, pela sua duração, que leva à Presunção legal de morte. Se é certo que as probabilidades de morte aumentam com o prolongamento da Ausência, não é menos certo nunca passarem de probabilidades que não legitimariam qualquer Presunção legal.

Nem tampouco se invoque a Presunção legal, como fundamento das providências contidas na lei em qualquer das fases da Ausência.

«As várias providências admitidas pela lei, são sempre estabelecidas em consideração com os diversos graus da incerteza da existência do ausente, a qual aumenta progressivamente no sentido da morte, mais do que no da vida, mas nunca, exclusivamente, sobre a presunção de vida ou de morte» (2).

Tais providências fundam-se mais na conservação do património do ausente, quer no interesse público, quer nos interesses, do próprio ausente, dos herdeiros ou de terceiros, do que em qualquer Presunção legal de vida ou de morte. Mais adiante veremos como não há, na nossa lei, qualquer Presunção legal de morte.

A designação de *Ausência Presumida* para a primeira fase da Ausência, é também errónea, porquanto esta é mais que certa e provada (3).

O dizer-se de alguém, que é presumido ausente, pressupõe

(1) V. PLANIOL, «Traité de Droit Civil», 3.^a ed., vol. I, pág. 227.

(2) LAURENT, II, n.º 122, pág. 155.

(3) CUNHA GONÇALVES, obr. e vol. cit., 143, págs. 63 e 64.

não chegado ainda o momento em que essa pessoa deva ser considerada ausente.

A que título se vai considerar ausente uma pessoa, somente depois de terem decorrido 4 anos após o seu desaparecimento, ou das últimas notícias?

Nem a lei fala nunca em Ausência presumida, como até, no art. 64.º, ao dizer «decorridos 4 anos, depois do dia em que desapareceu o ausente...» mostra, claramente, que o desaparecido é já ausente, antes do decurso daqueles 4 anos. Isto mesmo resulta da própria definição de Ausência.

Se Ausência é o desaparecimento do domicílio ou residência, sem que haja notícias do desaparecido... etc..., desde que tal desaparecimento se dê, em tais circunstâncias, temos logicamente de concluir que o desaparecido é um *ausente*, independentemente de qualquer decurso de tempo.

De resto, o próprio Código lhe chama *ausente* nos §§ 1.º e 2.º do art. 55.º, bem como nos arts. 56.º, 57.º, 58.º; 59.º, 60.º 62.º e 63.º, n.ºs 1, 2 e 3.

Concluindo, há, pois, na Ausência as seguintes fases :

- 1.ª — *Ausência até quatro anos* (arts. 55.º e 64.º).
- 2.ª — *Ausência de mais de quatro mas menos de vinte anos, não havendo filhos, ou dez, havendo filhos* (arts. 64.º, 79.º, 87.º e 91.º).
- 3.ª — *Ausência de mais de vinte anos, não havendo filhos, ou dez, havendo filhos, ou, ainda, tendo o ausente completado 95 anos de idade* (arts. 79.º, 87.º e 91.º) (1).

Correspondem-lhes, respectivamente :

- 1.ª — *A posse temporária dos bens do ausente, em Curadoria Provisória.*
- 2.ª — *A posse temporária dos bens do ausente, em Curadoria Definitiva.*
- 3.ª — *A posse temporária dos bens do ausente, extinta a Curadoria Definitiva.*

(1) V. DIAS FERREIRA, «Código Civil», vol. 1, pág. 64; JOSÉ TAVARES, obr e vol. cit., 200, págs. 809 e 810; GUILHERME MOREIRA, obr. e vol. cit., pág. 211.

CAPITULO II

SUMÁRIO :

- 3 — Não há Presunção legal (*praesumptio juris*) de Morte em qualquer fase da Ausência.
- 4 — Nem tampouco existe uma Presunção natural (*praesumptio facti*) de Morte em qualquer fase da Ausência.
- 5 — Há, no entanto, na terceira fase, uma Presunção de Morte que, não sendo legal nem natural, reveste a natureza de simples probabilidade, suposição, e, como tal, irrelevante.
- 6 — O fundamento das providências da lei, durante as fases da Ausência, é sempre a conservação do património do ausente.
- 7 — A Presunção de Morte como elemento da razão de ser da lei.
- 8 — Carácter excepcional das disposições dos artigos 79.º, 83.º e 91.º.

CAPÍTULO II

3 — NÃO HÁ PRESUNÇÃO LEGAL DE MORTE (*PRAESUMPTIO JURIS*) EM NENHUMA FASE DA AUSÊNCIA

a) — NA AUSÊNCIA ATÉ QUATRO ANOS

Conforme já salientámos atrás (1), a Curadoria Provisória só será instaurada «se for necessário prover à administração dos bens do ausente» (art. 55.º).

Isto mostra, claramente, que não é qualquer Presunção legal de morte que origina a Curadoria. Se não for necessário prover à administração dos bens do ausente, a Curadoria Provisória não terá lugar.

O fundamento desta é, única e exclusivamente, a conservação do património do ausente, quer no interesse público, que exige os bens num estado que não prejudique a Economia Nacional, quer no interesse do ausente, em encontrar o seu património conservado e por ventura melhorado, quer no interesse dos seus herdeiros, em não sofrerem um possível prejuízo, no futuro, com a

(1) V. pág. 3.

deterioração a que os bens ficariam sujeitos com o abandono, quer, finalmente, no interesse de terceiros, crêdores e sócios, que, evidentemente, desejam a conservação do património do ausente.

E tanto isto é assim, que, independentemente da Curadoria Provisória, poderão ser estabelecidas, outras Providências Conservatórias aos bens abandonados pelo ausente, desde que se torne «necessário acautelar a perda ou a deterioração» deles (art. 1.502.º do Código de Processo Civil).

É absoluta e manifestamente descabida a ideia de Presunção legal de Morte, nesta primeira fase da Ausência.

b) — NA AUSÊNCIA DE MAIS DE QUATRO, MAS MENOS DE VINTE ANOS, NÃO HAVENDO FILHOS, OU DEZ, HAVENDO FILHOS (1).

Justificada a ausência, depois de tentadas todas as investigações e informações com a máxima publicidade (arts. 1.507.º e seg. do Código de Processo Civil), sem delas ter resultado mais do que a falta de notícias, entendeu o legislador que devia consolidar as providências já tomadas e tomar novas providências no interesse dos herdeiros e dos que têm direitos dependentes da morte do ausente. E isto, porque um abandono demorado do património prejudicá-los-ia e poderia mesmo prejudicar o ausente, como no caso de ele ainda ser vivo.

Pelo contrário, o ausente será beneficiado entregando-se o património aos seus herdeiros, que têm interesse em conservá-lo e melhorá-lo.

Ninguém melhor do que eles está indicado para tomar conta dos bens. Pois, se por morte do ausente, os bens virão a pertencer-lhes em sucessão, então, em caso de Ausência, como os bens, no interesse público e nos interesses privados, devem ser entregues a alguém que os conserve e administre, nada mais lógico do que entregá-los aos que serão seus futuros proprietários, aos herdeiros (2).

(1) Seguimos nesta alínea, muito de perto, o ilustre autor italiano BIANCHI, «Corso di diritto», vol. IV, n.º 134, págs. 443 e 444.

(2) V. neste sentido BIGOT-PRÉAMENEU, in LAURENT, obr. e vol. cit. n.º 117, págs. 147 e segs.

Mas é preciso reparar que a posse dos bens do ausente, em que os seus herdeiros são imitados, é uma posse temporária e cercada de todas as cautelas em favor do ausente, para o caso de ele regressar (formação de inventário e caução). Não há propriedade plena por parte dos possuidores, mas só direitos de administração.

Haverá aqui uma Presunção legal de morte, como querem alguns autores? (1).

Ou não é, antes evidente, que tudo se funda na incerteza da vida ou da morte do ausente, uma vez que se tomam tantas cautelas no seu interesse, para o caso de ele voltar?

É claro que as probabilidades de morte aumentaram consideravelmente. Mas, daqui a falar-se em presunção legal de morte, vai uma grande distância.

O ponto de partida daqueles autores, que defendem a existência da Presunção legal de morte nesta segunda fase da Ausência, é a abertura do testamento, a que o juiz procede, antes de deferir a Curadoria Definitiva (entre nós, art. 66.º).

Como os testamentos só se abrem por morte do testador (arts 1.735.º, 1.968.º e 1.933.º), daí que, no caso presente, exista uma Presunção legal de morte, para explicar aquela sucessão testamentária. Mas, a verdade é que a abertura do testamento compreende-se perfeitamente, sem necessidade de recorrer à Presunção legal de morte.

Como o próprio art. 66.º o diz, na sua parte final, a abertura do testamento é feita a fim de o tomar na devida consideração, no deferimento da Curadoria. Sendo assim, e reconhecida a idoneidade dos herdeiros para requererem a Curadoria, os herdeiros testamentários tinham de ser preferidos aos restantes. De resto, se assim não fosse, como se compreenderia que o art. 1.933.º do Código Civil viesse expressamente referir-se ao caso do art. 66.º?

A lei, quando estabelece presunções legais, quer que se atribuam ao facto, presumido como verdadeiro, os mesmos efeitos

(1) PROUDHON, «Traité sur l'état des personnes», I, II, pág. 277; DEVINCOURT, I nota, 7, pág. 50; DURANTON, I, 380, 389, 484, citados por BIANCHI, obr. e vol. cit., pág. 448.

do verdadeiro. Se a Ausência fosse Presunção legal de morte, então ela teria os mesmos efeitos da morte, e nem o art. 66.º teria razão de existir, como o art. 1.933.º também não tinha que se lhe referir. A não entendermos assim, para que servirão as presunções legais? Elas serão inúteis, se os seus efeitos tiverem de ser indicados, caso por caso, e não resultarem directamente das Presunções (1).

c) — NA AUSÊNCIA DE MAIS DE VINTE ANOS, NÃO HAVENDO FILHOS, OU DEZ, HAVENDO FILHOS, OU, AINDA, TENDO O AUSENTE COMPLETADO 95 ANOS DE IDADE.

Nesta terceira fase, somente uma Presunção legal de morte do ausente justificará o poder de livre disposição dos bens, que os arts. 79.º, 87.º e 91.º conferem aos herdeiros do ausente? (2).

É certo que os empossados nos bens do ausente deixam de ser simples administradores, para passarem a agir como proprietários, ficando isentos de todos os encargos e cauções e podendo dispor livremente dos bens (arts. 79.º e 87.º).

«Parece, pois, haver aqui, em virtude da lei, e da qualidade de herdeiros do ausente logo a seguir à posse, uma transmissão, para eles, da propriedade dos bens, a título de sucessão hereditária, o que revelaria, assim, uma Presunção legal de morte. Mas não. O que há, é uma modificação nas características da posse, que, concedida quando da primeira fase da Ausência, com meros poderes de administração, e aumentada na segunda fase com os poderes de fruição e alienação, quanto aos mobiliários, é agora completada com o poder de livre disposição.»

(1) Há uma outra corrente, segundo a qual, nesta fase da Ausência, a ideia prevalecente é a dum equilíbrio entre a presunção de morte e a presunção de vida. Este equilíbrio que não existe na primeira fase, onde domina a presunção de vida, desfaz-se na terceira fase com a prevalência da presunção de morte. ZACHARIAE, AUBRY e RAU, I, 148 n.º 3; DALLOZ, Rép. V.º Absence, n.º 426, citados por BIANCHI, obr. e vol. cit., pág. 450.

(2) V. MERLIN, Questions V.º Absent, III; LEDRU-ROLLIN, Rép. V.º Absence, 339, 340; e ainda os autores citados em nota (2) a pág. 10; entre nós, esta é a doutrina dominante.

«É sempre a simples posse, instituto de índole inteiramente especial, que pode assemelhar-se à sucessão, sem contudo se confundir com ela.» (1)

«A lei não faz mais do que satisfazer a conveniência que, depois duma Ausência tão demorada, havia, quer no interesse público, quer nos interesses do ausente, dos herdeiros ou de terceiros, em diminuir, talvez acabar, este estado de provisoriedade em que estava a administração dos bens do ausente.»

«Em nenhum estado da Ausência, pois, há Presunção legal de morte. A existência do ausente é sempre incerta.» (2)

«A incerteza legal nunca cessa completamente : se a presunção de vida ou de morte obtêm, alternadamente uma sobre a outra, uma certa prevalência sob aspectos parciais, nem uma nem outra prevalece, porém, absolutamente e sem limitações, sobre todos os pontos. Mais seguro é, portanto, não afirmar, sobre este argumento, nenhuma proposição absoluta : e é justamente com isto que a lei se conforma, não tendo ela consagrado em nenhum texto, a este propósito, verdadeiras presunções.» (3)

A lei não estabelece, pois, em nenhuma disposição, qualquer Presunção legal de morte. Se a estabelecesse, então, quando houvesse contradição entre as verdades natural e legal — o que sucederia quando o ausente estivesse vivo, mas legalmente presumido morto — a segunda prevaleceria, uma vez que, reconhecida a legitimidade do Estado, reconhecida é também a soberania das leis : o que não sucede, porquanto o ausente tem a faculdade de recuperar os seus bens (arts. 80.º, 89.º e 94.º).

Há ainda uma consideração, que nos parece decisiva, no sentido de afastar a ideia de qualquer Presunção legal de Morte, e é a seguinte : a diferença de anos decorridos, necessários à instalação das providências relativas ao terceiro período da Ausência, conforme o ausente tenha ou não filhos. Tendo filhos, bastam dez anos (art. 91.º); não tendo, são precisos 20 (art. 87.º).

Como se compreende que o mesmo indivíduo possa ser presu-

(1) BIANCHI, obr. e vol. cit. n.º 134, págs. 445 e seg.

(2) Idem, ibidem.

(3) DEMOLOMBE, II, n.º 11.

mido morto, passados 10 ou 20 anos de Ausência, conforme tenha ou não filhos? Em que é que os filhos poderão fazer ou desfazer a presunção?

O ausente sem filhos, presume-se morto ao fim de 20 anos. Mas se tiver filhos, essa presunção já tem lugar ao fim de 10 anos!

Qual o critério desta distinção? Porventura a existência de filhos faz diminuir as probabilidades de morte do pai?!

Pelo contrário, tal distinção já se compreenderá, se atendermos às necessidades da família, que exige que o património do seu chefe lhe seja entregue, afim de com ele prover ao seu sustento. Havendo filhos, nada mais justo que, no interesse deles, o tempo da Ausência, necessário para originar a entrega dos bens do ausente, seja reduzido.

4 — NEM TAMPOUCO EXISTE UMA PRESUNÇÃO NATURAL (PRAESUMPTIO FACTI) DE MORTE EM QUALQUER FASE DA AUSÊNCIA

A presunção de facto, é aquela que resulta da experiência, da normalidade dos factos, das regras da vida, *sendo livremente apreciada pelo juiz* (art. 2.519.º do Código Civil) (1).

Daqui se vê já, que não existe na Ausência uma Presunção natural de morte. A existir tal presunção, o juiz, usando do livre arbítrio que o art. 2.519.º lhe concede, poderia, quando assim o entendesse, presumir o ausente como vivo.

Mas como não podia deixar de aplicar a lei, daí que nas hipóteses dos n.ºs 4 e 5 do art. 78.º, ele tivesse de deferir aos herdeiros do ausente, os bens deste, com o poder de livre disposição (art. 79.º), apesar de não ter presumido o ausente como morto.

Isto afinal não era, senão, a negação da presunção natural de morte do ausente, uma vez que, sem tal presunção, se produziriam, à mesma, os efeitos que se queria fazer derivar, precisamente e unicamente, da presunção de morte.

(1) V. «Processo Civil», segundo as lições do Prof. Dr. MANUEL ANDRADE, n.º 49, pág. 145.

Chegamos, assim, à conclusão de que as providências da terceira fase da Ausência (arts. 79.º e seg.), e por maioria de razão as das outras duas, não são estabelecidas em virtude de qualquer presunção natural de morte.

5 — HÁ NO ENTANTO, UMA PRESUNÇÃO DE MORTE, QUE, NÃO SENDO LEGAL NEM NATURAL, REVESTE A NATUREZA DE SIMPLES PROBABILIDADE, SUPOSIÇÃO, E, COMO TAL, IRRELEVANTE

Já vimos que não se pode falar da existência duma Presunção legal nem duma Presunção natural de morte do ausente.

Mas, nem por isso nós afirmamos, de forma alguma, que não haja uma presunção: é evidente, que, depois de 20 anos, sem notícias, ou com 95 anos de idade, é inteiramente lógico *presumir*, *supôr* o ausente como morto (1).

Simplemente, é uma presunção que não tem relevância jurídica, dada a sua natureza pessoal, de simples suposição, probabilidade. Porque, pergunta-se: tal presunção afastará aquela incerteza resultante da Ausência? Só uma presunção legal acabaria com tal estado de incerteza. Então, a verdade seria uma e só uma: a verdade legal.

Desde que houvesse uma Presunção legal de morte, tudo se passava como se o ausente estivesse morto, ainda mesmo depois de provada a sua existência. A sucessão do ausente seria aberta, e o seu casamento estaria dissolvido, e tudo isto, definitiva e irrevogavelmente.

Ora, acaso a presunção, que, já vimos não ser legal nem natural, acabará como o estado de incerteza resultante da Ausência? De maneira nenhuma. Essa presunção, não é mais do que uma suposição, um julgar, é por definição, a consequência tirada dum facto conhecido, para firmar um facto desconhecido. Mas tal consequência, não sendo tirada pela própria lei (presunção legal),

(1) V. neste sentido, MARCADÉ, «Cours du Code Civil», I, arts. 123.º e 124.º, n.º 403.

nem o podendo ser pelo juiz, ponderadas as circunstâncias, e de harmonia com as regras da experiência, da normalidade dos casos (presunção natural), casos em que tudo se passaria como se o ausente estivesse morto, desaparecendo a incerteza àcerca da sua existência, no primeiro caso, definitiva e irrevogavelmente, por afirmação inegável da lei, e, no segundo, provisoriamente, até prova em contrário, tal consequência, dizíamos nós, não poderá ser necessária, logicamente imperativa. Ela não poderá pôr termo à incerteza resultante da Ausência. É uma presunção e nada mais.

Presume-se, supõe-se morto o ausente, mas é uma suposição, uma presunção, que, por não ser legal nem natural, é manifestamente arbitrária e, como tal, irrelevante.

6 — O FUNDAMENTO DAS PROVIDÊNCIAS DA LEI, DURANTE AS FASES DA AUSÊNCIA, E A CONSERVAÇÃO DO PATRIMÓNIO DO AUSENTE

Posto isto, e assente que o instituto da Ausência é destinado a proteger o património do ausente, compreender-se-à perfeitamente que o legislador tenha deferido os bens aos herdeiros, nos casos dos n.ºs 4 e 5 do art. 78.º, sem recorrer a qualquer presunção legal, e sem que, contudo, o seu espírito não tenha sido dominado pela ideia duma presunção, duma suposição de morte do ausente.

Uma coisa é certa : e é que o ausente há mais de 20 anos sem notícias, ou que tenha completado 95 anos de idade, não se sabe se está vivo ou morto. Sendo assim, e até que se soubesse se o ausente estava morto, o legislador poderia manter este estado de coisas : não interferir nos interesses do ausente, que, como não morto, mantinha todos os seus direitos, como titular duma esfera jurídica, na qual nada justificaria que alguém intercedesse.

Mas uma tal solução seria unilateral, pois atenderia sòmente aos interesses do ausente — mesmo neste caso ele seria prejudicado — desprezando os interesses público, dos herdeiros e de terceiros.

Os bens, nestes interesses, não podem permanecer em abandono. Naturalmente, eles ir-se-ão deteriorando, em prejuízo da Riqueza Nacional, dos terceiros interessados (crédores, sócios,

etc...), do próprio ausente no caso de ele ser vivo, e dos seus herdeiros, no caso de ele estar morto (1).

Daí a necessidade de providenciar a respeito da conservação do património do ausente.

Mas como o ausente, não se sabe se está vivo ou morto, em face disto, o legislador tinha dois caminhos a seguir: ou *considerar, supor, presumir vivo* o ausente, e estabelecer aquelas providências necessárias à conservação do património, mas de harmonia com tal suposição, e, então, teríamos os bens entregues a simples representantes legais; ou *considerar, supor, presumir morto* o ausente, e estabelecer também as providências necessárias à conservação do património, mas de harmonia com aquela suposição, e teríamos então os bens entregues aos herdeiros do ausente. Dentre estes dois caminhos, seria lógico escolher o menos complicado, aquele em que as coisas menos pudessem modificar-se, o que oferecesse maior estabilidade: e estava naturalmente indicado que fosse, por conseguinte, aquele em que houvesse menos probabilidades de prova em contrário.

Ora, considerar viva uma pessoa ausente, sem notícias, há 20 anos, ou que tenha completado já 95 anos de idade, era uma solução em que as providências adoptadas pela lei seriam instáveis, e quase sempre viriam a ser substituídas por outras, as que resultariam da prova em contrário, isto é, de que o ausente estava morto, o que aconteceria a maior parte das vezes.

Pelo contrário, considerando o ausente morto, as providências, adoptadas de harmonia com tal consideração, manter-se-ão quase sempre invariáveis, pois raríssimas vezes se verificará a prova em contrário, isto é, a prova da vida do ausente.

«É infinitamente raro que um ausente reapareça. Os ausentes são quase sempre indivíduos mortos, dos quais se ignora, e ignorará sempre, o momento em que morreram» (2).

Foi o que o legislador fez. *Supôs, presumiu* o ausente morto, e, com base nessa *presunção*, nessa *suposição*, ditou as providências que o interesse público e os diversos interesses privados

(1) BIANCHI, obr. e vol. cit., págs. 408 e seg.

(2) JOSÉ TAVARES, obr. e vol. cit., pág. 807.

reclamavam. Deferindo os bens a outros que não os herdeiros, a solução seria sempre instável, porquanto, ou fosse pelo regresso do ausente, ou fosse pela certeza da sua morte, haveria sempre lugar à transferência dos bens, no primeiro caso para o ausente e no segundo para os herdeiros.

Ao passo que, deferindo os bens aos herdeiros, a solução será quase sempre definitiva, visto que raríssimas vezes se operará a transferência do patrimônio dos herdeiros para o ausente. Quase sempre, porque raras vezes o ausente regressará, o patrimônio ficará definitivamente a pertencer aos herdeiros. Além de que com esta solução consegue-se a conservação e melhoramento óptimos possíveis do patrimônio do ausente, já que com ela se assegura, quase sempre, a continuidade de administração nas mesmas pessoas.

É esta, pois, a razão porque o art. 79.º concedeu aos herdeiros o poder de livre disposição dos bens do ausente. Não porque haja qualquer Presunção legal de morte, mas sim, tendo em vista a satisfação da necessidade que há em conservar o patrimônio do ausente; necessidade essa que é exigida pelos interesses, público e privado, do ausente, dos herdeiros e de terceiros. Para este efeito, os bens tanto podiam ser deferidos aos herdeiros como a estranhos. Simplesmente, deferindo-os a estranhos, o fim que se tem em vista (a conservação do patrimônio), seria deficientemente satisfeito; enquanto, entregando-os aos herdeiros, esse fim será cumprido duma forma mais eficaz.

O maior interesse dos herdeiros, na conservação do patrimônio, contrapõe-se, manifestamente, ao menor ou nulo interesse de qualquer outra pessoa, que porventura fosse colocada na sua administração.

7 — A PRESUNÇÃO DE MORTE, COMO ELEMENTO DA RAZÃO DE SER DA LEI

Se observarmos atentamente a lei, verificaremos que em nenhuma das suas disposições se estabelece qualquer presunção legal para os casos de ausência. Transcrevamos o art. 79.º: «em qualquer dos últimos três casos referidos no artigo precedente (certeza de morte, lapso de 20 anos e 95 anos de idade), ficam

os herdeiros e demais interessados aliviados da caução que houverem prestado, e *podem dispôr dos bens do ausente como seus*».

Repare-se que o artigo não diz que o ausente *é tido, tem-se como, é havido* ou *presume-se* morto, expressões estas e outras de igual inequivocidade, que a lei usa sempre que estabelece presunções (arts. 6.º, 35.º § 2.º, 37.º, 43.º, 45.º, 101.º, 478.º, 481.º § 1.º, 491.º, 495.º § 5.º, 532.º § único, etc....). A lei não declara, pois, a presunção de morte.

Mas sem dúvida, como já atrás fizemos notar, uma *ideia*, uma *suposição* de morte do ausente, influíu também na feitura daquela norma. Se o estabelecido no art. 79.º valesse apenas para os números 3 e 4 do art. 78.º, ainda a dúvida poderia surgir: bastaria que aproximássemos a situação criada pela ausência de 20 anos, com aquela outra a que dá origem o abandono dos bens por parte do proprietário não ausente, e em que se verifica a prescrição aquisitiva a favor do possuidor. Poderíamos, assim, explicar a entrega dos bens do ausente aos herdeiros, como uma aquisição por prescrição de 20 anos. A referência, porém, ao n.º 5, isto é, ao facto de o ausente ter completado 95 anos de idade, tira todas as dúvidas.

Foi, pois, manifestamente, por supôr o ausente como morto, que o legislador estabeleceu, no art. 79.º, que os herdeiros podiam dispôr dos bens do ausente como seus.

Repare-se, todavia, que *a lei não estabelece qualquer presunção*, nem expressa nem tácitamente. A lei apenas se baseia numa presunção, numa suposição, *para permitir aos herdeiros a disposição dos bens do ausente*. A presunção é um elemento da razão de ser da lei, mas não é estabelecida por ela. A lei não diz que o ausente se presume morto! O que a lei diz é que os herdeiros podem dispôr dos bens do ausente como seus, e isto *porque* o ausente se deve presumir morto!

A distinção é fundamental. Se a lei estabelecesse a presunção da morte, então tudo se passava como se realmente houvesse morte, e verificar-se-iam todos os efeitos da morte. Ora, o ausente, uma vez regressado, tem a faculdade de reaver os seus bens, os quais, por efeito da presunção, deveriam pertencer definitivamente e irrevogavelmente aos herdeiros.

Nem mesmo se compreende bem uma morte provisória!

«Seria ridículo declarar o ausente morto, e fazê-lo reviver em seguida»! (1). Quere dizer: os efeitos da morte é que, precisamente, se não verificam! Nem os herdeiros fazem seus os bens do ausente, duma maneira absoluta e irrevogável, como deveria ser, se houvesse presunção legal de morte, e, muito menos o casamento do ausente se considera dissolvido (2).

8 — O CARACTER EXCEPCIONAL DOS ARTIGOS 79.º, 83.º e 91.º

De resto, a admitir-se a existência duma Presunção legal de Morte no art. 79.º, tal artigo constituiria, necessariamente, uma excepção ao art. 1.968.º.

Dispõe este último que «se qualquer pessoa se finar sem dispor dos seus bens, ou dispuser só em parte, ou se, havendo disposto, o testamento fôr anulado, revogado ou caducar, os seus herdeiros legítimos haverão os ditos bens, ou a parte deles de que o testador dispuser».

Este o princípio geral. A condição essencial para que os herdeiros hajam os bens, é, como se vê do artigo, a morte do «de cujus». Antes disso, enquanto o «de cujus» não falecer, tal efeito não se verificará. Excepcionalmente, porém, se o «de cujus» estiver ausente há 20 anos, ou tiver completado 95 anos de idade, a lei permite, no artigo 79.º, que os herdeiros hajam os bens, embora não se saiba se o ausente está ou não morto.

Ora, nós vimos que a morte do «de cujus» era a condição necessária para que se desse a transferência dos seus bens para os herdeiros (art. 1.968.º). Vemos, agora, que o art. 79.º previne um caso, em que o mesmo efeito se dá, independentemente de tal condição, embora sujeito a outra, a do não regresso do ausente. Isto mostra, claramente, que qualquer Presunção legal de morte que se queira ver no art. 79.º, terá, necessariamente, de ser excepcional.

Na verdade, se tal presunção não fôr excepcional, então os seus efeitos regular-se-ão pelo princípio geral do art. 1.968.º, e

(1) TRONCHER, in LAURENT, II, 122, págs. 155 e seg.

(2) Ad'ante, trataremos deste problema, que é afinal, o objecto do nosso estudo.

o casamento do ausente, deverá considerar-se dissolvido (art. 1.º n.º 1, do Decreto-lei de 3 de Novembro de 1910). Quere dizer: a Presunção de morte terá todos os efeitos da Morte verificada.

Ora, é precisamente o seu carácter excepcional que a lei faz salientar nas disposições dos arts. 80.º, 89.º e 94.º, ao prever a hipótese do regresso do ausente, concedendo a este a faculdade de reaver os seus bens, o que não se verificaria se a hipótese devesse ficar sujeita ao princípio geral do art. 1.968.º.

A Presunção de morte terá, pois, carácter excepcional. E sendo excepcional, é sabido que só pode ter aplicação ao caso para que fôr estabelecida, e com os efeitos que na hipótese forem prevenidos (art. 11.º). Quere dizer: a admitir-se uma Presunção legal de morte, no art. 79.º, única e exclusivamente se produzirá, e isto em virtude da excepcionalidade da disposição, o seguinte efeito: livre disposição dos bens do ausente, pelos herdeiros, condicionada ao não regresso do ausente. Por virtude da mesma excepcionalidade, que impede a analogia, o casamento do ausente não se considerará dissolvido.

«As presunções legais são estabelecidas pela lei e não existem senão em virtude desta, não sendo permitido ampliar por analogia as disposições em que se estabelecem, pois constituem uma excepção ao princípio de que deve provar o facto quem o alega» (1).

Mostrada, assim, a excepcionalidade da presunção de morte, mostrada fica a sua inutilidade: pois, para quê, o recurso à Presunção legal de Morte, para justificar as providências dos arts. 79.º e seguintes, se, ainda que se fale em tal presunção, sòmente se produzirão aqueles efeitos que estão contidos nessa disposição, e mais nenhuns outros? E se, mesmo esses, não chegam a ser efeitos duma morte que se quere presumir? Não será mais lógico e razoável negar a existência de qualquer presunção legal de morte nesses artigos?

Para concluir, neste sentido, veja-se, ainda, a redundância que existiria no § único do art. 87.º, se realmente existisse no corpo do artigo uma presunção legal de morte. Por efeito desta, todos os efeitos da morte se produziriam, e, portanto, o de apa-

(1) GUILHERME MOREIRA, obr. cit., vol. I, pág. 742.

nágio do cônjuge viúvo (presumido). O § único seria pois redundante!

Não há, pois, na nossa lei qualquer caso de Presunção legal de Morte, com os mesmos efeitos da morte verificada, ao contrário do que acontece em algumas legislações estrangeiras (1).

Outras legislações há que seguem o sistema da *declaração de morte presumida*. Esta é declarada judicialmente, dadas certas circunstâncias e fica tendo os mesmos efeitos da morte verificada (2).

O nosso Código, pelo contrário, nem estabelece a Presunção legal de morte do ausente, nem tampouco segue o sistema da declaração de morte presumida. Concluimos, pois, sem dúvida, que a nossa lei não quis que a Ausência, por mais prolongada que seja, dê origem a uma Morte presumida ou declarada, e com os mesmos efeitos da morte verificada.

II PARTE

A pretensa presunção legal de morte e o impedimento de vínculo matrimonial anterior

CAPÍTULO III

SUMÁRIO:

- 9 — O Casamento. Noção geral. Formas de dissolução.
- 10 — Sua importância.

CAPÍTULO III

9 — O CASAMENTO. NOÇÃO GERAL. FORMAS DE DISSOLUÇÃO

O casamento é definido pela nossa lei, no art. 1.º do Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, como «um contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente a família».

(1) Códigos Brasileiro e Argentino.

(2) Códigos Alemão (§§ 13 e 14) e Italiano (art. 55.º).

A essência, a substância deste contrato, é, por definição da lei, a união entre duas pessoas de sexo diferente.

Daqui, podemos já tirar uma conclusão : a de que não havendo duas pessoas de sexo diferente, não há casamento. E mais : que quando tenha havido o contrato, por se terem unido duas pessoas de sexo diferente, se uma delas falecer, o contrato dissolver-se-á. Esta, uma afirmação que podemos fazer, ainda mesmo, antes daquela norma segundo a qual «o casamento se dissolve por morte dum dos cônjuges» (art. 1.º n.º 1 do Decreto de 3 de Novembro de 1910) : é claro, que não podia deixar de ser assim, atendendo à natureza própria do contrato. O contrário, seria negar o fim do casamento, uma vez que é impossível a constituição legítima da família entre um vivo e um morto. O casamento tem, pois, uma forma de dissolução automática : a morte.

Ao lado desta, existe uma outra forma de dissolução, o Divórcio, que, porém, está dependente da iniciativa das partes.

A grande importância social do casamento exige que ele seja dissolvido o menos vezes possível. Daí que a nossa lei só admita aquelas duas formas de dissolução (art. 1.º do Decreto de 3 de Novembro de 1910).

10 — IMPORTÂNCIA DO CASAMENTO

O casamento é a fonte principal da família. Podemos mesmo afirmar, é a fonte única, visto o parentesco e a afinidade terem já a sua origem no casamento. Vê-se já a grande importância e o grave papel que cabem ao casamento. É a fonte da família, e a família é um dos pilares em que assenta todo o grande edifício da Sociedade. Se os alicerces são fracos, a construção pode ruir. Pelo contrário, se os alicerces são sólidos, a construção não derrue, bem podendo ser aumentada. E a solidez dos alicerces será tanto maior, quanto mais sólidos forem os materiais que entrem na sua construção, que lhe dêem origem. Bom alicerce para a Sociedade será a família bem organizada. E a família bem organizada, só a pode ser a legítima, aquela que provém do matrimónio.

Mas, há todo o interesse em conseguir a máxima estabilidade da família, pois só assim se terão aquela harmonia, aquela paz, tão desejáveis a uma boa Sociedade. Uma família instável, que

se faça e desfaça, se modifique a todo o momento, sem uma razão que se imponha por todos os motivos, será uma fonte de discórdias, de desharmonia. constantes, que, em maior ou menor grau, virá necessariamente afectar a Sociedade, dada a correlação existente entre a parte e o todo.

Eis, porque em todas as legislações e em todos os tempos, o casamento foi sempre olhado com aquela gravidade e importância que lhe derivam do facto de ser a fonte da família, o pilar fundamental em que assenta a Sociedade.

Da leitura dum sistema de disposições relativas ao matrimónio, ressalta, logo à primeira vista, a preocupação premente de rodear o casamento de todos os cuidados, todas as cautelas, para que o acto adquira a maior solidez, e a maior estabilidade. Assim, a presunção de perpetuidade atribuída ao casamento, entre nós pelo art. 2.º do Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, não é mais do que a tradução legal daquela preocupação.

Primitivamente, e isto mostra bem como o casamento era um acto de grande importância, o carácter de perpetuidade foi absoluto: o casamento somente se dissolvia por morte dum dos cônjuges; era, portanto, perpétuo. Depois, com o aparecimento do Divórcio, a perpetuidade, de absoluta, passou a relativa. Mas, o Divórcio, mesmo, era uma necessidade para a família, e, portanto, para a Sociedade. Efectivamente, não admitir o Divórcio, ainda mesmo o Divórcio por mútuo consentimento, era proteger casamentos, que em vez de cimentarem uma boa família, uma boa Sociedade, tinham precisamente o efeito inverso, pelas discórdias e desharmonias existentes no seu seio. Encontrou-se o remédio no Divórcio, que, para bem da família e da Sociedade, acabava com tais discórdias.

Quere dizer: as mesmas razões que impõem a perpetuidade do casamento, impõem, afinal e também, a concessão do Divórcio. Simplesmente, é preciso que tal concessão só seja permitida quando haja razões fortes, que militem a favor dela, e não por motivos fúteis, irrisórios, por sua natureza passageiros. Daí que os fundamentos do Divórcio devam ser enumerados taxativa e não exemplificativamente.

Outra característica do casamento, a solenidade, traduz-se numa publicidade e num formalismo exagerados, a que o acto

está sujeito. Para quê, o formal e o público, no casamento, senão para vincar bem a importância do acto? Um acto terá maior importância quantas mais as formalidades a que estiver sujeito. E o casamento é, sem dúvida, aquele que mais formalidades possui!

Um dos requisitos positivos do casamento, é a idade nupcial, que as legislações fixam de maneira diferente, atendendo a várias ordens de razões: razões de ordem fisiológica, razões de ordem moral, razões de ordem social e razões de ordem económica. Razões que não são impostas senão pelo facto de o casamento ser considerado um acto de importância e gravidade extremas.

«Dele resultam graves responsabilidades para os cônjuges, já no que diz respeito às suas relações recíprocas, já quanto às obrigações que assumem perante a Sociedade. Sendo assim, não seria lógico que se considerassem aptos para assumir tais responsabilidades, aqueles indivíduos que, pela sua pouca idade, não oferecem o desenvolvimento intelectual suficiente para terem a noção da importância do acto que praticam.» (1)

Por razões de ordem económica, pretende-se que só contraiam casamento aqueles indivíduos que, pela sua idade e desenvolvimento intelectual e físico, possam assegurar à família que vão constituir, aquele mínimo de bem estar, necessário à sua manutenção e desenvolvimento. A Lei deveria, até, restringir ainda mais, permitindo o casamento somente àqueles que estivessem, de facto, naquelas condições mínimas de suficiência económica.

Poderíamos, ainda, pela enumeração de mais requisitos e formalidades exigidas para o casamento, mostrar as suas já tão apregoadas importância e gravidade. Julgamos, porém, que estas já ficam suficientemente atestadas com o que deixamos atrás dito.

(1) V. «Direitos de Família» por GUILHERME BRAGA DA CRUZ, segundo as lições do Prof. Dr. PIRES DE LIMA, vol. I, pág. 47.

CAPÍTULO IV

SUMÁRIO :

- 11 — Se a Ausência, nos casos dos arts. 79.º, 83.º e 91.º, dissolve ou não o casamento do ausente. Posição do problema.
 12 — Soluções possíveis.

- I) A Ausência dissolve o casamento do ausente.
- 1) O segundo matrimónio do cônjuge presente será nulo, e o primeiro válido, no caso de regresso do ausente.
 - 2) O segundo matrimónio não é nulo mas anulável :
 - a) Sòmente pelo cônjuge ausente regressado.
 - b) Sòmente pelo cônjuge presente passado a segundas núpcias.
 - c) Sòmente pelos cônjuges do segundo matrimónio.
 - d) Por qualquer das três partes interessadas.
 - 3) O segundo matrimónio é válido ou não, conforme as circunstâncias particulares de cada caso concreto.
 - 4) O segundo matrimónio é válido, e o primeiro definitiva e irrevogavelmente dissolvido.
- II) A Ausência não dissolve o casamento. Mas, quando contraído um segundo matrimónio, este não poderá ser anulado, enquanto durar a Ausência.
- III) A Ausência não dissolve o casamento. Daí que um segundo matrimónio seja nulo, por virtude do impedimento derimente de vínculo matrimonial anterior.

CAPÍTULO IV

11 — A AUSÊNCIA DE 20 ANOS, SEM NOTÍCIAS, OU TENDO O AUSENTE COMPLETADO 95 ANOS DE IDADE, DISSOLVERÁ O CASAMENTO DO SUJEITO EM QUEM SE VERIFICA?

POSIÇÃO DO PROBLEMA

Este, o problema que nos propusemos tratar. Uma referência breve à publicação de editais e ao fim que ela tem em vista, ajudar-nos-á a colocar o problema da melhor maneira.

A publicação de editais, exigida pelo art. 271.º do Código do

Registo Civil, com a alteração, quanto ao prazo, do art. 27.º do Decreto-lei de 25 de Julho de 1940, mostra, ainda, a importância excepcional que é atribuída ao casamento. Destina-se ela a dar publicidade ao acto, e a convidar todas as pessoas a declarar os impedimentos de que a ele tenham conhecimento. Impedimentos esses que o mesmo art. 27.º diz serem os mencionados nos arts 4.º a 10.º do Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910.

Deixemos todos os outros, por falta de interesse para o nosso estudo, e fixemo-nos no impedimento enunciado pelo n.º 6 do art. 4.º do Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, o impedimento de vínculo matrimonial anterior.

Nos termos daquela disposição, «não podem contrair casamento: os ligados por outro casamento ainda não dissolvido.» Isto, é a consagração da monogamia e o repúdio absoluto da poligamia.

Ora, o casamento só se dissolve por morte ou Divórcio (art. 1.º do Decreto de 3 de Novembro de 1910). Portanto, só os estados de solteiro, viúvo e divorciado, provados nos termos da lei, dão direito à celebração do matrimónio. O estado de solteiro, por impossibilidade de prova, presume-se sempre. Os estados de viúvo e divorciado provam-se, nos termos do art. 267.º, n.º 3 do Código do Registo Civil, pela certidão de óbito ou documento que a substituir, e pela certidão do Divórcio. Isto parece claro, e que nenhuma questão havia aqui a levantar. Não é, porém, assim, e os autores têm discutido, a este propósito, alguns problemas, o principal dos quais constitui o objecto do nosso estudo. É o problema que ficou enunciado atrás, a abrir este capítulo.

E o problema põe-se, porque, depois duma Ausência de 20 anos, sem notícias, ou tendo o ausente completado 95 anos de idade, existe uma presunção de morte do ausente, e, portanto, é legítimo perguntar-se se tal presunção terá ou não os mesmos efeitos da morte, isto é, se tal presunção dissolverá ou não o vínculo matrimonial.

Com a introdução do Divórcio, a questão tinha perdido grande parte do seu interesse prático, porquanto o Decreto do Divórcio (Decreto de 3 de Novembro de 1910), permite no n.º 6 do seu art. 4.º, o Divórcio, no caso de «ausência», sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a quatro anos».

Hoje, que a par dos casamentos dissolúveis por Divórcio, exis-

tem os casamentos só dissolúveis por morte (art. 24.º da Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa, de 7 de Maio de 1940), a questão retomou, quanto a estes últimos, todo o seu interesse. De resto, ainda quando assim não fosse, haveria sempre o interesse especulativo e teórico a justificar o estudo da questão.

12 — SOLUÇÕES POSSÍVEIS

O problema tem aquelas duas soluções correspondentes ao *sim* e ao *não* a que está sujeita qualquer pergunta, como aquela em cujos termos o problema foi posto: ou admitir a dissolução do casamento — e esta é a posição daqueles que vêm na Ausência de mais de 20 anos uma presunção legal de morte, em sentido técnico-jurídico — ou não admitir tal dissolução — e esta é a posição daqueles outros que não fazem corresponder àquela Ausência, qualquer presunção de morte, e a nossa, que admitimos a presunção de morte, mas como simples *presunção*, *conjectura*, *suposição*, e como tal irrelevante.

O problema é duma delicadeza e melindre extremos, pois a sua solução tem de harmonizar, da melhor maneira possível, interesses antagónicos, e de importância primacial, qualquer deles. Debatem-se no problema os interesses do cônjuge ausente, os interesses do cônjuge presente e os interesses da Sociedade (interesses de ordem moral e social). Interesses, qualquer deles, digno de toda a protecção, o que mostra bem a delicadeza do problema.

Faremos, em primeiro lugar, a crítica que se nos oferece à primeira solução, apontando os inconvenientes e defeitos que julgamos só poderem ser afastados tomando a segunda posição.

I — A AUSÊNCIA DISSOLVE O CASAMENTO DO AUSENTE (1)

Partindo da presunção legal de morte, que dizem verificar-se na hipótese da Ausência de 20 anos ou em que o ausente tenha completado 95 anos de idade, concedem os autores desta corrente,

(1) Prof. MARNÔCO E SOUSA, PIRES DE LIMA, DR. LUÍS DA SILVA RIBEIRO, etc.... — é a doutrina dominante entre nós.

ao cônjuge presente, a faculdade de contrair um segundo matrimônio, por virtude de o impedimento, resultante da existência do primeiro vínculo, ter desaparecido com a dissolução deste, operada por efeito da presunção legal de morte. E isto, em virtude do art. 2.517.º do Código Civil, segundo o qual «quem tiver a seu favor a presunção legal, escusa de provar o facto que nela se funda».

Já atrás mostrámos que, no caso de que se trata, não existe qualquer presunção legal, e portanto não nos parece de aplicar aquele artigo, que, de certo, a aplicar-se, nos levaria imediatamente àquela solução. Depois, tal solução é expressamente afastada pelo Código do Registo Civil, que estabelece no art. 267.º o seguinte: «o auto ou a declaração (de que se pretende contrair casamento) deve ser instruído com os seguintes documentos: ... 3.º, certidão de óbito ou documento que a substituir». E nos termos do art. 280.º, «na falta de certidão de óbito... será esta substituída por um certificado de notoriedade, passado nos termos do artigo anterior». Ora, «neste certificado de notoriedade, não se admite a mera referência à ausência prolongada ou de pessoa de idade propecta, mas exige-se referência à morte verificada» (1).

Já se tem dito, em contrário, que, assim como a lei admite a substituição da certidão de óbito pelo certificado de notoriedade, nada repugna admitir que a mesma certidão de óbito possa ser substituída pela Presunção legal de morte (2).

Discordamos de tal opinião. Em nosso entender, compreende-se perfeitamente que a lei admita aquela primeira substituição e não admita a segunda. A veracidade do certificado de notoriedade baseia-se nas afirmações feitas pelas testemunhas, que fazem fé e, em princípio, são idóneas para atestar o facto sobre que são chamadas a depôr. Não é fácil que quatro testemunhas (tantas são as que intervêm no certificado de notoriedade, art. 279.º, do Código do Registo Civil), todas façam declarações falsas, nem é justo acreditar em tal. A lei estabelece sanções às testemunhas

(1) Prof. PAULO CUNHA, «Direitos de família» pelos alunos Ventura, Marques e Salcedas, pág. 28.

(2) Prof. PIRES DE LIMA, obr. e vol. cit. pág. 122; LUÍS DA SILVA RIBEIRO, «Condições de validade do Casamento», pág. 43.

falsas, submetendo-as à alçada do Código Penal (V. art. 210-2.º do Código do Registo Civil), o que constitue, em certa medida, e dada a sua acção intimidativa, uma garantia da verdade dos testemunhos.

Pode, pois, perfeitamente, a certidão de óbito ser substituída pelo certificado de notoriedade, sem que, com tal substituição, se altere sensivelmente a verdade das coisas. Já o mesmo não aconteceria com a substituição da certidão de óbito pela presunção de morte. A Presunção de morte é sempre... uma presunção, e, como tal, a não certeza daquilo que se presume. De resto, a haver Presunção legal de morte, a certidão de óbito não poderia ser substituída por esta. O que acontecia era que a certidão de óbito, teria de ser passada, com base na Presunção legal de morte. Seria sempre precisa, pois, a certidão.

Mas, a inconsistência desta solução vê-se melhor, apontando as graves consequências a que a sua admissão conduz.

1 — SE O CÔNJUGE PRESENTE CONTRAIU SEGUNDAS NÚPCIAS, ESTAS SERÃO NULAS NO CASO DE O AUSENTE REGRESSAR, E VALIDO O PRIMEIRO CASAMENTO

Admitamos que o cônjuge presente passa licitamente a segundas núpcias. Nada de anormal surge. Mas — *punctum pruriens* da questão — posteriormente à celebração do segundo casamento, a presunção de morte é ilidida, ou porque há a prova da existência do ausente, ou porque o próprio ausente fez o seu regresso.

Qual a situação do ausente regressado, que encontra o seu lar desfeito, contra todas as suas legítimas expectativas?

Sob o ponto de vista patrimonial, ele tem direito aos seus bens, ou aos subrogados ou ainda ao preço dos que tiverem sido vendidos (art. 80.º, 89.º e 94.º do Código Civil). Quere dizer: não tem prejuízos, ou se os tem, eles serão sempre poucos em relação ao abandono a que votou os bens. O prejuízo que lhe advier, será um castigo ao seu desleixo. Nem seria justo que ele tivesse direito a qualquer indemnização.

Mas, sob o ponto de vista matrimonial, a situação é diferente.

O seu cônjuge contraíu novas núpcias, e ele, que depois duma tão longa ausência, esperava encontrar os carinhos, a ternura, a felicidade interrompidas, encontrará apenas a solidão, que a existência do segundo casamento ainda torna mais pesada.

E como resolvem aqueles autores? Muito simplesmente: o segundo casamento será nulo e o primeiro reviverá em toda a sua plenitude! Quere dizer: o primeiro casamento, que estava inteiramente e legalmente dissolvido, é agora válido e o segundo, que era inteiramente e legalmente válido, é agora nulo.

Isto, afinal, é admitir, no casamento, o termo e a condicionalidade, tão estrondosamente repudiadas pelos autores. O primeiro casamento será a termo, pois só será válido até ao momento em que se opera a sua dissolução pela Ausência de 20 anos, assim como o segundo casamento só será válido sob a condição do não regresso do ausente, isto acrescido, ainda, de a dissolução do primeiro matrimónio estar também sujeita à condição resolutive do não regresso do ausente. Ora, porque «o casamento é um contrato presuntivamente perpetuo, ou perpétuo, não se pode chamar perpétuo ao contrato que é feito para só produzir efeitos durante um certo tempo, ou cujos efeitos estão dependentes da verificação de alguma condição. A perpétuidade do casamento só fica respeitada, uma vez que não se admitam os casamentos a termo ou sob condição» (1).

É certo que, no caso que tratamos, não existe um termo ou uma condição em sentido técnico, uma vez que tal termo e tal condição não dependem da vontade das partes, mas da lei. Pouco importa, porém; o que interessa é obstar à violação do princípio da perpétuidade do casamento. E, no caso presente, com ou sem termo ou condição em sentido técnico, ele é violado.

Nada impede que equiparemos tais situações às dos casamentos a termo ou sob condição em sentido técnico. Os mesmos inconvenientes verificam-se igualmente.

Proíbem-se os casamentos a termo ou sob condição, como devem proibir-se também, todos os casamentos, ainda que não a termo ou sob condição, em sentido técnico, desde que, com tais

(1) Prof. PIRES DE LIMA, obr. e vol. cit., pág. 54.

casamentos, os cônjuges consigam os mesmos fins. O contrário, será negar a razão de ser da proibição dos casamentos a termo ou sob condição.

Poderia, ainda, ver-se no Divórcio por mútuo consentimento um argumento contra o nosso ponto de vista, dizendo-se que, através de tal instituto, também as partes podem livremente condicionar ou pôr a termo a validade do seu casamento.

O argumento, porém, não procede. Os casos são diferentes. É característica da condição e do termo, a sua obrigatoriedade: uma e outro produzem os seus efeitos, ainda que uma ou ambas as partes não queiram. O mesmo não sucede no Divórcio por mútuo consentimento, que, como a própria expressão o diz, só produz efeitos desde que haja o acordo de ambas as partes. O Divórcio por mútuo consentimento pode, pois, não ser a resolução dum termo ou duma condição, bastando para isso que um dos cônjuges não dê o seu consentimento, faltando, assim, ao prometido ao outro cônjuge.

Nem se diga que, com a solução que propomos (não dissolução do matrimónio do ausente), se vai favorecer o concubinato, unicamente por consideração para com um morto ou para com um cônjuge que despreza os seus deveres (1).

Se é por razões de ordem fisiológico-sexuais que se quer permitir ao cônjuge presente o segundo casamento, então o argumento prova de mais, porque as mesmas razões valem para a hipótese de haver notícias do ausente, sem que, contudo, neste caso, ninguém pugne pela dissolução do primeiro matrimónio.

Mas há mais: a permitir-se o segundo casamento e anulá-lo pelo regresso do ausente, teríamos um maior número de pessoas lesadas nos seus interesses e sentimentos de ordem moral e psicológica; o ausente, agora regressado, que reconstituiria o seu lar, é certo, mas de modo certamente diverso, depois do seu cônjuge ter estado ligado, por outro vínculo, a outra pessoa; o cônjuge presente, que terá de abandonar o seu recente lar, para ir restaurar o primitivo; e, finalmente, a pessoa com quem o cônjuge presente

(1) MARNOCO E SOUSA. «Impedimentos», pág. III e «O Direito», ano de 1895, termo 27, pág. 322.

contraíu segundas núpcias, o terceiro cônjuge, digamos assim, embora impròpriamente, o qual veria o seu casamento injustificadamente desfeito.

A solução que perfilhamos, pelo contrário, reduz grandemente este inconveniente, já que não é possível evitá-lo, diminuindo para um o número de pessoas sacrificadas : efectivamente, não permitindo o segundo casamento, sacrifica-se apenas o cônjuge presente, sacrifício esse que, de resto, a moral impõe, e contra o qual sòmente o instinto sexual se revolta. Mas, como atrás deixamos dito, este não é suficiente, já que ele existe também na hipótese de haver notícias do ausente.

Há uma contradição nesta doutrina. Partindo da Presunção legal de Morte, proclama a dissolução do matrimónio do ausente, para depois declarar a nulidade do segundo casamento, com fundamento no impedimento dum vínculo que estava dissolvido.

É, afinal, dar relevância a um impedimento, que surge num momento posterior à celebração do casamento. Ora, os impedimentos só são relevantes, quando existam no momento da celebração do casamento (1). Quere dizer : o facto de o impedimento ser superveniente à celebração do matrimónio, não obsta à validade deste, pois que a sua nulidade ou anulação só se produzirão quando o impedimento tenha existido à data da celebração.

Os arts. 11.º e 13.º do Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, não deixam dúvidas a este respeito, ao afirmarem : o primeiro, que «o casamento *celebrado contra* o disposto em qualquer dos números do art. 4.º é nulo», e o segundo, que «o casamento *celebrado contra* o disposto nos arts 5.º a 7.º é anulável».

Ora, uma vez que o primeiro casamento foi dissolvido por presunção legal de morte, não se pode dizer que o segundo casamento foi *celebrado contra* o disposto no art. 4.º no n.º 6, isto é, *celebrado*, coexistindo um vínculo matrimonial anterior, visto que este não podia existir, dissolvido como foi, por efeito da Presunção legal de Morte. Nem se compreende bem porque razão o segundo casamento se considera *celebrado contra* o disposto no n.º 6 do art. 4.º, sòmente depois de o ausente regressar, e não também antes.

(1) Prof. Dr. PIRES DE LIMA, obr. cit., págs. 103 e 104.

Ou foi celebrado contra o disposto no n.º 6 do art. 4.º, e neste caso é nulo (art. 11.º), ou não foi, e neste caso será válido, ainda mesmo que o ausente regressasse.

O impedimento existe ou não existe, no momento da celebração do casamento. Se existe, o casamento é nulo; se não existe, é válido, e não é a superveniência do impedimento que vai produzir a nulidade.

Superveniência de impedimento, se assim se pode chamar. Na verdade, custa a compreender como um casamento superveniente a outro, possa constituir impedimento a este. Pelo contrário, até podemos dizer que o primeiro casamento não pode ser revalidado por se verificar o impedimento do segundo.

Não nos parece, pois, de aceitar, a solução que combatemos e, muito menos, que ela seja a consagrada na nossa lei (1).

Já vimos que, em nenhuma disposição, a lei estabelece qualquer Presunção legal de morte do ausente há vinte anos sem notícias ou que tenha completado 95 anos de idade.

Ora, a presunção legal de morte é a base da doutrina. Sendo assim, e mostrada a sua inexistência na lei, afastada fica toda a

(1) É, no entanto, a solução do moderno Código Civil Italiano, em vigor desde 1 de Julho de 1939 (Livro Primeiro). Há muito que se fazia sentir, na Itália, a necessidade dum novo Código Civil. Após um largo período de estudos profundos, em que foram apresentados inúmeros projectos, sugestões e alvites, pela maioria dos autores italianos, foi finalmente decretado e posto em vigor o novo Código Civil. O problema que estudamos no presente trabalho, foi dos mais largamente discutidos, a ele tendo sido dadas as mais variadas soluções, às quais oportunamente nos referiremos. Triunfou precisamente aquela que criticamos. O Código Italiano instituiu no art. 55.º a *declaração de morte presumida do ausente*, a qual deve ser feita por sentença. E é com base nessa sentença que o art. 63.º permite expressamente um novo matrimónio ao cônjuge presente. Finalmente, o art. 66.º, expressa e inequivocamente, estabelece a nulidade do novo matrimónio, quando se verificar o regresso do ausente.

Curioso, é o facto de no Código Italiano, não se atribuir, duma maneira geral, os efeitos da morte à declaração de morte presumida, mas fazê-lo por uma forma concreta, indicando-os para cada hipótese. A isso mesmo, faz o relatório uma referência, no n.º 57 in fine. Foi, sem dúvida, a preocupação duma maior certeza do Direito, que levou o legislador italiano a proceder dessa maneira, e a estabelecer, assim, expressa e concretamente, os efeitos da declaração de morte presumida, quer patrimoniais, quer pessoais, nos artigos 61.º e seguintes.

doutrina enunciada. Mas, ainda que assim fosse, mesmo que a lei consagrasse a pretendida presunção de morte, a doutrina falharia na sua segunda parte, em que defende a validade do primeiro matrimónio e a nulidade do segundo, no caso de regresso do ausente.

Na verdade, a boa lógica impõe um dilema, ao qual é difícil fugir: ou o primeiro casamento não se considera dissolvido e, então, não poderá haver lugar às segundas núpcias (n.º 6 do art. 4.º do Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910) — e esta é a solução que propomos — ou se considera dissolvido, e podem celebrar-se as segundas núpcias; e, nesta hipótese, tal dissolução tem de ser irrevogável, sob pena de não ser dissolução.

2— O SEGUNDO MATRIMÓNIO NÃO É NULO, MAS ANULÁVEL

Mais admissível é uma segunda corrente, que, partindo do mesmo pressuposto, a Presunção legal de morte, permite também as segundas núpcias; mas no caso de regresso do ausente, mais coerente e lógica, envereda pela *anulabilidade*, em vez de nulidade, do segundo matrimónio.

É uma solução que parece bem melhor do que a anterior. Na verdade, compreende-se mais que o segundo casamento seja anulável do que nulo. Se a Sociedade tem razões para exigir que os casamentos não sejam dissolvidos a bel-prazer das partes, não é menos certo que, no presente caso, a nulidade «*ipso jure*» do segundo casamento e a consequente revalidade «*ipso jure*» do primeiro poderiam acarretar graves consequências, dados os conflitos de consciência que podem surgir, e quase sempre surgem, no ânimo de qualquer das três partes interessadas.

Efectivamente, os novos cônjuges tanto podem querer continuar o vínculo conjugal como não, da mesma maneira que o ausente, agora regressado, tanto pode desejar o seu matrimónio, pela anulação do segundo, como, resignado, abdicar de tal desejo. Tudo depende dos motivos morais e psicológicos que os moverem. Ninguém, pois, senão eles, será melhor juiz dos seus interesses. E a Sociedade só terá a lucrar com isso, uma vez que os

resultados serão sempre benéficos, já que, desta maneira, se consegue aquelas harmonia e paz tão desejáveis à solidez e à estabilidade da família.

Esta doutrina, reveste quatro modalidades, consoante a faculdade de anulação é conferida somente ao cônjuge ausente-regressado, só ao cônjuge presente, somente aos cônjuges do segundo matrimónio, ou, finalmente, a qualquer das três partes interessadas.

a) — *Sòmente o cônjuge ausente regressado poderá pedir a anulação do segundo matrimónio.*

Este é o sistema que autores franceses querem ver consagrado no Código Civil Francês, no art. 139.º (1).

Argumentam esses autores que só o ausente deve poder impugnar o segundo matrimónio, porquanto só ele aprecia o maior ou menor escândalo provocado pela sua celebração. Se é o escândalo que se pretende evitar, então, pode ser que o ausente se resigne e guarde silêncio, para não perturbar a nova união do seu cônjuge. Desde que ele não haja, não haverá escândalo (2).

Não nos parece admissível esta solução, dada a sua unilateralidade, pois apenas protege os interesses do ausente, quando não é menos certo que ele pode não ser digno de tal protecção (como, por exemplo, se ele é culpado de não ter dado notícias) (3).

Despreza por conseguinte, os interesses, tão ou por ventura mais dignos de protecção, dos cônjuges do segundo matrimónio, cuja validade ficaria, assim, dependente do arbítrio e capricho

(1) A solução do Código Francês, seja esta ou seja outra, não se enquadra bem neste capítulo. em que tratamos dos sistemas, de harmonia com os quais, o segundo casamento é permitido, porquanto aquele Código, e a doutrina francesa é dominante sobre este ponto, não permite a celebração do segundo casamento, por mais prolongada que seja a Ausência. Simplesmente, o impedimento é apenas impediante, daí que, quando o segundo casamento seja celebrado, ele seja válido e só anulável pelo regresso do ausente. E é com o problema neste último momento que nós referimos aqui o sistema seguido em França.

(2) LAURENT, II, 250, pág. 318: A opinião geral é, porém, noutro sentido (V. PLANIOL, ob. cit., pág. 213).

(3) D'AVANZO, «L'assenza e la presunzione di morte nel progetto di riforma del primo libro del Codice Civile» in Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, ano VIII, 1933, fasc. II.

do ausente, com os consequentes receios e sobressaltos que de tal situação lhes adviriam.

Nada justifica que seja o ausente a única pessoa a julgar da validade ou invalidade do segundo matrimónio.

b) — *Sòmente o cônjuge presente, passado a segundas núpcias, poderá pedir a anulação destas*

Esta é a doutrina de CICU. Porque o cônjuge presente, ao passar a novas núpcias, está em erro, que é o de ter julgado o ausente realmente morto, pois, no caso contrário deve pensar-se que não teria celebrado as novas núpcias, porque se trata, enfim, de erro sobre a pessoa, sòmente o cônjuge casado segunda vez poderá pedir a anulação do segundo matrimónio (1).

É uma doutrina inadmissível. O erro para dar lugar à anulação do matrimónio, deve recair na pessoa do outro cônjuge (art. 20.º do Decreto n.º 1), além de que, no caso presente, não se trata de erro sobre a pessoa, mas de erro sobre os motivos, o qual, por força daquele artigo, é irrelevante, como causa de anulação do matrimónio (2).

Mesmo de «jure constituendo», a solução é de rejeitar. Não se vê porque razão se atende ao erro do cônjuge do ausente e não se atende também ao erro igual em que caiu a pessoa com quem ele contraiu as segundas núpcias !

c) — *Sòmente os cônjuges do segundo matrimónio poderão pedir a sua anulação, mas, quando de boa-fé, no momento da celebração*

Este terceiro sistema é o seguido pelo Código Alemão (3).

Este sistema, como os anteriores, peca pela sua unilateralidade. Efectivamente, despreza em absoluto os interesses do

(1) CICU, Addiz. al «Trattato di Dir. Civ.», del Baudry-Lecantinerie, «Delle persone», III, Milão, 1924, pág. 958, cit. por GALLEGARI, «In tema di assenza e di scomparsa» in Riv. Ital. per le Scienze Giuridiche, ano II, 1927, pág. 421.

(2) V. VASSALI, cit. por D'Avanzo.

(3) 1348. «Se um dos cônjuges, depois do outro ter sido declarado morto, contrai um novo matrimónio, este não é nulo se o cônjuge declarado morto, está vivo, uma vez que os dois novos cônjuges desconhecessem, no momento da

ausente, para proteger apenas os dos cônjuges do segundo matrimónio. Ora, a verdade é que, se há alguém a quem a questão diga mais directamente respeito, é o ausente e mais ninguém. Entre o ausente, por um lado, e os cônjuges do segundo matrimónio, por outro, devem os segundos ser sacrificados, porquanto, ao celebrarem o casamento, se é certo ser esse acto absolutamente legal, não menos certo é, também, que nada havia que lhes permitisse crer na impossibilidade dum regresso do ausente.

Além de que, com tal solução, iria conceder-se a qualquer dos novos conjuges um direito de divórcio *ad libitum*, pois, como salientam COVIELLO e FERRARA (1) «poderia acontecer que aquele que é conhecedor da existência do desaparecido a tenha occultado, para solicitar as núpcias com o outro cônjuge, e faça depois a revelação do regresso do ausente, como meio de se livrar do jugo matrimonial».

d) — *Qualquer das três partes interessadas, em contradição com as outras duas, poderá pedir a anulação do segundo matrimónio*

Esta última modalidade era a adoptada pelo Decreto Italiano de 1919 (2).

celebração do matrimónio, que o cônjuge precedente de um dêles, tinha sobrevivido à declaração de morte. Pela conclusão do novo matrimónio, o precedente fica dissolvido. E continua dissolvido, mesmo quando a declaração de morte é revogada em seguida a uma acção de anulação».

1350: «Desde que o cônjuge, declarado morto, está ainda vivo, cada um dos cônjuges do novo casamento, pode atacar este, uma vez, no momento da celebração, ele desconhecia a existência do cônjuge declarado morto. O pedido de anulação só pode ter lugar dentro de 6 meses, a partir do momento em que o cônjuge demandante teve conhecimento de existência do cônjuge declarado morto. O pedido de anulação é excluído, logo que o cônjuge que tem o direito de o intentar, ratifica o matrimónio, depois de ter sido informado da existência do conjuge declarado morto, ou logo que o novo casamento é dissolvido por morte dum dos cônjuges».

(1) In Riv. di dir. civ., 1919, pág. 549 e seguintes e «Tratt. di dir. civ.», pág. 487.

(2) Art.º 16: «Se a pessoa desaparecida volta ao Reino, a nulidade do segundo matrimónio é declarada, a instâncias suas, em contradição com os novos cônjuges, ou a instâncias de um destes, em contradição com as outras partes sobreditas».

Entende-se, segundo este sistema, que, sendo três as partes interessadas, qual delas a mais digna de protecção, a solução que melhor protegia os interesses em jogo seria aquela que os igualasse. Eis a grande virtude desta solução e que, só por si, é suficiente para a classificar de melhor, entre as quatro enunciadas.

Nem tampouco nos impressiona grandemente a observação de D'AVANZO (1) de que «com tal solução fica indefinidamente exposto o novo vínculo ao perigo de ser anulado, dando assim origem a acordos ilícitos ou vinganças ocultas, com os quais se põe a preço o perdurar ou não do novo matrimónio».

É evidente o exagêro desta afirmação. Tais acordos e vinganças, pela sua torpeza, não são de presumir na generalidade das pessoas. Se aceitássemos a falsa premissa da Presunção legal de morte, nós acrescentaríamos a esta doutrina: a anulação do segundo matrimónio não tem como consequência automática a validade do primeiro. Não. O primeiro conservar-se-à dissolvido, podendo os conjuges, no entanto, por acordo mútuo, fazer revivê-lo.

Isto, para evitar que se faça reviver um casamento que poderá não ter quaisquer probabilidades de êxito. Na verdade, seria prejudicial à Sociedade e aos próprios cônjuges, a revivescência automática do primeiro casamento. Basta supor a hipótese de haver contradição, das outras duas partes, à acção de anulação que fôsse intentada por uma. Tendo contraditado, e sendo vencido, é natural que o outro cônjuge não veja com bons olhos o seu casamento com o contraditado.

A inconveniência de impor um casamento nestas condições, contra vontade das partes, é manifesta. Essa inconveniência afasta-se, dando aos cônjuges a faculdade de revalidarem o seu casamento, em princípio dissolvido.

Dir-nos-ão, em contrário, que, afinal, isso seria anular o segundo matrimónio, mas com base noutra fundamento que não o de

(1) Ob. cit.; RUGGIERO faz a mesma observação «Hist. de Dt.º Civil», vol. I, pág. 402, em nota.

vínculo matrimonial anterior, uma vez que este se considera definitivamente dissolvido. Mas, isso mesmo, resulta da posição que tomámos ao tratar do problema da existência ou inexistência da Presunção legal de morte. É aí mesmo que está a falsidade da premissa. Se a presunção de morte dissolve o casamento, não poderá anular-se um segundo matrimónio, precisamente com fundamento em vínculo matrimonial anterior dissolvido :

A ruína, pois, do sistema, está na contradição que nele existe. Porque a acção de anulação tem, necessariamente, de ter por fundamento a existência de casamento anterior, daí que, se nenhuma das partes, em qualquer das modalidades das alíneas *a)*, *b)* e *d)*, usar daquela faculdade de anulação, tenhamos a coexistência legal de dois casamentos (1) : O primeiro é inteiramente válido, visto ser ele o fundamento da anulação do segundo, e este, válido também, quando a iniciativa das partes interessadas, inteiramente livre, se manifestar nesse sentido pelo não uso duma faculdade que só a ela é conferida.

Um sistema como este, consagra abertamente a bigamia.

3 — O SEGUNDO MATRIMÓNIO, PELO REGRESSO DO AUSENTE, SERÁ VÁLIDO OU NÃO, CONFORME AS CIRCUNSTÂNCIAS PARTICULARES DE CADA CASO CONCRETO

Este é o sistema proposto por BRUNETTI, segundo o qual a solução será a imposta pelas circunstâncias, em cada caso concreto.

Assim, o impedimento derimente do segundo casamento, resultante do regresso do ausente, poderá ser excluído, sempre que tal exclusão seja aconselhada por motivos graves, induzidos das circunstâncias particulares de facto.

Daí, a reserva, que deve ser atribuída ao Estado, de deter,

(1) Na modalidade da alínea *c)*, uma vez celebrado o segundo casamento, o primeiro fica definitiva e irrevogavelmente dissolvido (1348, última parte, do Código Civil Alemão).

quando concorram motivos graves, a impugnativa do segundo matrimónio, com a natural consequência de validar definitivamente a dissolução do primeiro (1).

A instabilidade desta solução é manifesta. Sem dúvida, ela daria lugar, com frequência, a casos julgados contraditórios, dado o seu carácter subjectivo e individual.

Estas considerações são de per si suficientes para afastar uma tal solução.

4 — O SEGUNDO MATRIMÓNIO É VALIDO, E O PRIMEIRO CONSIDERA-SE DEFINITIVA E IRREVOGÁVELMENTE DISSOLVIDO

Eis uma terceira corrente, cujos autores saiem da falsa posição em que se encontram as outras duas.

Segundo esta orientação, porque a presunção de morte produz os mesmos efeitos da morte verificada, o casamento do presumido morto considera-se dissolvido. Tal dissolução terá necessariamente de ser definitiva e, como consequência, impõe-se a inatacabilidade do segundo matrimónio, com fundamento em impedimento de vínculo matrimonial anterior (2).

Na verdade, não se deve esquecer que as partes interessadas são três e não uma nem duas. O interesse moral do cônjuge presente, que pede a dissolução, terá a sua correspondência no interesse igualmente moral do ausente regressado?»?

«Este último, quando tenha impugnado e obtido a dissolução do segundo casamento, poderá estar seguro de reaver, no seio da própria família, a pessoa que já foi sua, e reconstituir outra

(1) BRUNETTI, cit. por D'Avanzo, obr. cit.

(2) Era esta a solução do Projecto da Reforma e do Projecto de ASCOLI, na Itália, que estabeleciam, respectivamente nos arts. 83.º e 29.º, o seguinte: «a dissolução do casamento resta irrevogável desde a data da morte presumida, segundo a sentença precedente, tanto no caso de se provar a existência do presumido morto, como no caso da sua morte ser certificada numa data posterior»; e ainda no Projecto LUZZATO, art. 63.º «celebrado o novo matrimónio, o vínculo conjugal com o desaparecido fica definitivamente dissolvido, ainda que o desaparecido regresse ou se prove a sua existência. O novo matrimónio não pode ser impugnado por ninguém».

vez o antigo vínculo, unido a ela, e com a mesma intensidade de affecto? E é, enfim, concebível que o segundo cônjuge tão facilmente queira adaptar-se a ver desfeita a sua nova vida já criada?»

«Para que conceder ao desaparecido ou a qualquer dos outros dois cônjuges, a inexplicável, arbitraria faculdade de dissolver um matrimónio plenamente válido, para fazer reviver um outro que não tem qualquer pulsação de vida?»

«Arbitraria faculdade: pois que, se o primeiro matrimónio foi dissolvido, não se pode dizer que os antigos cônjuges conservem ainda a qualidade de cônjuge» (1).

Parece-nos ser esta a tese mais defensável, uma vez que se aceite a existência duma Presunção legal de morte, com o efeito de dissolução do vínculo matrimonial.

Algumas objecções têm sido feitas, sem que, contudo, elas destruam a solução. Assim, que com tal solução se viria a admitir a dissolução do matrimónio durante a vida dos cônjuges, violando-se, assim, o princípio da indissolubilidade do vínculo conjugal (2).

É uma observação precipitada. Desde que a lei consagrou a presunção de morte, com o efeito da dissolução do matrimónio — e esta é uma das premissas da doutrina — este, ficou dissolvido a partir da data em que se verificou aquela presunção! O princípio da indissolubilidade, como todos os princípios, não pode valer *contra legem!*

Outra objecção, de que foi alvo o sistema, é a de que eram desconsiderados os motivos morais e religiosos, os sentimentos individuais, os conflitos de consciência, que, por um lado, possam tornar insuportável ao cônjuge presente o continuar vinculado ao novo cônjuge, sabendo que o primeiro é ainda vivo. E, por outro lado, vem-se perturbar as previsões do próprio cônjuge, o qual não pode deixar de se incomodar, pois que julgava casar com uma pessoa livre (3).

Esta observação é ainda reforçada com a justificação que

(1) D'AVANZO, obr. cit.

(2) CALLEGARI, cit. por D'Avanzo, obr. cit.

(3) BRUNETTI, CASTIONI, cits. por D'Avanzo, obr. cit.

RUGGIERO vê, no sistema seguido pelo Código Alemão (1) : a prevenção dos conflitos de consciência, que, por motivos morais e religiosos, possam assim profundamente turbar o ânimo de um dos novos cônjuges, tirando-lhe todo o desejo de prosseguir a vida em comum. «É certamente, continua RUGGIERO, uma disposição inspirada na alta consideração dos sentimentos humanos que revela no legislador um profundo conhecimento e uma exacta avaliação dos motivos psicológicos, porque se movem as acções humanas».

Também não são estas objecções que farão cair o sistema. Será acaso legítimo invocar conflitos de consciência que, de antemão, eram previstos, e nada fazia crer na impossibilidade da sua verificação? Acaso os cônjuges tinham a certeza de o ausente não regressar? Não! E, de certo, tinham obrigação de prever, sempre, a hipótese dum regresso. Se casaram, não será, antes, de presumir a sua indiferença por uma possível presença do ausente? Parece-nos, pois, que tais conflitos de consciência poucas vezes se verificarão (2).

Admitida a presunção de morte com o efeito de dissolver o matrimónio, é esta a solução que se impõe, quer pela lógica, quer pela justiça. Que nos mostrem uma disposição da lei que consagre a presunção legal de morte, e nós não hesitaremos em indicar esta solução, como a que melhor se coaduna com tal disposição.

Numa futura revisão do Código Civil Português, julgamos ser esta a única solução que o legislador deve acolher, para bem cumprir a sua missão de boa administração da justiça.

II — A AUSÊNCIA, CONSTITUE IMPEDIMENTO MERAMENTE IMPEDIENTE À CELEBRAÇÃO DUM SEGUNDO MATRIMÓNIO

De harmonia com esta solução, um segundo casamento, por parte do cônjuge presente, não poderá ser celebrado, porque não

(1) V. pág. 21, nota 1.

(2) V. D'AVANZO, neste sentido.

há a certeza da morte do ausente : mas, se for, também não poderá ser anulado, porque não há a certeza da existência do ausente (1).

Esta solução difere daquela outra já atrás enunciada e criticada, segundo a qual o novo casamento não é nulo, mas anulável. Nesta, também o segundo casamento não é nulo, mas anulável, embora só pela volta do ausente. Mas, ao passo que na primeira doutrina, o segundo casamento foi contraído legalmente, por não haver impedimento, nesta, o segundo casamento é sempre contraído ilegalmente, pois verifica-se um impedimento. Embora inaceitável à face da nossa lei, é, no entanto, uma solução com valor *de jure constituendo*.

As críticas feitas às outras doutrinas têm aqui inteiro cabimento.

III — A AUSÊNCIA NÃO DISSOLVE O CASAMENTO E, PORTANTO, NÃO PODE SER CELEBRADO UM SEGUNDO MATRIMÓNIO

Esta a solução consagrada pelo nosso Código. Já vimos que não existe na lei qualquer disposição que consagre uma Presunção legal de morte do ausente. Sendo assim, as duas únicas causas de dissolução do casamento são a morte e o Divórcio (art. 1.º do Decreto de 3 de Novembro de 1910), não o sendo a Ausência, por mais demorada que seja.

Foi, sem dúvida, esta a solução querida pelo legislador. Já porque ele omitiu disposições relativas aos efeitos da Ausência quanto ao matrimónio, que o Código Civil Francês contém (2), quando é certo ser este Código a principal fonte do nosso, já porque, no nosso direito anterior, a solução era também a mesma (3). De resto, já assim era, também, resolvido para os casos

(1) CUNHA GONÇALVES, vol. IV, obr. cit., págs. 134 e 206. Era a solução defendida por BIANCHI à face dos arts. 79.º 3.º, 124.º e 113.º 2.º, do código velho. O Código Novo, consagra expressamente outra solução nos arts. 63.º e 66.º. É também a solução do Código Francês, art. 139.º (V. pág. 34, nota (1)).

(2) Arts. 139.º e 140.º

(3) «Para o fim da dissolução do matrimónio, não se admite a prova de morte do cônjuge por presunções» (Cab. Dec. 101, in COELHO DA ROCHA, «Instituições de Direito Civil Português», 70, nota, pág. 45).

em que houvesse morte civil, a qual, sem que haja despropósito, bem pode ser aproximada da Ausência, quanto à situação a que dava origem, algum tanto parecida com a do ausente.

A morte civil não dissolvia o matrimónio, da mesma forma que a Ausência (1). Vemos, pois, que, já segundo o nosso direito anterior, a Ausência não dava origem à dissolução do matrimónio. Posteriormente, o legislador do Código Civil, não legislando sobre a matéria, não fez mais do que consagrar a solução seguida até então. De resto, há um texto no Código Civil, donde podemos concluir ser esta e não outra a solução consagrada. É o art. 89.º, combinado com o art. 1.121.º. Segundo este último, «a comunhão acaba pela dissolução do matrimónio ou pela separação, em conformidade com a lei». Ora, sendo assim, e dissolvido o matrimónio por presunção legal de morte, a comunhão acabaria por efeito do artigo 1.121.º, e seria redundante a segunda parte do artigo 89.º, «mas, se o cônjuge presente for ainda vivo, não se entenderá por isso que fica restabelecida a comunhão de bens...»

O carácter restritivo do artigo, como resulta do emprego da adversativa *mas*, só nos mostra a preocupação que houve em alterar os efeitos que normalmente haviam de derivar da Ausência. Se tal alteração consiste na extinção da comunhão, então o normal seria a continuação de tal comunhão e, portanto, a não dissolução do matrimónio, como efeito da Ausência.

Mas porque a lei entendeu, por outros motivos, que a comunhão devia acabar, é que «se o cônjuge presente for ainda vivo, não se entenderá por isso que fica restabelecida a comunhão de bens», o que sucederia, se não se dispusesse aquilo expressamente. É, pois, indubitável que a nossa lei não permite a dissolução do matrimónio, por Ausência de um dos cônjuges.

É a solução também adoptada pelos Códigos Brasileiro e Argentino (2).

(1) «Maneat matrimonium nihil ex tali decreto laesum, utpote inter personas liberas consistens», Nov. 22, cap. 8, in COELHO DA ROCHA, obr. cit., 237, nota, pág. 162.

(2) Código Brasileiro, art. 315.º § único: «O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe applicando a presunção estabelecida neste Código, art. 10.º, segunda parte».

Código Argentino, art. 223.º e «Lei sobre o matrimónio civil», apêndice ao

Alguns autores (1), defensores da doutrina segundo a qual a Ausência dissolve o casamento, ensinam que essa dissolução só se verifica, porém, se o cônjuge presente passar a segundas núpcias. É uma solução contraditória com os princípios de que os seus autores partem. Partem do princípio de que a presunção de morte tem os mesmos efeitos de morte verificada, e daí o admitirem tal presunção fora da esfera patrimonial, para afinal virem a concluir precisamente o contrário, que a presunção de morte não tem os mesmos efeitos da morte verificada, uma vez que um de tais efeitos, o de dissolução do casamento, só se verifica no caso de o cônjuge do ausente desejar casar segunda vez.

Além de que, são inconciliáveis as exigências da doutrina, de que o segundo casamento só seja contraído depois da dissolução do primeiro, e de que a dissolução do primeiro só se verifique depois da celebração do segundo!

João de Almeida

Código, art. 83.º: «a morte presumida do cônjuge ausente ou desaparecido, não habilita o outro cônjuge a contrair novo matrimônio. Enquanto não se prove a morte do cônjuge ausente ou desaparecido, o matrimônio não se dissolve».

(1) RUGGIERO, obr. cit.