

A MENORIDADE NÚBIL

E

O ART.º 400.º DO CÓDIGO PENAL

Pelo DR. JOSÉ DA SILVA FRAGA

PARTE I

MENORIDADE NÚBIL

a) CONSIDERAÇÕES GERAIS

A capacidade jurídica activa, segundo o nosso direito positivo, é, em regra, adquirida com a maioridade de 21 anos ou com a emancipação.

Casos há, porém, em que a capacidade para a prática de certos actos se verifica ainda antes da maioridade e até independentemente da prévia emancipação.

Assim é que, não podendo o menor ser emancipado antes dos 18 anos, basta, no entanto, que tenha 14 anos, para lhe ser permitido testar.

Do mesmo modo, permite a lei que, satisfeitos que sejam certos requisitos, se contraia casamento não obstante a menoridade de 21 anos, casamento esse que, por via de regra, opera a emancipação do menor — é a chamada emancipação pelo casamento.

Ora, a incapacidade geral para o exercício de direitos civis resultante da menoridade e que vem consignada no art.º 98.º do Código Civil sofre, em matéria de casamento, uma excepção importante, pois, conforme tivemos já oportunidade de defender algures, o nosso sis-

tema jurídico parte do princípio de que todo o ente humano, pelo simples facto de o ser, traz consigo, ao menos em potência, logo ao nascer, a capacidade necessária para o acto casamento, e, simplesmente, atendendo às ponderosas razões de ordem orgânica ou eugénica, sociológica, moral, etc., que habitualmente se invocam, determina a lei, por vezes, certos limites a essa capacidade ou mesmo a nega completamente, donde a classificação corrente dos impedimentos em *absolutos* e *relativos*, aqueles determinando uma incapacidade absoluta para casar, estes proibindo o casamento apenas com certas pessoas (1).

A loucura, por exemplo, é um impedimento absoluto: o louco é incapaz para casar seja com quem for. O parentesco, porém, já é um impedimento relativo que, aliás, a todos atinge. Efectivamente, não há ninguém que não sofra da incapacidade relativa proveniente dum certo parentesco, pois, v. g., a todos é defeso o casamento com seus ascendentes ou descendentes.

Assim, poderemos desde já assentar na definição de *impedimento* como sendo todo o limite legal à capacidade de contrair casamento.

Se consultarmos, contudo, Guilherme Moreira (2), seremos, porventura levados, *prima facie*, a considerar errónea esta orientação, pois, segundo ele, «a capacidade de direito constitui, em relação às pessoas singulares, a regra, podendo assim essas pessoas realizar quaisquer negócios jurídicos facultados por lei, desde que nesta não haja uma disposição expressa que disse as iniba, as quais são de interpretação restrita (art.ºs 7.º, 26.º, 644.º)» (3).

«Quanto à incapacidade legal do exercício pessoal de direitos — acrescenta o mesmo autor — essa incapacidade tem carácter geral em relação aos menores (art.º 299.º); é absoluta para os interditos por demência (art.º 355.º), e também o pode ser em relação aos interditos por surdo-mutismo no que respeita aos bens (337.º a 339.º)».

Reconhecendo embora a autoridade de Guilherme Moreira, não nos deve, porém, impressionar esta sua afirmação aparentemente contraditória com o que vimos sustentando.

(1) É o sentido dado pelos canonistas e mais vulgarmente aceite pelos civilistas.

(2) Instituições de direito civil português (1907), n.º 155, págs. 398-399.

(3) Estes artigos são do Código Civil.

É que, conforme unânimemente tem sido reconhecido, a matéria de casamento foi regulada dum modo especial pelo nosso legislador, fazendo aberta excepção à regra geral evidenciada por Guilherme Moreira, como inequivocamente resulta da ressalva dos art.^{os} 1.058.^o e 1.059.^o do Código Civil, que ao casamento se referem, feita pelo art.^o 299.^o do mesmo Código.

Na verdade, se o legislador não partisse do princípio da capacidade para casamento, como regra, em vez de adoptar a teoria dos impedimentos, isto é, dos *limites legais à capacidade*, diria, dum modo positivo, os elementos constitutivos dessa mesma capacidade, como, aliás, parece ter feito no art.^o 5.^o do Decreto n.^o 30.615, de 25 de Julho de 1940.

Aí se diz, efectivamente: «Têm capacidade para contrair casamento os indivíduos de mais de 16 anos, sendo do sexo masculino, e de 14, sendo do sexo feminino».

É esta, porém, uma disposição isolada do nosso direito que de modo algum poderá bastar para destruir ou abalar sequer a doutrina da capacidade geral para casamento que preconizamos.

O artigo em questão, longe de abolir a teoria dos impedimentos, limitou-se tão-sòmente à substituição (que doutro modo se não compreende) do n.^o 3.^o do art.^o 4.^o do Decreto n.^o 1, de 25 de Dezembro de 1910 e é nos termos deste último artigo que deverá ser entendido.

Assim, porque se não vê que da redacção do novo texto resulte qualquer inovação que não seja a descida das idades mínimas, teremos feito a sua integração naquele art.^o 4.^o do Decreto n.^o 1, se passarmos a lê-lo nos seguintes termos: art.^o 4.^o — «Não podem contrair casamento»: ... n.^o 3.^o — os menores de 16 anos, sendo do sexo masculino e de 14, sendo do feminino.

Daqui se vê que a idade mínima para a celebração do casamento não é de 21 anos, mas sim de 16 ou 14, consoante se trate de varão ou mulher.

A falta destas idades constitui impedimento dirimente absoluto à celebração do casamento, mas, uma vez atingidas, podem os indivíduos, não obstante a sua menoridade, contrair casamento válido, satisfeitos que sejam os demais requisitos legais.

É a esta idade que vai dos 16 ou 14 anos até à maioridade (21 anos) ou à emancipação, que passaremos a designar por *menoridade núbil*.

Fixámos assim os limites da menoridade núbil entre a maioridade e uma idade mínima para a realização válida do casamento.

Mas essas idades mínimas, que hoje são, entre nós, as sobreditas, não são unânimemente adoptadas pelas diversas legislações e têm sofrido frequentes e importantes alterações através da história, não sendo, por isso, desprovida de interesse uma breve referênciã a alguns ordenamentos jurídicos, que nos permita um conhecimento comparado dos diversos critérios adoptados.

Remontemos ao

b) DIREITO ROMANO

Entre os romanos, que consideravam «a cópula carnal e procriação dos filhos» (4) o fim principal do casamento, só se atedia à satisfação do sentido genésico (5).

Não havia, por isso, a princípio, uma idade fixa antes da qual fosse proibido o casamento, o que tinha graves inconvenientes, como a incerteza do direito, dando lugar a abusos e injustiças. Era um critério demasiado subjectivista, cujas desvantagens cedo foram apercebidas, nascendo daí larga discussão entre *Proculianos* (preconizando a fixação duma idade mínima) e *Sabinianos* (sustentando que a idade sexual se devia regular conforme a aptidão de cada nubente, para o que deveriam submeter-se à inspecção corpórea) (6), de que

(4) Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. VI, pág. 94.

(5) São, ainda hoje, várias as legislações que atribuem principal importância ao despertar do sentido genésico. Para exemplo, bastará citar o Código espanhol que, decretando a nulidade absoluta do casamento contraído por varão de menos de 14 anos ou por mulher de menos de 12, declara *sanada* essa nulidade nos casos seguintes:

- a) «Quando os cônjuges continuam vivendo juntos um dia depois de terem chegado à puberdade sem terem reclamado em juízo contra a validade do acto, e,
- b) Quando a mulher *concebe* antes de chegar à puberdade ou de ter apresentado a sua reclamação».

Disposições análogas se encontram no Código Civil italiano (art.º 110.º) e no Código Civil francês (art.º 185.º).

(6) O exame corpóreo, ainda hoje defendido por alguns civilistas, é criticado, entre outros, pelo Prof. Pires de Lima (*Direitos de Família* — lições coli-

saíram vitoriosos os *Proculianos* com a fixação dessas idades em 14 anos para os varões e 12 para as mulheres feita por Justiniano, solução que foi adoptada por quase todas as legislações dos povos de civilização europeia, sem excepção de Portugal (ver art.º 1.073.º, n.º 4.º, do Código Civil).

Passando ao

c) DIREITO CANÓNICO

Verificamos que a Igreja, nos seus primórdios, se limitava aos assuntos espirituais, pelo que não elaborou, desde logo, um direito privativo e, pelo que respeita ao casamento, considerando-o embora um sacramento, deixava ao poder temporal a sua regulamentação (7).

A princípio, como não tinha um direito constituído e, desejando evitar toda a violência, adoptou uma política de transigência para com os Estados (8), pelo que aconselhava o respeito às leis civis, determinando até, em matéria de autorização para casamento: *Nec in terris fillii sine consensum parentum site et jure nubent* (9), significando isto que o casamento celebrado sem autorização dos pais era considerado «injusto em face das leis civis» (10), mas *nunca ferido de nulidade*, isto é, o casamento civil era válido perante a Igreja.

Tal como o direito romano, não tinha a Igreja marcada uma idade núbil e só relativamente tarde, com as Decretais de Gregó-

gidas pelo Dr. Braga da Cruz, vol. I, pág. 110) e por Cunha Gonçalves (*Tra-*
tado cit., vol. VI, pág. 94) considerando-o este último autor «*altamente imoral e*
melindroso».

(7) Gugliermo Saffirio, *L'assenso degli ascendenti nel matrimonio dei minori*, pág. 104: «a Igreja não pôde, súbitamente, prevalecer sobre a tradição romana, sujeitando-se, durante dez séculos, neste primeiro período de formação, à sua lei, enquanto no âmbito da sua vida privada andava preparando aqueles princípios novos, que, solenemente dogmatizados em seguida, tiveram a força de se imporem às legislações civis».

(8) Frank Bernard, *Consentement des ascendants au mariage*, pág. 70: «*L'Église, intransigeante en matière de foi fut indulgente et patiente en ce qui concerne les moeurs et les coutumes romains*».

(9) Tertuliano, L. 2, *ad uxorem*.

(10) F. Bernard, *ob. cit.*, pág. 72; G. Saffirio, *ob. cit.*, pág. 105.

rio IX, é que essa idade é fixada nos limites impostos por Justiniano (14 e 12 anos) (11).

Em 1915, com a publicação do *Corpus Juris Canonici*, essas idades passaram para 16 e 14 (cân. 1.067.º, ainda em pleno vigor).

Vejamos agora o que se passa no

d) DIREITO POSITIVO PORTUGUÊS

Até à publicação do Código Civil, não era conhecida, no nosso país, outra forma de casamento, além da canónica, pelo que a idade núbil tinha, necessariamente, de ser a estabelecida pelo direito canónico.

Com a publicação deste Código, porém, mantendo-se embora as mesmas as idades mínimas, é criado o casamento civil para os não católicos (art.º 1.073.º na sua primitiva redacção), pelo que passam a coexistir duas formas legais de casamento — a civil e a canónica — até que, com a publicação do Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, art.º 4.º, n.º 3.º, deixa de reconhecer-se qualquer valor jurídico ao casamento canónico, elevando-se as idades mínimas para 18 e 16 anos, consoante se tratasse de varão ou mulher.

Em 1940, após a Concordata, torna a reconhecer-se valor jurídico ao casamento *sob a forma canónica* e adoptam-se as idades mínimas estabelecidas no *Corpus Juris Canonici* — 16 e 14 anos (12).

(11) Vários foram os países que, influenciados pelo direito canónico, fixaram o começo da idade núbil nos 14 e 12 anos, contando-se entre eles os seguintes: Arménia, Argentina, Bolívia, Colúmbia, Congo Belga, Cuba, Espanha, Equador, Etiópia, México, Panamá, Paraguai, Reino Unido, Uruguai, Venezuela e S. Salvador.

Em França, após a Constituição de 1791 que considerou o casamento um contrato civil, foram fixadas as idades núbeis em 15 anos para os varões e 13 para as mulheres. Actualmente, e desde a publicação do Código Civil, essas idades passaram a ser de 18 e 15 anos respectivamente.

No Brasil, são, por Decreto de 1890, de 16 e 14 anos as idades mínimas, mas o casamento celebrado com desrespeito da idade mínima é apenas ferido de nulidade relativa. Ver Weiss, *Traité de droit international privé*, tit. III, págs. 449 e 450; Pierre Nisot, *Étude historique sur l'âge en matière de capacité nuptiale*, pág. 44.

(12) Sublinhámos *sob a forma canónica* por se nos afigurar que o Estado

E são estes os actuais limites mínimos da idade núbil, pelo que é vedado o casamento aos varões menores de 16 anos e às mulheres menores de 14 anos.

Feitas estas considerações acerca do começo normal da idade núbil, e porque não basta atingir aquelas idades para que desapareça o impedimento da idade, interessa agora aludir a outro requisito legal que ainda se torna necessário satisfazer para que o casamento possa ser inatacavelmente válido:

A AUTORIZAÇÃO

o) BREVE REFERÊNCIA

Com efeito, dissemos nós que a falta da idade mínima constitui impedimento dirimente absoluto à celebração do casamento, mas, uma vez atingida esta, pode o nubente, não obstante a sua menoridade, contrair casamento válido, satisfeitos que sejam os demais requisitos legais.

Ora, um desses requisitos é a autorização dada por quem de direito ou o seu suprimimento em forma e nos termos legais (art.º 5.º do Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910), requisito esse indispensável, pois que a sua falta, além de ser um obstáculo à celebração do casamento, determina a nulidade do mesmo, se bem que relativa (art.º 14.º do mesmo decreto).

português não reconhece o casamento católico como tal, mas sim como casamento civil *sob a forma canónica*.

É esta a opinião que sustentámos noutro trabalho e que largo alcance tem na solução do conflito de competências em matéria de casamento entre a Igreja e o Estado.

Não nos parece, na verdade, que as concessões feitas pelo Estado à Igreja fossem ao ponto de abdicar da competência para regular o casamento dos seus súbditos, atribuindo-a com exclusividade à Igreja. Ao contrário, parece bem vincado a princípio oposto, pois nem ficou o Estado inibido de regular o casamento civil celebrado por funcionários civis, e, por outro lado, só reconhece o casamento celebrado segundo a forma canónica desde que sejam respeitadas as leis civis, pelo que o padre celebrante intervém, perante o Estado, como funcionário civil, sujeito até a sanções civis e penais (art.º 14.º e 15.º do Decreto n.º 30.615, de 23 de Julho de 1940).

Não vamos entrar no estudo do problema das pessoas que, em cada caso, são chamadas a dar autorização para o casamento do menor núbil, o que nos levaria muito longe, bastando-nos, para o fim que temos em vista — o art.º 400.º do Código Penal e a menoridade núbil — acentuar que, competindo por vezes ao juiz ou até ao director de estabelecimentos de protecção à infância, dar ou negar a autorização, é, em regra, aos ascendentes do menor, nomeadamente aos pais, que a lei confere essa competência.

Ainda aqui, e para o cotejo de concepções, se afigura oportuna a referência à orientação seguida no

b) DIREITO ROMANO

Primitivamente, era o *pater familias* quem dava o consentimento para o casamento dos filhos, independentemente da vontade destes, desde que não fossem *sui juris*, pois, caso contrário, esta não só era relevante como até indispensável (13).

Contudo, embora não fosse indispensável o consentimento dos esposos para a celebração do casamento, este só podia realizar-se uma vez atingida a puberdade. Até aí, podiam celebrar-se esponsais, aliás com valor tal que quase se confundiam com o próprio casamento. Apesar de tudo, a *dedutio puellae*, condição última e de facto com alta relevância jurídica, só tinha lugar quando ambos os nubentes tivessem chegado à puberdade (14).

Esta amplidão do poder paternal no direito romano torna-se, no entanto, compreensível, se atendermos à natureza jurídica da família, posta em relevo por estas expressivas palavras do insigne romanista

(13) Marnoco e Sousa, *Impedimentos do casamento no direito português*, pág. 12.

(14) No direito chinês (antes do projecto do Código Civil que fixava, no seu art.º 1.832.º, as idades mínimas em 18 e 16 anos, consoante se tratasse, respectivamente, de varões ou mulheres) a lei falava apenas em «tempo conveniente». Deixava-se, assim, indeterminado o começo da idade núbil. Os esponsais, porém, poderiam ser celebrados pelos pais dos nubentes e em nome destes, qualquer que fosse a sua idade, proibindo-se apenas que fossem celebrados esponsais de nascituros, sob pena de tais esponsais ficarem feridos de nulidade absoluta.

francês, Ortolan : «A família romana, mesmo no aspecto privado, não é uma família natural, é uma criação do direito civil, do direito da cidade... O laço familiar não é o laço do sangue, o laço produzido pelo casamento e pela descendência, é um laço de direito civil, um laço de soberania» (15). Era, afinal, no dizer de F. Benard (*ob. e lug. cit.*) «uma pequena cidade dentro duma grande», «um verdadeiro estado em ponto pequeno» na expressão do Prof. Cabral Moncada (16).

· Não há, por isso, que falar pròpriamente, no direito romano, em autorização para casamento, uma vez que era o próprio *pater* quem dava o consentimento em nome do menor, aspecto em que se torna verdadeiramente flagrante a sua autoridade.

Assaz diferente era o que se passava no

c) DIREITO GERMÂNICO

A autorização para casamento, no direito germânico, encontra o seu fundamento no *mundium*, que, dando embora lugar a grandes debates e ao muito que se tem escrito sobre a sua natureza jurídica, a princípio se assemelhava grandemente, ao que parece, à *patria potestas* romana, tornando-se, porém, depressa em poder mais protector que absoluto ou mesmo simplesmente autoritário, o que bem se explica pela natureza acentuadamente individualista dos povos de raça germânica.

Assim é que só estavam sujeitos ao *mundium* aqueles que se não podiam defender. «A autoridade do pai — diz F. Benard — (17) tinha por base a necessidade de proteger o filho, demasiado fraco para se defender». Destarte, logo que este tomava armas, isto é, na altura em que era capaz para se defender, deixava de estar sujeito ao *mundium* e passava a exercer, conjuntamente com o pai, uma certa autoridade na família sobre todos aqueles que fossem incapazes de tomar a própria defesa.

(15) F. Bernard, *ob. cit.*, pág. 12; Ortolan, *Généralisation du droit romain* (Édit. Labbé, Paris, 1880), pág. 565; Troplong, *De l'influence du christianisme*, *ob. cit.*, pág. 20.

(16) Elementos de história do direito romano, vol. 1.º, pág. 28.

(17) F. Bernard, *ob. cit.*, págs. 48 e seguintes.

A mulher, como nunca pegava em armas, era sempre considerada incapaz de se defender e, por isso, nunca deixava de estar sujeita ao *mundium*, precisando sempre, qualquer que fosse a sua idade, ou condição, de obter autorização para casar. O próprio casamento não tinha o efeito de a emancipar, operando apenas a passagem do *mundium* das mão do pai para as do marido.

A mãe não exercia autoridade alguma, pois que ela própria se encontrava sujeita à autoridade doutrem. Por morte do pai era ao irmão, em primeiro lugar, que competia dar a autorização; à falta deste, era um tio o *mundualdus*. Nem mesmo a viúva podia contrair segundas núpcias sem autorização do *mundualdus*.

A falta de autorização para a mulher se casar não determinava, porém, segundo parece, a nulidade do casamento, sujeitando apenas o raptante a uma indemnização à família da raptada pelo prejuízo causado (18), visto ter roubado o *mundium* sobre a mulher em vez de o comprar, o que se compreende pela natureza de compra e venda que revestia a transmissão do *mundualdus* (19).

Retomando o problema da menoridade núbil no direito português, surge agora um outro problema que é o de saber se aquelas idades mínimas têm, na nossa lei, carácter peremptório ou se, ao contrário, poderão ainda assim ser dispensadas, ainda que em casos e termos excepcionais, como sejam os criados pela aplicação do art.º 400.º do Código Penal, problema esse do mais vivo interesse prático e que será objecto da segunda parte do presente estudo.

PARTE II

O ART.º 400.º DO CÓDIGO PENAL, O IMPEDIMENTO DA IDADE E A DISPENSA DA IDADE MÍNIMA

o) INTRODUÇÃO

O citado Decreto n.º 1, no n.º 3.º do art.º 4.º, estabelecia os limites mínimos de idade (18 e 16) em termos tão peremptórios que não chegava sequer a levantar-se a questão da dispensa dessas idades em caso algum.

(18) Édito de Rotharis, 185 e 187.

(19) Les Sax. VI, *Uxorera ducturus CCC solidos det parentibus ejus*.

Por outro lado, resulta à evidência que, com a fixação de limites tão elevados não se atendeu apenas ao despertar do sentido genésico, à entrada na puberdade, mas também e principalmente às condições psico-fisiológicas dos indivíduos, bem como a imperiosas razões ético-sociais. Doutra modo, a atender-se unicamente ao sentido genésico, ter-se-iam estabelecido idades mais baixas, pois bem sabido é que, salvo algum caso patológico (ou simplesmente anormal) o desabrochar desse sentido dá-se antes daquelas idades. A verdade, porém, é que a vida hodierna com todas as suas exigências e complexidade se não compadece com a velha concepção romanesca do «amor e uma cabana», o que sobremaneira justifica a exigência àqueles que pretendam tomar encargos de família de um amadurecimento intelectual, embora mínimo, que não é possível possuir-se em tenras idades. Daí a necessidade que sentiu o legislador de rodear de cautelas a celebração do casamento de menores, no interesse dos mesmos.

Mas já as hesitações são grandes quando a estes argumentos se contrapõem outros não menos de considerar, sobretudo se, em certos casos (mais vulgares do que seria para desejar), o rigor e inflexibilidade legais contrariam o interesse, simultaneamente público e particular, da liberdade ou da reputação dos menores.

Tem o legislador de escolher, o que raras vezes é fácil, de entre os interesses opostos qual o que deverá prevalecer, não esquecendo nunca as grandes repercussões duma ou de outra solução na vida social.

Procurando fundamentar o critério rígido da peremptoriedade dos limites mínimos da idade núbil, diz Moran: *La ley ha de hallar su fundamento en la generalidad de los casos y no en las excepciones que se puedan ofrecer* (20).

Efectivamente assim deverá ser, em regra, mas o facto de a lei se fundar na generalidade dos casos não pode impedir a abertura de excepções quando particulares situações o aconselhem. A lei excepcional em relação à norma ou princípio geral não deixa de ser geral em relação aos casos que dentro dela se enquadram.

O regime absoluto do Decreto n.º 1 manifestava-se inconveniente, pois sacrificava, por vezes, valores tão elevados como a honra da

(20) *Ob. cit.*, pág. 5.

mulher ou a liberdade do homem, sem um motivo bastante forte que o justificasse.

Isto manteve-se, porém, por alguns anos, até que em 28 de Abril de 1918, com a publicação do Decreto n.º 4.174, se permitiu a dispensa de idade ocorrendo «graves motivos de moralidade» (art.º 5.º), competindo ao Chefe do Estado avaliar esses motivos e conceder ou negar a licença.

Era, conforme se vê na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. 32, pág. 33 (21), uma forma em *extremo genérica e perigosa por não marcar o limite mínimo da idade necessária para a concessão*. Além disso, era uma forma demasiado vaga, pois não definia a expressão «graves motivos de moralidade», deixando ao Chefe do Estado um poder discricionário, quando aconselha a experiência a restrição ao mínimo dos poderes discricionários das autoridades, a fim de evitar abusos e injustiças sempre prejudiciais.

Talvez por se ter visto os defeitos de que enfermava este último decreto, logo no ano seguinte (1919), em 10 de Maio, saiu o Decreto n.º 5.664 que o revogou, passando de novo a não ser permitida a dispensa de idade mínima em caso algum, voltando-se assim ao regime do Decreto n.º 1 com todos os seus inconvenientes.

b) OPINIÃO DE SILVA RIBEIRO

Este autor (22) discorda da doutrina deste decreto e explica a sua discordância apresentando um exemplo de injustiça flagrante e de falta de lógica legal, para o que levanta a hipótese duma menor de 16 anos vítima de sedução.

Diz o art.º 392.º do Código Penal: «Aquele que, por meio de sedução, estuprar mulher virgem, maior de 12 e menor de 18 anos, terá a pena de prisão maior celular de dois a oito anos, ou, em alternativa, a pena de degredo temporário».

O art.º 393.º prevê, por sua parte, o caso de violação, sendo o crime cominado com a pena de «prisão maior celular de dois a oito anos, ou, em alternativa, a de prisão maior temporária».

(21) Ver Silva Ribeiro, *ob. cit.*, pág. 34.

(22) *Ob. e lugar cit.*.

O art.º 400.º do mesmo Código, na sua primitiva redacção, acrescentava ainda: «nos casos de estupro e de violação de mulher virgem o criminoso será obrigado a dotar a mulher ofendida».

Todo este procedimento criminal, bem como toda a pena cessava, nos termos do § único do art.º 400.º, desde que o criminoso casasse com a mulher ofendida.

Que sucedia no caso de estupro de menor de 16 anos?

Por um lado, facultava a lei ao sedutor o livrar-se das sanções legais casando com a ofendida; por outro lado, proibia o casamento por falta de idade da mulher, isto é, dava-se e tirava-se ao mesmo tempo. O ofensor teria, por isso, de cumprir a pena, ainda que quisesse casar com a estuprada ou violada.

Em face deste conflito de preceitos, entende Silva Ribeiro (23) que, em casos destes, cessaria o impedimento da idade. O seu principal argumento, senão único, é o seguinte:

— O Decreto n.º 5.664, de 10 de Maio de 1919 não revogou o Código Penal, visto o § único do art.º 400.º prever um caso particular do qual o decreto se não ocupou.

— Cita depois a principal fonte do Decreto n.º 1, o decreto brasileiro de 24 de Janeiro de 1890, no qual se dispõe (art.º 47.º) que é permitida a dispensa quando o casamento se destina a evitar a imposição ou o cumprimento da pena criminal (24) e lamenta o facto de o legislador português não ter reproduzido «tão prudente disposição» (25).

(23) *Ob. cit.*, pág. 35. Ver, no mesmo sentido, Cunha Gonçalves, *Tratado*, vol. VI, pág. 96.

(24) Esta disposição foi reproduzida no art.º 214.º do Código Civil brasileiro e reforçada com o art.º 215.º do mesmo Código que declara inatacáveis os casamentos nulos, em princípio, por «defeito de idade» desde que de tais casamentos tenha resultado gravidez. A gravidez era prova evidente da puberdade das partes e era mais útil à sociedade considerar válidos tais casamentos do que declará-los nulos. Por tudo isto consideramos esta solução do Código brasileiro inspirada em sólidos e sãos princípios de moralidade.

Como já foi dito, existem preceitos idênticos tanto no Código Civil francês como nos Códigos Civis italiano e espanhol.

Ver, no mesmo sentido, Prof. Pires de Lima, *Constituição do Estado de Casado*, art.º 55.º.

(25) É esta também a orientação seguida por Cunha Gonçalves, *ob. cit.*, pág. 96.

c) CRITICA À OPINIÃO DE SILVA RIBEIRO

Para este autor, bem como para Cunha Gonçalves, portanto, deveria entender-se o n.º 3.º do art.º 4.º do Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, nos seguintes termos:— «Não podem contrair casamento»: n.º 3.º — «Os menores de 18 anos, sendo do sexo masculino, e de 16, sendo do feminino», salvo o disposto no § único do art.º 400.º do Código Penal.

Não nos parece, porém, que, *de jure constituto*, fosse essa a boa doutrina, embora mais justa e, por conseguinte, defensável *de jure constituendo*.

O nosso legislador, ao transportar o preceito da lei brasileira para o Decreto n.º 1, omitiu a ressalva que lá se fazia de os casamentos se destinarem a evitar a imposição ou o cumprimento de pena e essa omissão não podia deixar de ter significação, pois o legislador deveria prever as dúvidas que tal omissão ocasionaria. De resto, o § único do art.º 400.º do Código Penal não foi revogado, simplesmente passando a ter uma aplicação mais restrita do que aquela que pretendiam estes autores. Este parágrafo só teria aplicação se a ofendida fosse maior de 16 anos, isto é, estivesse em idade de casar, fosse núbil, embora para tal precisasse de autorização.

Embora discutível, *de jure constituendo*, a verdade é que nada tem de ilógico nem inverosímil a solução dada ao problema pelo nosso legislador. Com efeito, quanto mais avançada for a idade da ofendida, menor será a responsabilidade do criminoso que, deste modo, variará na razão inversa da idade daquela. Daí a diferença de tratamento: o ofensor de mulher maior de 16 anos podia livrar-se da pena, casando com a ofendida; o estuprador ou violador de mulher menor de 16 anos, porque o crime era mais grave em razão da idade da estuprada ou violada, teria de suportar irremediavelmente a pena.

Estando, porém, o processo a correr ou o criminoso a cumprir a pena, cremos que, em boa lógica, cessaria *todo o procedimento ou toda a pena* logo que a ofendida atingisse a idade núbil (16 anos) e o ofensor com ela casasse.

Por outro lado, não nos deve impressionar o facto de o § único do art.º 400.º não falar em idades, pois que, se a falta das idades mínimas fixadas por lei constitui impedimento dirimente absoluto

à celebração do casamento, é evidente que, salva disposição expressa em contrário, *nenhum* casamento se poderá celebrar antes de atingidas aquelas idades.

Para mais, não há dúvida que a norma que fixa os limites mínimos da idade núbil é de interesse e ordem pública e, como tal, escapa à interpretação restritiva.

Destarte, enquanto a ofendida não atingisse a idade núbil, não podia o ofensor gozar do benefício do § único do art.º 400.º do Código Penal o que, aliás, é sobremaneira justificado pela natureza do impedimento da idade que se apresenta como razão bastante forte para obstar a um casamento, tal como o é o parentesco em certos graus ou a demência.

Deste modo, não havia contradição alguma na lei, como não há quando ela proíbe o casamento de estuprador da irmã com esta. De qualquer forma este terá de cumprir a pena e agravada até pela circunstância do parentesco (art.º 398.º do Código Penal).

A corroborar ainda a nossa opinião vem o facto de o Decreto n.º 4.174, de 28 de Abril de 1918, permitir a dispensa de idade ocorrendo «graves motivos de moralidade». Ora, estes «graves motivos de moralidade» não podiam deixar de ser, como sempre se entendeu, os respeitantes à honra da menor, sob pena de cairmos no mais largo subjectivismo de discricionariedade, o que seria altamente perigoso e incompreensível com a incerteza do direito a que fatalmente daria lugar. Nesta ordem de ideias, o menos grave motivo de moralidade atendível para a dispensa de idade seria o *atentado ao pudor*, cremos nós, previsto pelo art.º 391.º do Código Penal e que cai dentro do âmbito do § único do cit. art.º 400.º.

Sendo assim, se foi preciso publicar um decreto a permitir o casamento antes de atingidas as idades mínimas fixadas pelo Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910, é bem de ver que o não permitia o art.º 400.º do Código Penal, pois, de outro modo, resultaria inútil, nessa parte, a nova disposição.

d) ULTERIOR EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A vigência do Decreto n.º 5.644, de 10 de Maio de 1919, durou até 1926, data em que, com a publicação do Decreto n.º 11.719, de 12 de Junho, voltou a ser possível a dispensa da idade núbil nos

limites mínimos fixados, «ocorrendo motivos ponderosos» (26), mas a justificação desses motivos que, segundo o cit. Decreto n.º 4.174, de 28 de Abril de 1918, era feita perante o Chefe do Estado, era-o agora, como aliás já anteriormente, por força dos art.ºs 57.º, 58.º e § único do art.º 55.º do Decreto n.º 5.021, de 29 de Novembro de 1918, perante o Conservador do Registo Civil.

Dizia o art.º 1.º do Decreto n.º 11.719: «As maiores de 14 anos será permitido o casamento, etc.». Só às mulheres, por conseguinte, podia ser dispensada a idade mínima do Decreto n.º 1, e, embora se não dissesse expressamente, desde logo se entendeu que os «motivos ponderosos» seriam os respeitantes à honra da mulher, uma vez que se negava aos homens o benefício da dispensa.

Era uma solução manifestamente injusta por só se atender aos interesses femininos, não cuidando das consequências indesejáveis que a não dispensa de idade poderia acarretar ao ofensor, como seria a de ter de suportar as sanções cominadas no Código Penal.

Pelo que respeita aos termos da cominação penal, sofreu o art.º 400.º uma transformação importante com a nova redacção que, em 1930, lhe foi dada (27), a fim de evitar vários abusos que, à sombra daquela disposição, se vinham praticando.

Efectivamente, era frequente casarem os estupradores ou violadores com as ofendidas para, logo em seguida, e ao mais fútil pretexto, as abandonarem ou mesmo se divorciarem, para o que muitas vezes, e propositadamente, davam motivo.

Em contrapartida, não era também raro ficarem os casamentos por realizar, em virtude de os pais, quer do ofensor, quer da ofendida, não darem a necessária autorização, sem verdadeiro motivo que o justificasse. Assim, negava-se a autorização por simples razões de

(26) Com a expressão «motivos ponderosos» alargou-se o âmbito dos motivos atendíveis para a dispensa de idade. Seguiu-se assim a orientação francesa que permite essa dispensa por motivos muito menos imperiosos, como seja o de assegurar à menor meios de subsistência. Ver Stolfi, V, n.º 89; Baudry e Foucade, II, n.º 1.436.

Cunha Gonçalves, no vol. VI, pág. 95 do *Tratado* fala em «mulher impúbere núbil». Parece-nos uma expressão infeliz, porquanto, sendo a puberdade a principal condição da nubildade, não pode nunca uma mulher ser núbil sem ser púbere.

(27) Decreto n.º 18.588, de 10 de Junho de 1930.

preconceito, de capricho ou «outros inconfessáveis motivos», na expressão do próprio relatório que acompanha o Decreto n.º 18.588, de 10 de Junho de 1930.

Agora, com a nova redacção do art.º 400.º do Código Penal, que contém, sem dúvida, uma medida oportuna, justa e «altamente moralizadora» (28), o casamento não faz cessar «todo o procedimento ou toda a pena», pondo apenas «termo à acusação da parte ofendida e à prisão preventiva, prosseguindo a acção pública, à revelia, até julgamento final».

Se o julgamento prossegue até à sentença final, é porque o criminoso que casa com a ofendida não fica desde logo, e por esse facto, livre de responsabilidade. E, que de facto assim é, di-lo expressamente o § 2.º introduzido no art.º 400.º nestes termos: «no caso de condenação, a pena ficará simplesmente suspensa e só caducará se, decorridos cinco anos após o casamento, não houver divórcio ou separação judicial por factos sòmente imputáveis ao marido, porque, havendo-os, o réu cumprirá a pena».

Procurou-se, por esta forma, evitar que o réu casasse com o intuito único de fugir à pena e o propósito preconcebido de, uma vez livre de responsabilidade, maltratar a mulher ou abandoná-la, o que constituía uma flagrante injustiça.

Mas era igualmente preciso acabar com a prática abusiva de muitos pais que negavam, sem justo motivo, a autorização para o casamento dos filhos e foi o que se fez com a introdução do § 3.º do mesmo art.º 400.º que reza assim: «Se a licença para o casamento nestas condições foi negada por quem de direito, pertence ao Juiz da causa o suprimento dessa licença».

A partir, portanto, de Junho de 1930, apesar de marcado o começo da idade núbil, nas mulheres, nos 16 anos, podia, no entanto, casar-se uma menor de 16 anos, mas maior de 14, desde que se dessem as circunstâncias do art.º 400.º do Código Penal e seus parágrafos, por força deste mesmo artigo.

Aos varões, contudo, não era, a título algum, dispensada a idade e, tendo cometido algum crime de estupro ou violação antes dos 18 anos, não havia meio de evitar o cumprimento da pena, ao menos até que atingissem a idade núbil.

(28) Cunha Gonçalves, *ob. cit.*, vol. VI, pág. 96.

O Código do Registo Civil de 1932, no que respeita à dispensa da idade da mulher, mantém, no seu art.º 294.º, o disposto no art.º 1.º do cit. Decreto n.º 11.719, de 12 de Junho de 1926, à excepção da parte respeitante à competência para a dispensa da idade mínima, que passa do Conservador do Registo Civil para o Juiz de Direito.

Dá-se, porém, uma justa inovação que vem beneficiar o menor ofensor e que é a resultante da letra do art.º 295.º, expressa nestes termos: «Nos casos do § 3.º do art.º 400.º do Código penal é permitido contrair casamento, mediante autorização judicial, ao menor do sexo masculino de mais de 16 anos e menos de 18».

Foi uma solução de inegável justiça esta de fazer coincidir, quanto possível, o começo da idade núbil, embora tão-sòmente em casos verdadeiramente excepcionais, com a entrada na puberdade e que encontra o seu fundamento nas mesmas razões morais e ético-sociais invocadas para justificar a fixação duma idade mínima para o casamento.

É, convém frisar, assaz significativo o facto de, a partir do Decreto n.º 1, não ter nunca o nosso legislador, salva a redacção vaga e infeliz do Decreto n.º 4.174, de 28 de Abril de 1918, permitido o casamento a menores de 16 anos, sendo do sexo masculino, e de 14, sendo do feminino e isto, certamente, por serem aquelas idades que, no nosso país, marcam, em regra, a entrada na puberdade.

Caminhando-se assim, a nosso ver, para o aperfeiçoamento do sistema dos impedimentos e respectiva teoria, não compreendemos bem o motivo por que continuou ou, melhor dizendo, por que se manteve a natureza de *dirimente absoluto* ao impedimento derivado da falta da idade núbil para todos os casos de casamentos celebrados com inobservância das idades mínimas fixadas na lei.

Efectivamente, uma vez que as idades de 18 e 16 anos podiam ser dispensadas, exigia a lógica dos princípios que os casamentos contraídos por menores daquelas idades, mas maiores de 16 ou 14 anos, consoante fossem do sexo masculino ou do feminino, ficassem feridos, quando muito, de nulidade relativa, equivalendo isto a dizer que o impedimento da falta daquelas idades de 18 e 16 anos, podendo ser dirimente relativo ou impediente, não deveria manter-se como dirimente absoluto.

Na verdade, não se nos afigura muito consentâneo com a lógica jurídica dos princípios que seja declarado nulo um casamento por

falta de dispensa de idade para, logo depois, e obtida esta, se voltar a realizar com plena validade.

Não seria acaso mais lógico que só pudesse ser declarado nulo o casamento celebrado nestas condições depois de verificada a não existência de circunstâncias que, nos termos da lei, justificassem a dispensa da idade?

Verificadas as circunstâncias que justificariam a dispensa, se tivesse sido solicitada, ficaria o casamento ferido de simples nulidade relativa, considerando-se ratificado desde que a mulher concebesse ou logo que ambos os cônjuges tivessem atingido a idade núbil antes, em qualquer dos casos, de ter sido intentada a acção de anulação do casamento. Os infractores, porém, incorreriam sempre, para evitar abusos, em quaisquer sanções que, no entanto, não atingiriam o vínculo matrimonial (29).

A dispensa da idade mínima era igualmente permitida pelo direito canónico e com certa amplitude, pois que aqueles limites mínimos fixados pela Igreja constituíam simples presunções *juris tantum* de puberdade e, como tais, admitiam prova em contrário. Para que fosse concedida a dispensa, bastava, portanto, que fosse feita a prova da existência da puberdade, orientação esta que deixa transparecer com toda a clareza a influência exercida pelo direito romano — a importância primacial atribuída ao despertar do sentido genésico.

Da falta das condições naturais para o casamento é que ninguém pode dispensar (30).

Não é esta, todavia, a solução dada actualmente pelo direito canónico, hoje codificado no *Corpus Juris Canonici*.

A possibilidade de dispensa continua a existir, mas em termos tão restritos que dificilmente a ela haverá lugar (31).

(29) É a orientação seguida em vários países, entre os quais Espanha, França e Itália.

(30) Mário de Figueiredo, *A Concordata e o Casamento*, pág. 33.

(31) Ver cân. 1.067.º.

Contra, ver F. Clayes Bonnaert e G. Simenon, *De Sacramentis*, vol. I, pág. 267, onde se sustenta que, não obstante se tratar dum impedimento de direito eclesiástico ele é dirimente absoluto, não admitindo dispensa em caso algum.

Confronte-se com o cân. 1.047.º do *Corpus Juris Canonici* de 1915, que reza assim: «*Nisi aliud ferat S. Poenitentiaræ rescriptum, dispensatio in foro*

Depois de todas as vicissitudes por que passou o problema da menoridade núbil a partir de 1910, à Igreja coube o papel de novamente se fazer ouvir.

Firmada a Concordata com a Santa Sé, foi publicado, em 25 de Julho de 1940, o Decreto n.º 30.615 que baixou, como já vimos, os limites mínimos da idade núbil para os fixados pelo *Corpus Juris Canonici* — 16 anos para varão e 14 para mulher.

Resultando dos termos da Concordata a preocupação que a ambas as partes dominou de aproximar o mais possível os dois sistemas de impedimentos, natural era que continuasse a ser admitida, entre nós, a dispensa da idade mínima, tal como sucede no direito canónico (cit. cân. 1.067), o que, aliás, não sucedeu. Em contrário, deixou de ter interesse o disposto nos art.ºs 294.º e 295.º do Código do Registo Civil, agora que as idades mínimas passaram a ser, por força do art.º 5.º do Decreto n.º 30.615, de 16 e 14 anos, precisamente aquelas para além das quais poderia, até aí, ser dispensada a falta dos 18 ou 16 anos, conforme se tratasse de homem ou mulher.

E não se falou, neste último decreto, em dispensa de idades (32).

interno no sacramentali concessa super impedimento occulto, adnotetur in libro diligenter in secreto Curiae archivo de quo in cân. 379 asservando, nec alia dispensatio pro foro externo est necessaria, etsi portea occultum impedimentum publicum evasserit; sed est necessaria, si dispensatio concessa fuerat tantum in foro interno sacramentali».

(32) Não podemos ocultar a nossa concordância com a orientação da nossa lei em não permitir dispensa das idades de 16 e 14 anos para o casamento. Com efeito, não é razoável que se casem pessoas de tenra idade. Os adultos, mais experientes e plenamente capazes, raramente o fazem seguros de acertar e, em regra, rodeiam-se de todas as cautelas. Como conceber então que jovens de menos de 16 ou 14 anos possam decidir *ad perpetuam* dos seus destinos? Quantas vezes não serão, mesmo depois de atingidas aquelas idades, celebrados casamentos por imposição das famílias levadas, quase sempre, por cálculos utilitaristas, esquecendo-se de que há valores atendíveis insusceptíveis de reduzir a cifras?

Lamentamos, pois, que se tenham abandonado os limites mínimos de idade estabelecidos pelo n.º 3.º do art.º 4.º do Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro de 1910. Essas deveriam ser, em princípio, as idades indispensáveis para a celebração do casamento e só em casos excepcionais em que seriam sacrificados altos interesses, se acaso essas idades não pudessem ser dispensadas, ao Juiz competiria conceder tal dispensa até 16 e 14 anos.

Achávamos preferível que a conciliação do nosso direito com o direito canónico se tivesse feito doutra forma. Os limites mínimos de idade seriam 18

O art.º 294.º do Código do Registo Civil atribuía aos juizes de direito a competência para conceder a dispensa da idade às maiores de 14 anos e menores de 16 e, por seu turno, o art.º 295.º do mesmo Código tornava extensiva a dispensa aos varões menores de 18 anos e maiores de 16.

Para baixo de 14 e 16 anos, conforme o sexo, nunca era permitido o casamento.

O art.º 5.º do Decreto n.º 30.615, fixando as idades mínimas em 16 e 14 anos, tornou desnecessária a autorização judicial que, assim, em nenhum caso terá lugar.

A falta de idade núbil constitui impedimento dirimente absoluto à celebração do casamento, não podendo, em caso algum, haver dispensa daquelas idades do art.º 5.º do Decreto n.º 30.615.

O próprio *exposto*, considerado maior aos 15 anos, de acordo com o disposto no art.º 289.º do Código Civil, não poderá casar antes dos 16 anos. Atingida esta idade e desde que lhe tenha sido dada a emancipação, poderá então o *exposto* casar, sem dependência sequer de prévia autorização, por força ainda do cit. art.º 5.º do Decreto n.º 30.615, interpretado a *contrario sensu*.

«Os menores de 21 anos *não emancipados* só poderão contrair casamento depois de obterem o consentimento...», diz este artigo. Ora, o *exposto*, ainda que menor de 21 anos, mas maior de 16 e *emancipado*, é fora de dúvida, que pode casar como se maior fosse de 21 anos.

e) CONCLUSÕES FINAIS

De todo o *exposto* se vê que o art.º 400.º do Código Penal se aplica a todos os que, sendo imputáveis, cometerem os crimes por

e 16 anos, qualquer que fosse a forma do casamento — civil ou canónica — podendo, no entanto, casar-se em casos excepcionais e obtida a necessária dispensa de idade, menores de 18 e 16 anos, mas maiores de 16 e 14. Os casamentos celebrados por maiores de 16 e 14 anos, mas menores de 18 e 16, não seriam nulos nem anuláveis, incorrendo apenas os infractores em certas sanções.

O impedimento de idade seria dirimente absoluto, como é, até aos 16 e 14 anos, conforme se tratasse de varão ou mulher, respectivamente; impediendo daí por diante, mas sendo as sanções a aplicar aos menores de 18 ou 16 anos mais graves que as aplicáveis aos que depois dessas idades celebrassem o casamento sem as necessárias autorizações.

ele cominados e, na parte relativa à suspensão da pena, a todo o ofensor que se encontre em idade núbil. Para baixo dos 16 anos não tem aplicação, porque a falta de nubilidadade constitui um impedimento dirimente absoluto à celebração do casamento e este artigo assenta precisamente no pressuposto da falta de qualquer impedimento e tanto assim que, quando a autorização é negada por quem de direito, «pertence ao Juiz da causa» o seu suprimento.

Sendo a ofendida menor de 14 anos, porque não pode haver dispensa de idade, terá o criminoso que cumprir a pena ou de a ir cumprindo até que a menor complete 14 anos, altura em que com ela poderá casar e, se o fizer, será posto em liberdade, ficando suspensa a pena ou o resto da pena ainda por cumprir, tudo por força dos §§ 1.º e 2.º do art.º 400.º.

Não basta que o réu queira casar com a ofendida, é preciso que case, para que possa beneficiar da suspensão da pena. Mas, como para o casamento é necessário não só o consentimento do réu, mas também o da ofendida, acontece que a esta cabe escolher a reparação que prefere — o casamento ou o cumprimento da pena.

Como, porém, exige a lei a autorização para o casamento por parte de quem, normalmente, tem a seu cargo a educação da menor, exigência que plenamente se justifica pela inexperiência da interessada e porque essa autorização pode ser negada sem justo motivo, cabe ao Juiz suprir essa autorização, quando injustamente negada por quem de direito (§ 3.º do art.º 400.º do Código Penal).

Não podemos deixar de manifestar a nossa concordância, sem reservas, com esta orientação seguida pelo nosso legislador.

A autorização é e deve ser exigida no interesse da própria menor. Fraca, inexperiente, com a personalidade mal definida ainda, nada mais natural nem mais fácil do que conseguir da menor o consentimento para um casamento por mais desfavorável ou ruinoso mesmo que se possa apresentar aos olhos de terceiros mais experimentados e estranhos a quaisquer influências de natureza afectiva. Não faltaria mesmo quem, ambicionando certos meios de fortuna, encontrasse nestes crimes sexuais um meio fácil de o conseguir. Para ser rico pouco mais seria preciso que cometer um crime de estupro ou violar uma menor que possuísse fortuna... É, por isso, mais que justificável, porque é mesmo louvável, dentro dum sã principio de moralidade, a exigência legal da autorização dos pais que é quem, por

via de regra, em melhores condições se encontra de justamente avaliar da conveniência ou oportunidade do casamento da filha com o criminoso.

Acontece, porém, que o negar ou autorizar o casamento dos filhos (quer os pais do menor ofensor que precisa da autorização, quer os da menor ofendida), não é feito no exercício dum direito, mas no cumprimento duma imposição legal que os coloca na posição de juizes do interesse do menor; e, por isto esquecerem, negam, muitas vezes injustificadamente, a autorização para o casamento destes, donde a necessidade de *controle* desta atribuição paterna, o que é feito por meio da faculdade de recurso da recusa de autorização para o Juiz da causa. Este então ponderará com independência e bom-senso a conveniência ou inconveniência do casamento, as bem ou mal fundadas razões da recusa e suprirá ou confirmará essa mesma recusa, conforme melhor lhe parecer. Em última análise, portanto, e embora indirectamente, é ao Juiz da causa que caberá a escolha entre o cumprimento da pena por parte do criminoso, ou a sua suspensão com o casamento.