

IMPUGNAÇÃO DE PATERNIDADE
ILEGÍTIMA — ANOTAÇÃO

ACÓRDÃO DE 21-11-1977

SUMÁRIO:

I. Está fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher 'o marido que, desta separado de facto, e eliminada qualquer hipótese de restabelecimento da sociedade conjugal, pôs definitivamente termo a qualquer espécie de relações de sexo com aquela. II. O advérbio de modo «fisicamente» reporta-se aos efectivos contactos sexuais de cópula entre os cônjuges; a impossibilidade destes reporta-se a qualquer obstáculo a esses contactos, segundo a experiência comum, obstáculo que pode estar, precisamente, na separação de facto por todo o período legal da concepção.

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

Pelo agente do Ministério Público na comarca de Sintra, foi esta acção declarativa, de processo ordinário, proposta contra A..., B... e C..., nos autos identificados, para impugnação da paternidade desta atribuída ao segundo, alegando:

Que os dois primeiros demandados casaram em 27 de Maio de 1953, sem que o seu casamento tenha sido anulado ou dissolvido mas vivendo os mesmos separados de facto, desde 14 de Janeiro de 1968, não mantendo desde então relações de convivência ou de sexo;

Que a última nasceu em 28 de Julho de 1969, ficando a constar do respectivo assento de nascimento ser filha legítima daqueles, por força da presunção decorrente do artigo 1801.º, n.º 1, do Código Civil;

Que o apontado pai não se encontrava presente nem representado no acto do referido assento e nunca reconheceu a menor como filha;

É que a mãe, meses depois de o marido ter abandonado o lar, passou a ter relações sexuais com um tal D..., com quem acabou de viver maritalmente.

Isto posto, invocando a viabilidade da acção reconhecida nos autos oportunamente apensos, concluiu por pedir:

a) Que se declare não ser a menor filha legítima daqueles e sim filha ilegítima da 1.ª demandada, A..., e de pai incógnito;

b) Que seja ordenada a rectificação do assento de nascimento da menor, 3.ª demandada, nesse sentido.

Observada a citação dos demandados, a menor na pessoa do curador *ad litem*, nenhuma contestação veio a ser oferecida.

O processo prosseguiu; e, em julgamento do tribunal colectivo, veio a ser proferido o acórdão de fls. 30 sobre a matéria de facto recolhida no questionário de fls. 19-v.º e decidida a acção pela sentença de fls. 34 que a julgou improcedente.

Seguidamente, recorreu o Ministério Público desta sentença para a Relação de Lisboa que a confirmou, com um voto de vencido; e é do respectivo acórdão que sobe, agora, esta revista.

Allegações, apenas a do magistrado recorrente, a que o digno representante do Ministério Público junto deste Tribunal dá o seu parecer favorável.

Correram os vistos legais e não surgiram obstáculos ao conhecimento do objecto do recurso, a que é chegada altura de passar.

O que tudo analisado:

Começaremos, naturalmente, por alinhar aqui os factos que vêm apurados.

Assim, temos que os dois primeiros demandados, Ida e Domingos, contraíram casamento canónico em 27 de Maio de 1953, casamento que não se mostra anulado ou dissolvido.

Vivem os mesmos, desde 14 de Janeiro de 1968, separados de facto e sem que, a partir de então hajam tido relações de convivência ou de sexo.

Essa separação ocorreu por abandono do lar conjugal, por parte do B..., naquela data.

A menor C..., 3.ª demandada, nasceu em 28 de Julho de 1969 e foi registada como filha legítima daqueles.

O referido B..., 2.º demandado, não estava porém presente ou representado quando foi lavrado o respectivo assento de nascimento e nunca reconheceu a mesma, por qualquer forma, como sua filha.

A A..., 1.ª demandada, pouco tempo depois de verificada a separação em referência, começou a manter relações sexuais com D... e, a partir de Março de 1970, com este vem partilhando as suas refeições e o leito, e mantendo relações sexuais de cópula como se fossem marido e mulher.

Estes os factos disponíveis que se recolhem da especificação e das respostas dadas ao questionário.

Passemos agora ao seu enquadramento legal.

Ora, o que, antes de tudo o mais, não é possível deixar de realçar é a evidente contradição que resulta da confirmação da paternidade legítima do 2.º réu, a que somos conduzidos pela improcedência da acção, do mesmo passo que se dá como averiguado não haver ele mantido relações de convivência ou de sexo com a mãe da menor há mais de 18 meses antes do nascimento desta.

A menor nasceu em 28 de Julho de 1969 (alínea A) da especificação de fls. 19).

Os réus B... e A... vivem separados de facto desde 14 de Janeiro de 1968; e, desde esta altura, não mais tiveram relações de convivência ou de sexo (resposta obtida pelo n.º 1 do questionário).

É óbvio que, se os mesmos não tiveram relações de sexo desde essa altura, não podia ter sido aquele quem gerou a dita menor; e que, por consequência, a declaração de paternidade que consta do respectivo assento de nascimento, decorrente da presunção estabelecida pelo artigo 1801.º, n.º 1, do Código Civil, não corresponde à realidade de facto que em julgamento ficou apurada.

Vejam, pois, se é necessariamente de um imperativo da própria lei que resulta o absurdo a que assim nos expomos; o que, desde já se diga, é a última das hipóteses que se poderão admitir, uma vez que no ordenamento jurídico não cabem, por princípio, disposições absurdas ou contraditórias.

A fé que os registos oficiais reivindicam resulta, acima de tudo, da presunção de verdade que lhes está subjacente e que importa respeitar para que aquela se imponha.

No caso dos autos, a improcedência da acção equivale à confirmação de um registo que os mesmos autos desmentem com o julgamento neles feito da matéria de facto, como se disse.

Biologicamente, o 2.º réu não é, consoante o que vem apurado, o pai da menor C..., contra o que ficou a constar do registo de nascimento desta e sobre o que se não levanta, à face do processo, a mínima dúvida.

Pouco depois de separada do marido, a mãe da C..., como decorre da resposta aos n.ºs 3 e 4 do questionário, começou a manter relações sexuais de cópula com outro homem; com ele passando, a partir de Março de 1970, a viver maritalmente.

Quer isto dizer que, quando aquela entrou de viver *more uxorio* com esse outro homem, já a menor havia nascido, situação que não confere com a da hipótese prevista pela alínea c) do artigo 1817.º do Código Civil.

No petitório não se citou, de resto, essa ou qualquer outra das alíneas do mesmo artigo e só nas alegações de recurso para a Relação surge a

citação da respectiva alínea a), outro tanto acontecendo nas alegações de recurso para este Tribunal.

Mas, na verdade, as alegações em matéria de direito não vinculam o julgador (artigo 664.º do Código de Processo Civil).

Vejamos então a citada alínea a) do artigo 1817.º do Código Civil.

Fala-nos ela, como meio de impugnar a paternidade do filho concebido durante o matrimónio, da circunstância de ter o marido estado fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher em todo o período legal da concepção.

Coabitar, no sentido do seu étimo, reporta-se à comunidade de habitação, à vida em comum, como é sabido.

Tem no entanto de entender-se, no contexto em que o vocábulo neste caso se insere, que essa vida em comum se dirige às relações de sexos, pois todo o preceito assenta nesse tipo de relações, as relações de proleitura.

Estará assim fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher o marido que, desta separado de facto, e eliminada qualquer hipótese de restabelecimento da sociedade conjugal, pôs definitivamente termo a qualquer espécie de relações de sexo com aquela.

Se isso se prova, e tem de se admitir que foi o que no caso vertente se deu como provado, em todo o período legal da concepção, haverá igualmente de admitir-se que fica ilidida a presunção contida no artigo 1801.º, n.º 1, do mesmo diploma (resposta ao quesito 1.º).

E depois, temos também a prova de que, logo após essa separação, iniciou a mãe da menor a prática de relações sexuais com outro homem que não o marido, o que certamente é de molde a corroborar a situação de rompimento da respectiva sociedade conjugal ao longo de todo o período legal da concepção (resposta ao quesito 3.º conjugada com aquela outra e com a alínea A) da especificação).

Um tal enquadramento tem pelo menos o mérito de evitar a contradição entre o julgamento que reconhece não ser efectivamente o réu D... o pai da menor C... e o assento de nascimento desta que estabelece precisamente o oposto.

A exegese do texto legal (cit. artigo 1817.º, alínea a)) não sujeita forçosamente o intérprete a optar pelo sentido absoluto de termos que o legislador não definiu por essa forma e cujo significado corrente pode ter apenas uma força relativa, consoante o uso quotidiano a que se submete.

O advérbio de modo «fisicamente», que ali surge, reporta-se, como facilmente se infere do contexto em que se mostra inserido, aos efectivos contactos sexuais de cópula entre cônjuges.

E a impossibilidade destes, naturalmente a todo e qualquer obstáculo a esses contactos que efectivamente os torne inexistentes, segundo a experiência comum.

Ora, um desses obstáculos pode estar precisamente na separação de facto, com rompimento da sociedade conjugal, por todo o período legal da concepção, como é o caso.

Evitando-se, como se impõe, que a forma sobreleve o fundo para servir a qual foi criada, poupar-no-emos, assim, repete-se, aquele absurdo que, convenhamos, em nada favorece o prestígio da Justiça, de se confirmar como pai um marido que, ao mesmo tempo, se reconhece e de facto declara não o ser.

Com efeito, pelo julgamento da matéria de facto, ficou definitivamente estabelecido, sem margem para qualquer dúvida, não ser o réu B..., marido da 1.ª ré, o pai da menor filha desta, a menor C...

Curial será, por consequência, repor o respectivo assento de nascimento de harmonia com essa verdade judicialmente apurada e é quanto resta fazer.

Assim se restaurará a fé pública que um registo oficial deve merecer e que ao Estado compete por certo garantir.

Não o impedem nem a interpretação literal e lógica daquele preceito, como a sua interpretação sistemática, nem a sua história abordada nas doutas alegações do Ministério Público (artigo 9.º do Código Civil).

Os pressupostos taxativamente enumerados para acção de investigação pelo artigo 1860.º do Código Civil não são aqui de invocar.

Não se trata de uma acção de investigação de paternidade mas de negação de paternidade, respectivo artigo 1817.º, portanto de realidades diversas, que o legislador tratou separadamente por formas diferentes.

Basta, na verdade, respeitando esse diferente tratamento do legislador, que se observe neste caso qualquer dos pressupostos desse citado artigo 1817.º, e observa como fomos levados a concluir.

Termos estes em que se acorda em conceder a revista; revogando-se o acórdão recorrido, como a sentença que confirmou; e declarando-se, para ficar a constar do respectivo assento de nascimento conformidade em que o mesmo se rectificará de harmonia com o artigo 316.º do Código do Registo Civil, que a 3.ª demandada, C..., é filha da 1.ª demandada A... e de pai incógnito (não do 2.º demandado B...).

Sem custas (os réus por força do artigo 449.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Civil; e o autor por força do artigo 3.º, n.º 1.º, n.º 1, alínea c), do Código das Custas Judiciais.)

Lisboa, 2 de Novembro de 1977.

Hernâni de Lencastre (*Relator*) — Oliveira Carvalho — José Ilharco
Alvares de Moura.

ANOTAÇÃO

Pelo Dr. Eridano de Abreu

1. Este acórdão debruçou-se sobre um caso melindroso que merece ser meditado.

Como se infere do seu relatório, o Ministério Público intentou uma acção declarativa contra A..., B... e C..., impugnando a paternidade desta, atribuída a B, alegando em resumo:

Os dois primeiros demandados casaram em 27 de Maio de 1953, tendo-se separado de facto em 14 de Janeiro de 1968, não mantendo desde então relações de convivência ou de sexo.

Em 29 de Julho de 1969 nasceu a demandada C..., ficando a constar do seu assento de nascimento ser filha legítima daqueles, por força da presunção estabelecida no artigo 1801.º, n.º 1, do Código Civil, com a redacção anterior à reforma introduzida pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

O inculcado pai não se encontrava presente nem representado no acto do referido assento, nem jamais reconheceu como sua filha a menor C...

A mãe desta, depois do marido ter abandonado o lar, passou a ter relações sexuais com D..., com quem acabou por viver maritalmente.

Com estes fundamentos, que provou, pediu que fosse declarado não ser a menor filha legítima de A... e B..., mas sim filha ilegítima daquela e de pai incógnito, e ainda que seja ordenada a rectificação do assento de nascimento da menor.

A acção foi julgada improcedente na primeira instância e na Relação.

Depois de fixar a matéria de facto já descrita, o acórdão em análise começou por realçar a contradição que resulta da confirmação da paternidade legítima de B..., resultante da improcedência da acção, em confronto com a matéria que consta da resposta ao quesito 1.º do questionário, onde se disse que os réus A... e B... vivem separados de facto desde 14 de Janeiro de 1968 e desde essa altura *não mais tiveram relações de convivência ou de sexo*.

Ora, foi em face desta resposta que o acórdão se decidiu pela procedência da acção, visto que, se A... e B..., desde 14 de Janeiro de 1968, não tiveram relações de convivência ou de sexo, não podia C..., nascida em 28 de Julho de 1969, ter sido gerada por força de relações sexuais que não existiram, isto é: biologicamente, não é filha de B..., conforme foi apurado.

Este circunstancialismo, segundo o acórdão, preencheu a moldura abrangida pela alínea a) do artigo 1817.º, do Código Civil, tal como estava redigida antes do referido Decreto-Lei, e, por isso, concedendo a revista, decidiu que fosse rectificado o assento de nascimento de C... no sentido de que é filha de A... e de pai incógnito (não do demandado B...).

Assim, ficou a porta aberta para C... investigar a sua paternidade ou ser perfilhada mas, em face do julgado, jamais poderá inculcar a paternidade a B..., com quem era casada sua mãe à data do seu nascimento e concepção.

2. A procriação, ainda hoje, é matéria cujos mistérios são insusceptíveis de ser desvendados por prova directa. Como diz o Dr. Hermano Saraiva (1), «a sua determinação não pode nunca ser um juízo de certeza, mas apenas um juízo de probabilidade. Certo que o parentesco, legítimo ou ilegítimo, se origina numa relação biológica; mas esta só é apreciável, para o direito, através de reflexos exteriores. Estes reflexos, ou indí-

(1) *Progenitura e Paternidade*, pág. 38.

cios, são muito numerosos e de força muito variável; e é evidente que o grau de probabilidade está dependente da natureza dos indícios em que se apoia. *Por isso*, o direito selecciona os indícios mais fortes, aqueles que geram no espírito uma quase certeza e faz consistir neles a prova da procriação».

Ora, um desses indícios é precisamente o casamento — *pater is est quem nuptiae demonstrand.* Com efeito, estabelecia o artigo 1801.º do Código Civil, antes da sua última reforma, que se presume legítimo o filho nascido na constância do matrimónio, nos termos dos artigos 1796.º a 1798.º e salvo o disposto nos artigos 1803.º e 1804.º

Este último artigo dizia, porém, que cessa a presunção da legitimidade de filho, quando o nascimento ocorresse passados trezentos dias depois de finda a coabitação dos cônjuges por algumas das seguintes causas:

- a) Separação judicial de pessoas e bens;
- b) Abandono completo do lar conjugal;
- c) Rconhecimento judicial da ausência do marido.

Dizia o mesmo artigo quando devia considerar-se finda a coabitação, referindo que, no caso de abandono do lar, cessa no dia que tiver sido fixado como o do abandono, em sentença de separação judicial de pessoas e bens ou de divórcio.

Conforme dispunha o artigo 1807.º, antes da mesma reforma, a legitimidade presumida devia constar obrigatoriamente do registo de nascimento do filho, não sendo admitidas menções que a contrariassem, salvo o caso previsto no artigo 1803.º, também com a anterior redacção.

Assim, em face do artigo 142.º, do Código de Registo Civil, não é admitida no registo civil declaração contrária à legitimidade de filho, nascido ou concebido na constância do casamento da mãe que goze da presunção legal da legitimidade, enquanto essa presunção não for ilidida por decisão judicial passada em julgado.

Quando, porém, contra o disposto na lei, não se fizesse menção da legitimidade do filho ou se houvesse menções contrárias a ela, podia qualquer interessado, o Ministério Público

ou o funcionário competente promover a rectificação do registo. Era assim que dispunha o artigo 1808.º, com a redacção anterior, acrescentando que de igual faculdade gozavam as mesmas pessoas quando tivesse sido registado como legítimo quem por lei o não devesse ser.

3. No caso *sub iudice* não chegou a haver, que se saiba, qualquer sentença que tivesse decretado a separação judicial dos cônjuges ou o seu divórcio, em que houvesse sido fixado o dia do abandono do lar, por parte do marido, que tivesse determinado a separação de facto verificada entre eles.

Assim, nos termos do anterior artigo 1815.º, C... tinha de haver-se por filha legítima de B..., uma vez que a presunção da sua legitimidade não havia cessado, como dispunha o artigo 1804.º, também com a redacção anterior.

A sua legitimidade, porém, podia ser impugnada pelo marido da mãe ou pelo Ministério Público, nos termos do artigo 1820.º, conforme a redacção antiga, quando se não verificasse nenhum dos factos previstos no n.º 1, do artigo 1816.º, tal como estava redigido antes da reforma referida e, além disso, desde que ocorresse alguma das seguintes circunstâncias:

- a) Ter estado o marido fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher em todo o período legal da concepção;
- b) Ter ele sofrido em todo esse período de impotência absoluta para ter cópula ou para gerar;
- c) Ter estado separado de facto da mulher em todo aquele período e ter esta mantido no decurso do mesmo período convivência marital com outro homem, estabelecida por comunhão duradoura de leito, mesa e habitação, em condições análogas às dos cônjuges, fora do domicílio conjugal;
- d) Ter a mulher cometido adultério dentro do período da concepção e ocultado do marido a gravidez e o nascimento do filho, desde que o marido prove, por qualquer outra circunstância, que o filho não foi procriado por ele.

No caso presente esteve em causa tão somente o circunstancialismo previsto na alínea *a*) que o acórdão considerou por verificado, uma vez que entendeu estar fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher o marido que, desta separado de facto, e eliminada qualquer hipótese de restabelecimento da sociedade conjugal, pôs definitivamente termo a qualquer espécie de relações de sexo com aquela. A esse entendimento não obstava o advérbio de modo «fisicamente», que se lia no artigo 1817.º, alínea *a*), visto que se reportava aos efectivos contactos sexuais de cópula entre os cônjuges; e a impossibilidade de tais contactos referia-se a qualquer obstáculo a esses contactos, segundo a experiência comum, obstáculo que podia estar, precisamente, na separação de facto por todo o período legal da concepção.

A esa solução foi levado o acórdão em análise, estamos em crer, para evitar, como nele se assinalou, o absurdo de confirmar como pai um marido que, ao mesmo tempo, se declara não o ser...

Não foi esta a primeira vez que os tribunais, ao aplicar o direito aos factos, em matéria tão delicada, como é a da filiação, se viram forçados a ditar certezas que a lei, com todo o cuidado, não foi além de meras presunções.

4. O anterior Código Civil dispunha no seu artigo 103.º que a presunção da legitimidade dos filhos nascidos durante o matrimónio, passados cento e oitenta dias depois da sua celebração ou dentro dos trezentos dias subsequentes à sua dissolução, ou à separação dos cônjuges, só pode ser ilidida, provando-se ter-se achado o marido fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido o nascimento do filho.

Esta dissolução, que teve por fonte o artigo 312.º do Código Civil Francês, foi reproduzida com ligeiras alterações pelo Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, foi consignada na alínea *a*) do artigo 1817.º, do Código Civil, com a redacção anterior, aqui se determinando também que o marido pode impugnar

a paternidade, se ocorrer esta circunstância: ter estado fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher em todo o período legal da concepção.

A palavra coabitar tem o sentido que lhe foi atribuído no Código Napoleónico, tendo sido nele consagrada como sinónimo de união sexual (2) e, por isso, a lei, ao estabelecer a impossibilidade física de haver esse união sexual como fenómeno susceptível de afastar a presunção da paternidade legítima, aceitava que, em tal caso, fosse derogada essa presunção e nada mais.

A razão de ser da disposição que permitia ao marido impugnar a paternidade legítima quando provasse factos dos quais se inferia ter estado fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher em todo o período legal da concepção era determinada pelo reconhecimento de que não podia haver a certeza de que o marido não teve relações sexuais com a mulher durante esse período. Na verdade, se fosse possível fazer a prova de que a mulher não teve relações sexuais com o marido na época da concepção, não seria necessário provar-se a impossibilidade física da coabitação ou qualquer outra das circunstâncias enumeradas no citado artigo 1817.º

O Tribunal Colectivo, por vezes, julgava-se capaz de afirmar que durante o período legal da concepção a mulher nunca teve relações com o marido e só as manteve com outro e daí surgia a dificuldade em que se viu o Supremo no caso presente.

Num caso em que marido e mulher, posto que separados de facto, fazendo vida independente, não residindo longe um do outro e não se mostrando a existência de obstáculo, irremovível, ao contacto carnal entre ambos, em resposta a determinado quesito, mesmo para além do que lhe era perguntado, o Tribunal Colectivo afirmou que a mãe da autora esteve, no período legal da concepção, *fisicamente impossibilitada de coabitar com o marido* (3).

(2) Cicu, *La Filiacion*, trad. espanhola, pág. 122.

(3) Mendonça Pais, *Questões de Direito Civil e Comercial*, Vol. I, pág. 154.

A resposta, como foi dada, não era da competência do Tribunal Colectivo e só em face dos factos que houvessem sido apurados a tal respeito poderia ser proferida decisão de direito sobre a existência da impossibilidade física da coabitação.

Como escreveu Vítor Nunes ⁽⁴⁾, citando Rogron, competia ao Juiz decidir se, conforme a distância e as dificuldades de se acharem os cônjuges um junto do outro, este afastamento constituía impossibilidade física.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de Outubro de 1973 ⁽⁵⁾ que foi levado a proferir a sua decisão no sentido de que o filho de mulher casada não é do seu marido, por virtude das respostas do Tribunal Colectivo que deu como provada a inexistência de relações sexuais entre o marido e mulher, durante o período legal da concepção, mereceu um voto de vencido do Conselheiro Arala Chaves no qual, muito acertadamente, ponderou que «a circunstância de se ter declarado provado que em todo o período da concepção a mulher não teve relações com o marido, em que o acórdão se funda, é irrelevante segundo o critério legal. Se válido fosse, a ele se resumiria o fundamento da acção».

Também o acórdão da Relação de Évora, de 29 de Janeiro de 1976 ⁽⁶⁾ decidiu que a impossibilidade física de coabitação durante o período da concepção há-de resultar de factos ou situações que demonstrem inequivocamente a incompatibilidade de relações físicas (sexuais) entre o marido e mulher, naquele período e, portanto, que o filho não podia ser procriado por aquele, o que acontece quando se verifica a separação de facto do marido e da mulher durante o período da concepção e a prática *exclusiva* de relações de sexo daquela com homem diverso do marido, naquele período.

Se assim fosse, bastaria a lei, como circunstância válida para impugnar a legitimidade da filiação, enunciar o facto de

⁽⁴⁾ *Comentário à Lei de Protecção aos Filhos*, 2.ª ed., pág. 164.

⁽⁵⁾ *Bol.*, 230, pág. 116.

⁽⁶⁾ *Bol.*, 255, pág. 158.

a mulher não ter tido relações sexuais com o marido na época da concepção.

Não era isso, porém, o que a lei estabelecia, não podendo o julgador afirmar o que a lei julgou impossível poder reconhecer, a não ser pela via indirecta enunciada nas quatro alíneas do referido artigo 1817.º, do Código Civil.

5. Não deve esquecer-se que, face à alínea c) do citado artigo 1817.º, o marido podia também impugnar a paternidade legítima no caso de ter estado separado de facto da mulher em todo o período legal da concepção e ter esta mantido no decurso do mesmo período convivência marital com outro homem, estabelecida por comunhão duradoura de leito, mesa e habitação, em condições análogas às dos cônjuges, fora do domicílio conjugal. Ora, se a separação de facto, por todo o período legal da concepção, constituía um obstáculo às relações sexuais entre os cônjuges, segundo a experiência comum, era inútil esta disposição, sendo dispensável, como aconteceu no caso decidido pelo acórdão, a convivência marital estabelecida por comunhão duradoura de leito, mesa e habitação, em condições análogas às dos cônjuges fora do domicílio conjugal.

Aliás, juízo semelhante podia ter-se perante a alínea b) do mesmo artigo.

A circunstância de o marido sofrer durante todo o período legal da concepção de impotência absoluta para ter cópula ou para gerar, também constituía obstáculo, segundo a experiência comum, a quaisquer contactos sexuais. Sendo assim, também escusado seria a lei ter estabelecido uma tal disposição.

6. O artigo 312.º do Código Napoleónico dispõe que o filho concebido durante o casamento tem por pai o marido e acrescenta que este poderá impugnar a legitimidade do filho se provar que, durante o tempo decorrido entre o 300.º e o 180.º dia antes do nascimento desse filho estava, quer por afastamento, quer por efeito de qualquer outro acidente, na impossibilidade de coabitar com sua mulher.

Na esteira desta disposição seguiu o antigo Código Civil italiano — artigo 162.º — e o actual, de 1942, — artigo 235.º — o primeiro falando de impossibilidade física de coabitação com a mulher, em virtude de o marido estar ausente ou por outro acidente qualquer e o segundo falando na impossibilidade física de coabitar com a mulher por causa de ausência ou por outro facto.

Nos trabalhos preparatórios do Código Civil de Napoleão ficou claro que quando nele se fala de afastamento ou de qualquer outro acidente pretendeu-se, com esta última frase, incluir nela o caso de impotência do marido.

No entretanto, como no antigo Código italiano se previa também este caso, foi-lhe determinado outro alcance.

Cicu (1), depois de reconhecer que a palavra coabitar é sinónimo de união sexual, que é exacto a lei não consentir a prova de que não houve acesso carnal, por ser impossível produzi-la com certeza e que substituiu essa prova pela prova da impossibilidade de tal acesso, afirma que não há razão para se entender que a lei reconheça como únicas causas da referida impossibilidade o afastamento e a impotência, uma vez que continua a falar de «outro acidente qualquer». O que se pretende, diz ele, é que a causa seja tal que exclua a possibilidade de união, como acontece quando se prova uma enfermidade que impossibilite a união e os cônjuges estejam continuamente assistidos por outras pessoas.

A nossa lei anterior, porém, incluiu, entre as circunstâncias que permitem a impugnação da paternidade legítima, a impossibilidade física de coabitação, não se referindo ao afastamento ou a outro acidente de que nos fala o Código Napoleónico e o antigo Código Civil italiano, nem mesmo a impossibilidade física de coabitação com a mulher por causa de ausência ou por outro facto, como diz o Código Civil italiano de 1942.

Porquê?

Em nosso entender, falando a lei em impossibilidade física

(1) *Ob. cit.*, pág. 122.

de coabitação, dispensou a referência a qualquer causa dessa impossibilidade, por desnecessária a alusão à ausência ou a qualquer acidente ou mesmo a outro facto.

Qualquer causa servia, mas o que era indispensável é que aquela que fosse invocada tivesse a virtude de preencher o disposto contido na alínea *a*) do mencionado artigo 1817.º e este só seria respeitado, se fossem provados factos dos quais se inferisse que, durante o período legal da concepção, ao marido e mulher não era possível, fisicamente, haverem tido relações de sexo.

Ora, desde que pudesse imaginar-se que o marido podia ter tido, durante o período legal da concepção, relações sexuais com a mulher, não podia ter-se por verificada a circunstância prevista na alínea *a*) do citado artigo.

7. O Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, veio alterar profundamente todo o título III, do Livro IV, do Código Civil, que trata da filiação.

Em face das disposições que regulam, hoje, a matéria versada no acórdão, não podia deixar de julgar-se procedente a acção, uma vez que, em nosso entender, todos os requisitos se verificaram para declarar C... como filha ilegítima de A... e de pai incógnito (não de B...).

É um princípio geral estabelecido pelo artigo 1796.º, conforme a nova redacção que a este artigo foi dada, que a paternidade se presume em relação ao marido da mãe, estabelecendo o artigo 1826.º: «presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio tem como pai o marido da mãe».

Outro princípio que estabelece o artigo 1798.º tal como se encontra hoje redigido, é o de que o momento da concepção do filho é fixado, para efeitos legais, dentro dos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o seu nascimento, salvo se dentro dos trezentos dias anteriores ao nascimento tiver sido interrompida ou completada outra gravidez, visto que, em tal caso, não são considerados para a determinação do momento da concepção os dias que tiverem decorrido até à interrupção da gravidez ou ao parto (artigo 1799.º), ou

se vier a provar-se que o período da gestação do filho foi inferior a cento e oitenta dias ou superior a trezentos (artigo 1800.º).

Todavia, a presunção de paternidade cessa em relação aos filhos concebidos antes do casamento que hajam nascido dentro dos cento e oitenta dias posteriores à celebração do casamento, se a mãe ou o marido declararem no acto do registo que o marido não é o pai (artigo 1823.º) e ainda em relação aos filhos nascidos passados trezentos dias, depois de finda a coabitação dos cônjuges assim considerada na data da primeira conferência; tratando-se de divórcio ou separação por mútuo consentimento, na data da citação do réu para a acção de divórcio ou separação litigiosos, ou naquela que a sentença fixar como o da cessação da coabitação e na data em que deixou de haver notícias do marido conforme decisão proferida em acção de nomeação de curador provisório, justificação de ausência ou declaração de morte presumida (artigo 1829.º).

A paternidade do filho pode ser impugnada pelo marido da mãe, por esta, pelo filho, ou pelo Ministério Público, desde que seja provado que, de acordo com as circunstâncias, a paternidade do marido é manifestamente inviável (artigo 1839.º).

Quer dizer: as circunstâncias enumeradas no artigo 1817.º deixaram de ser indispensáveis para a prova da impugnação da paternidade legítima para valerem hoje quaisquer circunstâncias em face das quais se possa dizer que a paternidade do marido da mãe é manifestamente improvável.

Ora, das circunstâncias que levaram o Supremo a considerar C... como filho de A... e de pai incógnito e não de B... resulta a certeza de que este, efectivamente, não era pai de C...

O que parece é ir longe de mais o tribunal colectivo quando dá como provado que o marido da mãe não teve relações sexuais com esta durante o período legal da concepção.

A doutrina deste acórdão, face à nova disposição, vai fazer carreira e os tribunais colectivos sentir-se-ão capazes de afirmar, para o futuro, que o marido da mãe teve ou não relações sexuais com este ou com aquele, indo tão longe como até hoje nunca foi a nossa legislação.

Em todo o caso, se se verificarem as circunstâncias que o artigo 1817.º dispunha antes da última reforma do Código Civil, estamos em crer que a paternidade do marido da mãe é manifestamente improvável, como se diz no artigo 1832.º, n.º 2, com a redacção actual.