

A PRECLUSÃO DO DIREITO DE ACCIONAR NAS ACÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE — ALGUNS PROBLEMAS

Pelo Dr. Alberto Amorim Pereira

SUMÁRIO

- Introdução
- I. O reconhecimento jurídico da paternidade. Linhas gerais.
- II. A acção de averiguação oficiosa da paternidade. Contagem do prazo.
- III. A questão da prescritibilidade do direito de investigar.
- IV. O artigo 1817.º do Código Civil. Natureza jurídica do prazo de propositura da acção de investigação.
A alegação de justo impedimento.
- V. O artigo 1817.º do Código Civil (cont.). Prazos.
O conceito de escrito. O conceito de tratamento. Cessação de tratamento.
- VI. O ónus da prova da caducidade nas acções de investigação.

INTRODUÇÃO

No âmbito da disciplina de Direito Civil do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra relativo ao ano de 1986/87, propusemo-nos tratar o tema do ónus da prova da caducidade nas acções de investigação de paternidade.

Não apenas por razões de exposição, como especialmente de compreensão do estado do problema e esboço de soluções,

há-de, porém, caber neste trabalho uma análise tanto quanto possível ordenada das principais questões que ao intérprete do artigo 1817.º do Código Civil se apresentam.

A tal tarefa não quisemos furtar-nos e neste sentido se entenderá o discurso das páginas seguintes.

Com efeito, a tentada análise do referido preceito legal, parece-nos razoável admiti-la como um processo lógico de raciocínio conducente ao tema do ónus da prova, sem a qual, necessariamente, quedaria truncado de suficiente fundamentação.

Tais as razões do título que optámos por atribuir a este trabalho.

Finalmente, resolvemos aqui incluir algumas palavras sobre a problemática da contagem do prazo nas acções de averiguação oficiosa, posto que, tendo sido oportunamente objecto da nossa reflexão fora do âmbito deste trabalho, nos pareceu de algum modo enriquecê-lo.

I. *O reconhecimento jurídico da paternidade. Linhas gerais.*

O actual Código Civil português impôs como regra a averiguação oficiosa da paternidade, nos casos em que o filho não seja perfilhado pelo pai antes do nascimento ou por declaração prestada no acto de registo.

E a sua justificação, de acordo com GUILHERME DE OLIVEIRA, pode encontrar-se no desejo de satisfazer o direito à identidade e à moral, de tutelar o interesse geral da melhor socialização e amparo económico do filho; e na consciência de que não vale grande coisa garantir a todos os filhos a igualdade de direitos, se não se fizerem os esforços possíveis no sentido de constituir as relações de filiação (1).

Trata-se de um sistema, afinal, decorrente de se ter dado prevalência ao interesse geral da definição do estado civil das pes-

(1) In «Critério Jurídico da Paternidade», Coimbra, 1983, pp. 450 ss.

soas sobre os interesses particulares (2) — relevância jurídica da verdade biológica — e se afasta da ideia tradicional do Código Francês, que entendia a perfilhação como acto da vontade e que se aproxima dos direitos norueguês e dinamarquês (3).

Esta averiguação poderá conduzir à confirmação da paternidade, em termo de perfilhação (artigo 1865.º, n.º 3 do Código Civil).

Se o presumido pai negar ou se recusar a confirmar a paternidade, o tribunal, provada a viabilidade da acção, ordenará a remessa do processo ao Agente do Ministério Público junto do tribunal do domicílio do pai, a fim de ser intentada a respectiva acção de investigação — artigo 1865., n.º 5 do Código Civil.

A acção oficiosa de investigação terá de ser proposta no prazo de dois anos a contar do nascimento do filho — art. 1866.º, alínea b) do Código Civil.

A par da averiguação ou investigação oficiosa da paternidade, o actual Código Civil prevê um processo de averiguação da paternidade estribada no exercício de um direito concedido ao suposto filho, seu representante legal ou descendentes.

A tal respeito, a reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, estabeleceu regras muito diferentes das que vigoravam até então, com vista a fazer coincidir, tanto quanto possível, a filiação jurídica com a filiação real.

Desde logo, consagra-se o princípio da liberdade da investigação.

Nos termos do n.º 1 do artigo 1871.º do Código, presume-se a paternidade quando exista posse de estado, escrito do pai, concubinato qualificado ou simples e sedução.

Anteriormente à Reforma de 77, estas circunstâncias constituíram não presunções legais mas simples pressupostos de

(2) JOSÉ DOS SANTOS SILVEIRA, «Investigação da Paternidade Ilegítima», Coimbra, 1971, pág. 22.

(3) PEREIRA COELHO, «Filiação», Coimbra, 1977, pág. 54; BAPTISTA LOPES, «Filhos Ilegítimos», Coimbra, 1973, pp. 87 ss.

admissibilidade da acção, podendo dizer-se que o legislador de 66 *proibia*, como regra, a investigação ⁽⁴⁾(⁵).

Daí decorre que as presunções legais, por *carregadas da probabilidade de o Réu ser o pai* ⁽⁶⁾, facilitam a tarefa do autor nas acções de investigação.

As presunções, nos termos do n.º 2 do artigo 350.º do Código Civil, invertem o ónus da prova, podendo ser afastadas quando existam dúvidas sérias sobre a paternidade do investigado — art. 1871.º do Código Civil.

A acção de investigação de paternidade só pode ser intentada se já se achar estabelecida a maternidade ou se for pedida, conjuntamente, o reconhecimento de uma e outra.

Por outro lado, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 1817.º e 1873.º, fixam-se prazos breves para o exercício do direito à acção.

O prazo-regra é de dois anos. A acção de investigação — preceitua o artigo 1817.º — só pode ser proposta durante a menoridade do investigante ou nos dois primeiros anos posteriores à sua maioridade ou emancipação.

Os n.ºs 3 e 4 do mesmo preceito estabelecem excepções àquele prazo regra, dando ao filho a possibilidade de utilizar um

(4) PEREIRA COELHO, «Filiação», cit., pág. 112; EDUARDO DOS SANTOS, «Direito da Família», Coimbra, 1985, pp. 112 ss.

(5) Desta circunstância entende COSTA PIMENTA — in «Filiação», Coimbra, 1986, pág. 415 — quase não se vislumbrar campo útil para a existência da averiguação oficiosa, assinalando a incoerência do legislador ao ter suprimido os pressupostos de admissibilidade, sem alterar a averiguação oficiosa. É que, mesmo no domínio do direito anterior à Reforma, o Ministério Público nunca esteve sujeito a esses pressupostos ou condições de admissibilidade da acção subsequente de investigação. Para este Autor, *o equivalente prático para filtrar a actuação do Ministério Público era a necessidade que este tinha de dar início ao processo prévio da averiguação oficiosa para nele obter o despacho de viabilidade, que o legitimaria para intentar aquela acção de investigação*. Com efeito, o M.P., em não conseguindo o despacho de viabilidade, sempre poderia instaurar a acção de investigação, invocando a representação do menor.

(6) GUILHERME DE OLIVEIRA, «Estabelecimento da Filiação — Mudança recente e perspectivas», Conferência produzida em 19DEZ84 no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, in «Temas de Direito da Família», Coimbra, 1986, pág. 98.

meio de prova que não pôde ser exibido antes: o tratamento, no prazo de dois anos posteriormente à sua cessação; o escrito, nos seis meses posteriores ao seu conhecimento.

Enunciado, em traços necessariamente gerais, o regime jurídico da investigação da paternidade, no direito português, analisarei de seguida alguns temas em certo sentido controvertidos, de algum modo relacionados com a extinção do direito de agir, nestas acções.

II. *A acção de averiguação oficiosa da paternidade.* *Contagem do prazo.*

Na sequência da referida opção tomada pelo legislador português na obtenção de uma decisão rápida de aderir à verdade biológica, prescreve a alínea *b*) do artigo 1866.º do Código Civil que a acção de averiguação oficiosa da paternidade não pode ser admitida *se tiverem decorrido dois anos sobre a data do nascimento* (7).

Como se conta este prazo de dois anos é questão não inteiramente resolvida.

À primeira vista, parecerá ter a expressão *data do nascimento* um sentido claro, que corresponde à data, em senso cronológico, do acto de nascer.

Porém, a disposição em análise, conjugada com o estabelecido nos artigos 1864.º do Código Civil e nos artigos 3.º e 149.º, n.º 1 do Código do Registo Civil, poderão levar-nos a outra conclusão, seja da aceitação da relevância do registo de nascimento.

(7) Para GUILHERME MOREIRA, a fixação deste prazo significará, antes de tudo, *uma cautela e um estímulo: uma cautela do Estado em não onerar os seus agentes com procedimentos dificultados, ou de êxito incerto, pelo envelhecimento das provas; um estímulo, no sentido de as entidades competentes não protelarem as diligências e de proporem, sem grande demora, a acção dirigida ao estabelecimento do vínculo — cumprindo o seu dever funcional, satisfazendo o interesse público e, reflexamente, o interesse dos particulares que descansarão sobre a actividade oficiosa.* — in «Estabelecimento da Filiação», Coimbra, 1979, pág. 148.

Dispõe-se no citado artigo 1864.º:

Sempre que seja lavrado registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo, a fim de se averiguar officiosamente a identidade do pai.

Obrigaçãõ que, de forma análoga, comete o artigo 149.º do Código do Registo Civil, ao Conservador.

Por outro lado, de acordo com o artigo 3.º do Código do Registo Civil, (salvo disposição em contrário):

os factos cujo registo é obrigatório não podem ser invocados enquanto não for lavrado o respectivo registo.

Tratar-se-ia, como é referido no Acórdão da relação de Évora, de 17JAN80, de um processo especial, de interesse público, a propôr officiosamente pelo Ministério Público, e que tem por base o conteúdo do registo de nascimento e não o puro acto biológico deste — pois que se destina, precisamente, a averiguar a identidade do pai quando esta não conste do registo do nascimento.

Com esta ordem de argumentos, conclui aquele Tribunal que o prazo de dois anos se conta a partir do registo do nascimento ⁽⁸⁾.

Tal interpretação, a nosso ver e sem necessidade de mais considerações, é desde logo ilegítima, face ao disposto no n.º 2 do artigo 9.º do Código Civil.

É sabido que o nosso Código não tomou posição na controvérsia entre a doutrina subjectivista e a doutrina objectivista da interpretação das leis. Recolheu, porém, *uns tantos princípios que considerou aquisições definitivas da ciência jurídica, sem cuidar grandemente da sua origem doutrinária* ⁽⁹⁾.

Um desses princípios decorre, justamente, da condenação daquele subjectivismo que vai ao ponto de prescindir totalmente

⁽⁸⁾ In «Colectânea de Jurisprudência», ano V, tomo I, pag. 165.

⁽⁹⁾ ANTUNES VARELA, in «Do projecto do Código Civil», 1966, pág. 25, n.º 6.

da letra da lei, e consiste no enunciado de que a letra é o ponto de partida.

Como assinala BAPTISTA MACHADO, *pode ter de proceder-se a uma interpretação extensiva ou restritiva, ou até porventura a uma interpretação correctiva... mas ainda, neste último caso, será necessário que do texto falhado se colha, pelo menos indirectamente, uma alusão àquele sentido que o intérprete venha a acolher como resultado da interpretação* (10).

Por outro lado, é certo que esta interpretação está em flagrante contradição com a razão de ser da lei: envelhecimento de provas cuja colheita, ao fim de algum tempo, se torna difícil ou mesmo impossível (11).

Relevante, por fim, é a argumentação aduzida pelo Tribunal da Relação do Porto, em seu acórdão de 11DEZ84 (12), segundo o qual nada permite que na interpretação da lei se adultere o sentido literal da expressão *data do nascimento* para a considerar equivalente à data do registo de nascimento.

De acordo com este tribunal superior, confundem-se duas coisas perfeitamente distintas: a averiguação oficiosa da identidade do pai, ou pretensão progenitor, por um lado, e a acção de investigação de paternidade, dita oficiosa, por outro.

Para a investigação haveria uma caducidade bienal, quando para a averiguação não há prazo de caducidade. O que, no entender daquele tribunal, bem se compreende, a despeito do interesse público do estabelecimento da paternidade. É que tal interesse tem de conjugar-se com um outro: a seriedade da administração da justiça.

(10) In «Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador», Coimbra, 1983, pág. 189.

Sobre a interpretação do art. 9.º do Código Civil, no sentido do texto, cfr. ainda: MANUEL DE ANDRADE, «Exposição de Motivos», no B.M.J. 102.º, p. 150 e «Sentido e valor da jurisprudência», separata do Bol. da Fac. Direito de Coimbra (Vol. XLVIII), pág. 26; CASTRO MENDES, «Introdução ao Estudo do Direito», Lx. 1977, pág. 370; DIAS MARQUES, «Introdução ao Estudo do Direito», Lx. 1979, pp. 127 ss.; NUNO SÁ GOMES, «Introdução ao Estudo do Direito», Lx. 1980, pág. 486; e as nossas «Lições de Introdução ao Direito», Porto, 1983, pp. 77 ss.

(11) COSTA PIMENTA, cit., pág. 65.

(12) In Col. Jur. 1984, Tomo V, pág. 266.

Simplificou-se, de acordo com este acordão, a investigação oficiosa relativamente às outras, em atenção ao facto de ela ter que ser proposta em época muito próxima do nascimento biológico, numa altura, portanto, em que a prova testemunhal da paternidade biológica é mais certa, fácil e segura. E isto já não se verificaria se o acto determinante da caducidade fosse o do registo, que pode acontecer até anos depois do nascimento.

Esta a orientação que a própria Relação de Évora parece ter firmado, em seus mais recentes arestos sobre o tema ⁽¹³⁾.

III. *A questão da prescritibilidade do direito de investigar.*

O direito de investigar a paternidade tem por fim a investidura do pretense filho no estado que a lei contempla, com a atribuição de um complexo de direitos e obrigações.

O estado das pessoas é algo de estritamente pessoal, de ligado à personalidade do indivíduo, e que tem grande importância para a sociedade, é de interesse e ordem pública.

Assim sendo, parece intuitivo que deva ser imprescritível a acção de investigação de paternidade, pois que, como observa CUNHA GONÇALVES, *o estado das pessoas, não sendo coisa que esteja em comércio, nem podendo ser objecto de negociação, também não pode ser prescritível* ⁽¹⁴⁾.

No domínio das Ordenações, era maioritária a doutrina no sentido da imprescritibilidade do direito de investigar a paternidade natural ⁽¹⁵⁾.

O Código de Seabra, consagrando, embora, no seu artigo 111.º ⁽¹⁶⁾, a imprescritibilidade do direito dos filhos legítimos a vindicar o estado que lhes pertence, veio estabelecer, quanto

⁽¹³⁾ Cfr. os Acs. de 30JAN86 e 6MAR86, sumariados, respectivamente, in BMJ, 305.º, p. 453 e BMJ 357.º, p. 509.

⁽¹⁴⁾ In «Tratado de Direito Civil», vol. II, Coimbra, 1930, p. 210.

⁽¹⁵⁾ Para um bosquejo histórico, cfr. JOSÉ DOS SANTOS SILVEIRA, «Investigação da paternidade ilegítima», 1962, pp. 57 ss.

⁽¹⁶⁾ Completado ou interpretado autenticamente pelo artigo 14.º do Dec.-Lei n.º 2, de 25DEZ1910.

ao direito do filho ilegítimo, a existência de um prazo processual, improrrogável — artigo 133.º. Já aí se justificava o regime da excepção à regra da imprescritibilidade das acções de estado, *para sossego das famílias, evitando-se escândalos e especulações, e para tranquilidade e estabilidade dos direitos, das situações criadas* (17).

O actual Código manteve o princípio da preclusão do direito à investigação, cujas regras, com ligeiras alterações, se mantiveram após a Reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

Não ignorou o legislador português a actual tendência das legislações estrangeiras no sentido da não limitação no tempo do exercício do direito ao reconhecimento do estado de filho, que envolveria a satisfação de interesses inalienáveis (18).

Porém, existirão ponderosas razões de sentido oposto.

Alega-se, por um lado, a dificuldade de prova em investigações demasiado proteladas (19); por outro lado, *a ideia-mestra foi dar ao filho um prazo razoável para se decidir, a fim de pôr termo a uma, por vezes, insuportável e injusta situação de incerteza, protegendo-se o interesse legítimo do pai ou da mãe em verem clarificada a situação* (20).

Tratar-se-ia, afinal, da prevalência dos valores gerais da certeza e segurança jurídicas, perante o interesse da criança em ver

(17) SANTOS SILVEIRA, «Investigação ...», 1962, pág. 422.

(18) É, por exemplo, a solução do Código Civil italiano, cujo artigo 270.º estabelece ser imprescritível, em relação ao filho, acção para obter a declaração judicial da paternidade natural.

DE CUPIS em anotação a este artigo, que elimina o prazo de dois anos do velho Código de 42, invoca, justamente, contra o prazo de «decadência», o facto de se estar perante uma acção destinada a alcançar um tão importante e pessoal bem jurídico como é o estado de filho. Cfr. «Commentario alla riforma del diritto di famiglia», Padova, 1977, tomo I, parte 2.ª, pp. 699 ss.

Para uma informação dos sistemas estrangeiros, cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, «Critério ...», pp. 460 ss.

(19) Sobre a fragilidade deste argumento, GUILHERME DE OLIVEIRA, «Estabelecimento da Filiação», Coimbra, 1979, p. 41.

(20) PEREIRA COELHO, cit., pág. 64.

a paternidade estabelecida; valores como que *comprimindo* a revelação da verdade biológica (21).

O regime do Código português chegou a uma solução de compromisso, atrás esboçada, e que parece justa e razoável.

Em princípio, a acção de investigação de paternidade poderá ser intentada durante a menoridade do pretenso filho ou durante os primeiros dois anos a seguir à maioridade ou emancipação; contudo, existindo posse de estado ou fundando-se a acção em escrito no qual o pretenso pai declare, inequivocamente, a paternidade, a acção pode ser intentada dentro de um ano a contar da data em que cessar aquele tratamento ou de seis meses a contar da data do conhecimento ou dever do conhecimento do escrito (22).

É o que preceitua o artigo 1817.º, aplicável à paternidade pela remissão do artigo 1873.º do Código Civil e cujo teor, para maior clareza de exposição, se transcreve em parte (adaptado):

1. A acção de investigação (de paternidade) só pode ser proposta durante a menoridade do investigante ou nos dois primeiros anos posteriores à sua maioridade ou emancipação.

2. (...)

3. Se a acção se fundar em escrito no qual (o pretenso pai) declare inequivocamente (a paternidade), pode ser intentada nos seis meses posteriores à data em que o autor conheceu ou devia ter conhecido o conteúdo do escrito.

4. Se o investigante for tratado como filho (pelo pretenso pai), a acção pode ser proposta dentro do prazo de um ano, a contar da data em que cessar aquele tratamento.

Com GUILHERME DE OLIVEIRA, poderemos dizer que a solução encontrada abre o caminho ao investigante para o reconhecimento jurídico do vínculo durante o tempo razoável para

(21) GUILHERME DE OLIVEIRA, «Estabelecimento ...» in «Temas ...», pág. 98.

(22) Sobre o assunto, ver ainda MOITINHO DE ALMEIDA, «La filiation dans la reforme du Code Civil portugais du 25 Novembre 1977», in *BMJ*, 285.º, p. 26.

se determinar a percorrê-lo, não constituindo, assim, obstáculo real à iniciativa particular ⁽²³⁾.

Quanto a nós, nem sequer pode falar-se em ter o legislador português postergado o valor da justiça em face da segurança ou certeza do direito. A opção, aliás, a ter de fazer-se, teria de decidir-se a favor da justiça. Do que se trata não é, afinal, de uma antinomia entre aqueles valores, mas de uma conexão, que nos parece ter sido conseguida, neste sentido se podendo afirmar ser aquela concreta segurança jurídica uma forma de justiça ⁽²⁴⁾.

IV. *O artigo 1817.º do Código Civil. Natureza jurídica do prazo de propositura da acção de investigação. A alegação de justo impedimento.*

Eis-nos, neste momento, em condições de iniciar um comentário mais aproximado do artigo 1817.º do Código Civil.

A primeira questão a que havemos de dar resposta, em certo sentido condicionando a solução dos temas tratados a seguir, é a da qualificação do prazo de propositura da acção de investigação.

Tratar-se-á de um prazo de prescrição ou de caducidade?

É conhecida a insegurança, na doutrina, do critério de distinção entre prescrição e caducidade.

O fundamento e a razão da caducidade, escreve SANTORO PASSARELLI, *diferem dos da prescrição, porque a caducidade não depende, como a prescrição, do facto subjectivo da inércia do titular do direito, durante um tempo, mas unicamente do facto objectivo da falta de exercício do direito no prazo estabelecido; e é inspirada, não já pela exigência de conformar a situação de direito à situação de facto verificada durante um tempo que a lei considere para esse efeito suficiente, mas antes pela necessidade de limitar no tempo o exercício de um direito, quando o*

⁽²³⁾ «Critério ...», pág. 466.

⁽²⁴⁾ Sobre esta matéria, cfr. CASTANHEIRA NEVES, «Lições de Introdução ao Estudo do Direito», Coimbra, 1968/69, pp. 205 ss.

seu exercício diligente pareça conveniente a um interesse superior ou individual (25).

Tal a opinião de MANUEL DE ANDRADE, para quem o instituto da prescrição tem por fundamento específico a inércia do respectivo titular, fundamento que, na caducidade, por seu turno, assenta na necessidade de certeza jurídica (26).

A prescrição, para BARBOSA DE MAGALHÃES, é um modo de extinção das obrigações de carácter patrimonial, a que estejam sujeitas uma ou mais pessoas determinadas, que resulta fundamentalmente de não ser o cumprimento delas exigido durante um determinado prazo; se, por não ser exercido dentro do prazo legal um direito, a que não corresponde uma obrigação patrimonial de que sejam sujeitos passivos uma ou mais pessoas determinadas, esse direito se extingue, há caducidade.

Remata o mesmo autor que *se a lei marca um prazo para o exercício de um direito, a que não corresponda uma obrigação patrimonial, que tenha por sujeito passivo uma ou mais pessoas determinadas, sob pena de o respectivo titular o perder se o não exercer dentro desse prazo, este é de caducidade. E quando esse prazo é para o exercício judicial de um direito substantivo dessa natureza, estamos perante um prazo para a propositura de uma acção* (27).

VAZ SERRA, porém, entende que esta ideia é manifestamente inaceitável: a caducidade não se distingue da prescrição pelo facto de se referir a prazos de propositura de acções.

Para o ilustre Professor, a distinção só pode fazer-se mediante interpretação de cada uma das disposições legais onde se fixam prazos para o exercício dos direitos, procurando através da sua razão de ser e finalidade se a lei pretende estabelecer um prazo de prescrição, ou, antes, de caducidade (28).

(25) Apud «Teoria Geral do direito civil» (trad.). Coimbra, 1967, pág. 95.

(26) In «Teoria Geral da Relação Jurídica», vol. II, Coimbra, 1972, p. 464.

(27) In «Prazos de caducidade, de prescrição e de propositura de acções», Separata do JORNAL DO FORO, 1950, pp. 34 e ss.

(28) Apud «Prescrição extintiva e caducidade», BMJ, n.º 107, p. 193; cfr. ainda, ANÍBAL DE CASTRO, «A Caducidade», 2.ª edição, Lisboa, 1980, p. 28.

Do que se trata, pois, é de averiguar o fim tido em vista com a disposição legal que submete a vida do direito ao exercício durante um prazo.

Ora, vimos já que, no tocante às acções de investigação, a base da sua prescritibilidade se encontra nas exigências de certeza e rapidez na definição de situações jurídicas, de defesa da estabilidade e paz da família legítima e do interesse e ordem social, donde impôr-se a conclusão de que, quanto aos prazos fixados na lei para instauração das acções de investigação, estamos perante prazos de caducidade ⁽²⁹⁾.

Estabelecida a caducidade, segue-se que pode ser apreciada officiosamente pelo tribunal — artigo 333.º do Código Civil —, que o prazo de contagem se faz nos termos do artigo 279.º do Código Civil, e que não admite o mesmo prazo suspensão ou interrupção, excepto quando a lei o prescreva — artigo 328.º do Código Civil ⁽³⁰⁾⁽³¹⁾.

*

* * *

Questão discutida é a de saber se o prazo para intentar a acção de investigação pode ser prorrogado no caso de justo impedimento.

⁽²⁹⁾ É esta, actualmente, a posição unânime da doutrina. Cfr. FERREIRA PINTO, «Filiação Natural», Coimbra, 1983, p. 134 e, com outros argumentos, SANTOS SILVEIRA, «Investigação ...» cit., 1971, p. 217.

Também a jurisprudência é hoje uniforme no sentido da conclusão do texto — com relevância, cfr. os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 23FEV73, 2MAI78, 17JAN80, 15OUT80 e 30JUN83, in, respectivamente, Boletim do Ministério da Justiça n.os 224.º, 189; 277.º, 273; 293.º, 394; 300.º, 406 e 328.º, 583.

⁽³⁰⁾ Acerca do regime da caducidade, cfr. VAZ SERRA, cit., pp. 205 ss.; JOSÉ DIAS MARQUES, «Teoria Geral da Caducidade» in «O Direito», tomos 84-85, pp. 11, 93 e 236.

⁽³¹⁾ O artigo 1854.º do Código Civil, anterior à Reforma de 77, inseria um princípio de suspensão do início e do curso do prazo a favor dos militares em serviço, cuja eliminação se saúda, além do mais em nome da prevalência do regime geral da caducidade.

Haverá *justo impedimento* quando surja evento normalmente imprevisível, estranho à vontade da parte, e que a impossibilitou de praticar o acto, por si ou mandatário, no prazo para tanto fixado — artigo 146.º, n.º 1, do Código do Processo Civil.

Há-de tratar-se, portanto, de um facto que não seja lícito admitir-se como verificável.

Assim, o atraso da chegada de um comboio, em épocas anormais⁽³²⁾, ou da entrega normal do correio⁽³³⁾, desde que guardado o envio da petição para o último dia, não preenchem aquela natureza⁽³⁴⁾, pois são sempre de admitir esses atrasos por parte de pessoas *normalmente providentes*, as únicas tidas em consideração pelo legislador com aquela permissão.

Para GUILHERME DE OLIVEIRA, é *duvidoso que a nossa prática jurídica aceite qualquer temporização dos efeitos rigorosos de preempção*. Adianta, porém, o mesmo Autor, que o instituto do justo impedimento é compatível com o afastamento das normas sobre a suspensão e interrupção do prazo prescricional; e que a sua admissibilidade não iria descaracterizar a opção pela caducidade⁽³⁵⁾.

Para JOSÉ DOS SANTOS SILVEIRA, é segura a admissibilidade da prorrogação do prazo de propositura da acção investigatória de paternidade, por justo impedimento⁽³⁶⁾.

VAZ SERRA, salientando embora a particularidade dos casos — entre os quais se incluem os fixados para as acções de investigação — em que o prazo seja determinado pela intenção de que a situação jurídica fique definida decorrido esse prazo, seja qual for o motivo por que o titular do direito o não exerceu no prazo legal, conclui ser razoável admitir-se a prorrogação do

(32) Ac. do STJ, de 21JUN44, in RLJ, 78.º, p. 91.

(33) Ac. do STJ de 8JUN76, in BMJ, 258.º, p. 180.

(34) Já foi decidido, em mais de uma ocasião, que o facto de ter havido tolerância de ponto na tarde do último dia do prazo para a apresentação de alegações, não fundamenta o justo impedimento, desde que a secretaria judicial, onde as alegações deviam ser entregues, esteve aberta todo aquele dia — Acs. do STJ de 5DEZ67, in BMJ 172.º, p. 179 e da Relação de Lisboa, de 22OUT82 e 10MAI83, in, respectivamente, Col. Jur. ano VII, tomo 4, p. 185 e ano VII, tomo 3, p. 117.

(35) In «Critério ...», p. 382.

(36) Apud «Investigação ...», cit., p. 221.

prazo de caducidade quando o titular do direito se achar impedido, por um obstáculo a ele não imputável e invencível, de exercer o direito (37).

O Supremo Tribunal de Justiça, em diversos arestos, aderiu a tal doutrina.

Por Acordão de 25JAN57, por exemplo, decidiu constituir justo impedimento, relativamente ao prazo de propositura de uma acção de investigação de paternidade, a demora na concessão de assistência judiciária, pedida a tempo (38). Noutra acórdão, de 7MAR61, o supremo admite expressamente a possibilidade de alegação de justo impedimento, nas acções de investigação, cumpridas que sejam as formalidades exigidas pelo n.º 2 do artigo 146.º do Código do Processo Civil — o interessado deve alegar e provar o justo impedimento e requerer, logo que ele cesse, se julgue provada a sua existência, e seja admitido a praticar o acto fora do prazo (39)(40).

V. *O artigo 1817.º do Código Civil (cont.). Prazos. O conceito de escrito. O conceito de tratamento. Cessação de tratamento.*

Já antes da publicação e entrada em vigor do actual Código Civil, estabelecia a lei um prazo para a propositura da acção de investigação da paternidade ilegítima.

Era o prazo fixado pelo Decreto-Lei n.º 2, de 25DEZ1910 cujo artigo 37.º (que alterou o art. 133.º do Código de Seabra) veio dispor que *a acção de investigação de paternidade ... só pode*

(37) In «Caducidade ...», cit., pp. 221 ss.; Rev. Leg. e Jur., ano 107.º, pp. 23 ss.

(38) In BMJ, n.º 63.º, p. 568.

(39) In BMJ, n.º 105.º, p. 565.

No sentido da admissão da alegação do justo impedimento, nas acções de investigação, ver, ainda, o Acordão do STJ de 28FEV50, in BMJ, 17.º, 303.

(40) Sobre o conceito de justo impedimento, cfr.: ALBERTO DOS REIS, «Comentário ao Código do Processo Civil», vol. II, pp. 70 ss.; Acordãos do STA (Pleno), de 19MAR64 e 3MAR66 in, respectivamente, «Acórdãos Doutriniais», 37.º, p. 124 e 54.º, p. 833.

ser intentada em vida do pretense pai ... ou dentro do ano posterior à sua morte.

A solução era reconhecidamente defeituosa.

Por um lado, porque sujeitaria facilmente os herdeiros do pretense pai ao acaso do processo, por não terem as mais das vezes informações sobre a vida íntima do hereditando ⁽⁴¹⁾.

Por outro lado, o regime fomentava aspectos negativos de *caça à herança*, sendo certo que, *na grande maioria dos casos, os filhos ilegítimos crescem ao abandono, sem qualquer educação e amparo e, só quando suspeitam terem provindo de um pai rico, procuram, geralmente já em adultos, e depois da morte dele, investigar a paternidade* ⁽⁴²⁾. E na prática, com efeito, a esmagadora maioria das acções era proposta *post mortem patris*.

Hoje, nos termos do citado artigo 1817.º do Código Civil, estabelece-se, como princípio, que a acção só poderá ser proposta na menoridade do investigante ou nos dois anos seguintes à sua maioridade ou emancipação.

É, pois, clara a intenção do legislador em assegurar a investigação apenas no momento em que ela tem verdadeiro interesse social — o período da menoridade do investigante.

Ainda, procura-se tornar mais fácil a defesa da família, na ideia de que a controvérsia sobre a real filiação do investigante se estabeleça directamente com a pessoa a quem a paternidade é imputada e não com os seus herdeiros.

Duas excepções importa assinalar ao regime-regra do prazo de propositura da acção:

- uma, consubstanciada na possibilidade de o filho, volvidos que sejam mais de dois anos após a maioridade, poder ainda investigar, quando venha a dispor de um meio de prova não disponível até então — o escrito, no qual o pretense pai declare inequivocamente a paternidade;
- outra, que se refere ao tratamento como filho do investigante, pelo pretense progenitor.

⁽⁴¹⁾ CUNHA GONÇALVES, «Tratado ...». cit, pág. 324.

⁽⁴²⁾ GOMES DA SILVA, in «O Direito da Família no futuro Código Civil», Bol. Min. Just., n.º 88.º, pp. 85 ss..

Com a consagração destas excepções, *maxime* a prevista para a existência do escrito, acabará por admitir-se que a acção seja proposta a todo o tempo.

Todavia, nesta hipótese do escrito, existe uma concreta preocupação de se limitar no tempo a acção, apenas se consentindo a instauração do pleito porque o documento foi obtido posteriormente ao termo do prazo normal ⁽⁴³⁾.

Quanto, por seu turno, à excepção do tratamento, também é certo que, cessando a posse de estado com a morte do investigado, acabará a acção por ser intentada depois desta ocorrência, tal como era permitido na LEI DA PROTECÇÃO DOS FILHOS (Decreto-Lei n.º 2). Porém, sendo o investigador tratado como filho, é razoável que se não castigue a inacção deste, que esperará legitimamente se decida o pai a perfilhá-lo.

Por outro lado, também não é fácil agir contra o progenitor enquanto durarem os actos de tratamento. Nesse período, encontra-se o pretense filho num estado de *impossibilidade moral* de investigar em juízo ⁽⁴⁴⁾. Na verdade, se o investigador é tratado como filho por parte do pretense progenitor, ir a juízo com uma acção contra o pai *perturbaria a harmonia existente, faria quebrar, por motivos materiais, o ambiente de paz em que ambos viviam e acabariam, por certo, com a assistência material e afectiva dispensadas ao filho pelo pretense pai* ⁽⁴⁵⁾.

Cessado o tratamento, então aí o filho já não tem nada a perder com a instauração de acção, pois que razoavelmente se goraram as esperanças da perfilhação voluntária, e *deixa de existir, por consequência, qualquer dever de lealdade* ⁽⁴⁶⁾.

*

* *

⁽⁴³⁾ SANTOS SILVEIRA, «Investigação ...», 1971, pág. 215.

⁽⁴⁴⁾ GUILHERME DE OLIVEIRA, «Estabelecimento ...», pp. 41 e ss.; «Critério ...», pp. 465 ss.

⁽⁴⁵⁾ Do Acordão do Supremo Tribunal de Justiça de 30JUN72, in BMJ, n.º 218.º, p. 270.

⁽⁴⁶⁾ Ac. do STJ de 9ABR76, in BMJ, 256.º, p. 124.

Se a acção se fundar em escrito, diz o n.º 3 do artigo 1817.º do Código Civil, o prazo é de seis meses posteriores à data em que o autor *conheceu ou devia ter conhecido o conteúdo do escrito*.

O artigo 1854.º do Código, anterior à Reforma de 77, (correspondente ao actual artigo 1817.º) expressava esta ideia noutros termos: a acção poderia ser proposta desde que o escrito só tivesse sido obtido pelo investigador nos seis meses anteriores à proposição da acção.

Aí, o termo *obter* prestou-se a discussões: a obtenção do documento significaria o facto de o investigador dispôr dele ou o conhecimento que tome do seu conteúdo?

Mesmo antes do Código, os tribunais superiores se orientavam no sentido de que o prazo se contaria a partir da obtenção do documento, *coisa diferente do conhecimento do mesmo, pois, o documento pode estar em poder de terceiro e guardado à distância, sendo difícil a sua obtenção* (47).

Em face do disposto no artigo 224.º, n.º 1 do actual Código Civil, maioritariamente se entendia estar o problema resolvido, neste preciso sentido. De facto, nos termos do citado normativo, a declaração negocial que tem um destinatário torna-se eficaz logo que chega ao seu poder ou é dele conhecida. Seria a consagração da chamada teoria da *recepção*, por oposição à teoria do *conhecimento* ou da informação, a qual exige que o declaratório tome conhecimento da proposta (48).

O legislador de 77 eliminou os equívocos no sentido do dever de cognoscibilidade do conteúdo do escrito.

Com a formulação da lei se afasta, pois, a doutrina que exigia o conhecimento efectivo da existência do escrito, a qual, no entender de PIRES DE LIMA, se prestaria a fraudes incontrolláveis, bastando aos investigadores *alegar que, apesar de estarem na*

(47) Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30MAR62 in Jur. Rel., n.º 8, p. 292.

(48) ABÍLIO NETO, «Jurisprudência e doutrina sobre o Código Civil», anotação ao artigo 1854.º

Para maiores desenvolvimentos sobre estas teorias, cfr. MOTA PINTO, «Teoria Geral do Direito Civil», 2.º edição, p. 308 ss.; RUI ALARCÃO, «Confirmação dos negócios anuláveis», 1971, I, pp. 177 ss.

posse de certo documento há vários anos, só há menos de seis meses é que tomaram conhecimento do seu conteúdo. Circunstância esta que, por se passar na esfera privada do investigador, seria de difícil contestação ⁽⁴⁹⁾.

Deste jeito, ao investigador será exigível, como refere PEREIRA COELHO, *um comportamento idêntico à diligência do homem médio em circunstâncias paralelas* ⁽⁵⁰⁾. Padrão tão necessário quanto se não ignora que, em regra, é complexo o processo do conhecimento: o conhecimento de um facto, após a sua notícia ou informação, só passará a existir, não raras vezes, após a *investigação* do mesmo, para que se possa concluir pela sua realidade ou aparência ⁽⁵¹⁾.

*
* *
*

Não é fácil, também, encontrar uniformidade quanto ao conceito de *escrito*, para efeitos do artigo em análise.

O fundamento da admissão do escrito é uma presunção do reconhecimento que o declarante faz acerca da sua paternidade; uma espécie de confissão, por vezes só implícita.

Por tal motivo se compreende, desde logo, não ser necessário tratar-se de um documento autêntico: basta um simples documento particular, que pode ser uma carta, um bilhete postal, ou até um apontamento ou assento doméstico ⁽⁵²⁾.

Por outro lado, não é necessário que o escrito seja assinado pelo pretense pai, bastando que dele emane ⁽⁵³⁾.

Também se não exige que o documento seja autónomo, pois que pode tratar-se de fotocópia ou de reprodução do origi-

⁽⁴⁹⁾ Parecer em anotação ao Acórdão da Relação do Porto, de 26JUN68, apud Rev. Leg. e Jur., ano 102.º, pp. 137 ss.

Sobre a controvérsia, v. tb. BAPTISTA LOPES, «Filhos ...», pp. 188 ss.

⁽⁵⁰⁾ PEREIRA COELHO, «Filiação...», p. 63, nota 10.

⁽⁵¹⁾ Ver, neste sentido, embora com referência a matéria diversa, o Acórdão da Relação do Porto, de 17FEV87, in Col. Jur., ano XII, tomo I, p. 63.

⁽⁵²⁾ SANTOS SILVEIRA, «Investigação ...», cit., 1962, pp. 130 ss.

⁽⁵³⁾ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10MAR64, in BMJ, n.º 118., p. 618; BAPTISTA LOPES, «Filhos ...», p. 146.

nal, bem como de cartas mandadas dactilografar pelo pretense pai ⁽⁵⁴⁾.

Do mesmo modo, o escrito do pai não terá necessariamente de consistir numa declaração expressa: bastará que dele resulte, de modo claro, concludente e indiscutível, o convencimento do pretense pai de haver gerado o investigante ⁽⁵⁵⁾.

Finalmente, não interessa a via por que tenha chegado o documento às mãos do Autor, parecendo-nos mesmo irrelevante que ele tenha saído da posse do pretense pai contra a sua vontade, posto que dele resulte uma manifestação inequívoca da paternidade ⁽⁵⁶⁾.

*
* *
*

Quando a acção se baseia na posse de estado, como vimos, o prazo é de um ano a contar da data em que cessou o tratamento.

Cuidamos já da *ratio* do preceito. Passemos à análise de algumas dificuldades que a *letra* do texto suscita.

Antes de mais, há-de esclarecer-se que, na sua expressão genérica, o n.º 4 do artigo 1817.º do Código Civil abrange toda e qualquer forma de cessação de tratamento, designadamente a motivada por morte do investigado ⁽⁵⁷⁾.

Porém, para efeito do início do prazo de caducidade ali previsto, não pode considerar-se a cessação de tratamento que resulte

⁽⁵⁴⁾ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12JUN62, in BMJ, n.º 118.º, p. 618; PEREIRA COELHO, «Filiação ...», p. 121.

No entender de COSTA PIMENTA (in «Filiação», cit., pp. 167 ss.), também um desenho poderá ter a virtualidade de fazer presumir a paternidade, nomeadamente no caso de se tratar de um desenho representando o filho e o pretense pai e com os dizeres *pai e filho*.

⁽⁵⁵⁾ Acórdãos do STJ de 24JUL59 e 22DEZ72 e da Rel. de Lx. de 21OUT58, in, respectivamente, BMJ 89.º, 250, BMJ 222.º, 422 e Jur. Rel. 4.º, p. 1061; Cfr. FERREIRA PINTO, «Filiação ...», pp. 350 ss.

⁽⁵⁶⁾ Neste sentido, FERREIRA PINTO, «Filiação ...», pág. 350. Contra, BAPTISTA LOPES, «Filhos ...», p. 146.

⁽⁵⁷⁾ Ac. do STJ, de 30JUN72, in BMJ, 218.º, p. 269.

de acto de incapacidade natural do pretense pai para manifestar validamente a sua vontade, como sucederá no caso em que o investigado haja dado entrada numa casa de saúde, *em estado de estu-por*, do qual não mais saiu até à sua morte ⁽⁵⁸⁾.

Por outro lado, aceita-se que o investigado possa retratar-se, com respeito ao tratamento, arrependendo-se de tudo quanto haja feito em relação ao pretense filho. Contudo, tal cessação é irrelevante, se a mudança de atitude se não basear na íntima e justificada convicção de um juízo errado sobre a paternidade ⁽⁵⁹⁾. É o que sucederá, por exemplo, quando o investigado muda a sua maneira de proceder porque se zangou com o investigante ou com a mãe deste e quer impôr um castigo, porque casou e quer evitar cenas de ciúmes com a mulher, etc. ⁽⁶⁰⁾.

E em que consiste o conceito de *tratamento* ?

Nos termos do disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 1871.º do Código Civil, o *tratamento* e a *reputação*, como filho, pelo pretense pai, são dois elementos do conceito de posse de estado.

Não fornece o legislador a noção de reputação, ou a de tratamento, pelo que, para o seu alcance, teremos de socorrer-nos da orientação doutrinária e jurisprudencial.

Reputar alguém como filho é ter a convicção séria e firme da paternidade, sem quaisquer dúvidas ou incertezas; o investigado cria no seu foro íntimo a convicção de que o pretense filho dele descende ⁽⁶¹⁾.

O tratamento é o complemento da reputação, seja o conjunto de circunstâncias da sua exteriorização. É que, sendo a reputação um estado de consciência puramente interno, que existe no mundo psíquico do pai, carece de actos de tratamento para se tornar conhecida ⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁸⁾ Ac. do STJ de 15FEV74, in BMJ n.º 234.º, p. 273.

⁽⁵⁹⁾ Acórdãos do STJ de 29JUL55 e da Rel. Lx. de 14FEV55 in, respectivamente, BMJ, 50.º, 433 e Jur. Rel. 1.º, 755.

⁽⁶⁰⁾ BAPTISTA LOPES, «Filhos...», p. 148; FERREIRA PINTO, «Filiação...», p. 338.

⁽⁶¹⁾ V., por exemplo, os Acórdãos do STJ de 16JUN59, 25JUN61 22FEV63, 10JAN64 e 16ABR75, in, respectivamente, BMJ 88.º, 306; 109.º, 669; 124.º, 704; 133.º, 469 e 247.º, 211.

⁽⁶²⁾ Acórdãos do STJ de 6DEZ57 e 19JAN84, in, respectivamente, Bol. Min. Just. 72.º, p. 393 e n.º 333.º, p. 471.

Trata-se da existência de actos claros, espontâneos e, de certa maneira, inequívocos, integradores do procedimento de uma pessoa para com outra, idêntico àquele que os pais costumam ter para com os filhos, acarinhando-os, educando-os, alimentando-os, protegendo-os, socorrendo-os, amparando-os, segundo os seus haveres, temperamento e situações.

É hoje corrente o entendimento de que o elemento *tratamento* é particularmente *contingente*, pois que variará das circunstâncias em que tem lugar a personalidade do pretense pai, a situação económica, social e familiar deste, a condição do meio em que se desenvolveram ou podiam desenvolver-se as relações que traduziriam os actos de tratamento que os pais costumam dispensar aos filhos (63).

Como refere ALBERTO DOS REIS, *não pode fixar-se a priori, com precisão, o conjunto dos factos que são necessários para se considerar existente esse requisito. Não pode exigir-se que o pretense pai tenha sempre e em todas as conjunturas dispensado ao filho as atenções, cuidados, auxílios, e protecção que um pai exemplar dispensa aos filhos, dando-lhe sustento, habitação, vestuário, educação, instrução e colocação. O que importa é que o pretense pai tenha afirmado suficientemente a sua vontade de tratar como filho o investigante* (64).

O que nos parece segura, mesmo para esta orientação dita *moderada* (65) é a defesa de uma certa objectividade da situação reveladora da paternidade. Neste sentido se devem deduzir dos actos de tratamento, séria e inequivocamente, sentimentos paternais e não de simples amizade e simpatia, praticados a título de benevolência; não bastando, em qualquer caso, um ou outro acto isolado, com sentido incerto (66).

Com esta ressalva e ponderadas as circunstâncias de cada caso, parece-nos de muita actualidade o elenco de factos integra-

(63) Acordãos do STJ de 3FEV76 e 11NOV76, in, respectivamente, BMJ 254.º, 217 e 261.º, 171.

(64) In «A investigação com base em posse de estado», Rev. Leg. e Jur., anos 70.º e 71.º

(65) FERREIRA PINTO, «Filiação ...», p. 335.

(66) BAPTISTA LOPES, «Filhos ...», p. 113.

dores do tratamento que, para CUNHA SEIXAS, em tribunal se devem provar ⁽⁶⁷⁾:

- Presença do pai na ocasião do parto ou prova do conhecimento desse facto;
- Cuidados dele na criação da criança;
- Educação, quando a criança tiver idade suficiente;
- Cuidados pelo seu vestuário;
- Mimos do pai pelo filho, como beijá-lo ou praticar actos semelhantes;
- Cartas do pai, se as há, ainda que se não diga pai;
- Cuidados nas doenças;
- Dádivas valiosas;
- Cuidados nos estudos;
- Consentir que o filho use do seu nome;
- Serem padrinhos os amigos do pai;
- Viver com o filho em casa ou, pelo menos, ir vê-lo muitas vezes;
- Dar-lhe a benção;
- Chamar-lhe filho ⁽⁶⁸⁾.

VI *O ónus da prova da caducidade nas acções de investigação.*

Conhecida a *ratio legis*, tanto da regra fixada no n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, como das excepções abertas nos n.ºs 3 e 4 da mesma disposição legal, e postas em relevo as razões justificativas deste regime especial, é altura de examinar a divergência de critérios existentes quanto ao ónus da prova da caducidade do direito de investigar.

⁽⁶⁷⁾ Apud «Teoria das Acções de Filiação Ilegítima», citado por SANTOS SILVEIRA, «Investigação ...», 1962, pág. 157.

⁽⁶⁸⁾ Sobre o conceito de tratamento, cfr., ainda, GUILHERME DE OLIVEIRA, «Critério ...», pp. 445 ss.; PEREIRA COELHO, «Filiação», cit., pp. 116 ss.; COSTA PIMENTA, «Filiação». cit., pp. 162 ss.; e EDUARDO DOS SANTOS, «Direito ...», pp. 484 ss.

Quando o investigador se socorra do prazo referido no n.º 3 do artigo 1817.º, caber-lhe-á provar que só há menos de seis meses conheceu ou devia ter conhecido o conteúdo do escrito? Ou, ao contrário, tal alegação e prova compete ao investigador?

Precisando o investigador de se socorrer do prazo fixado no n.º 4 do artigo 1817.º, é ele que tem de alegar e provar que só há menos de um ano cessou o tratamento como filho? Ou será o investigado?

Decidindo-se pertencer ao investigado tal ónus, competir-lhe-á aduzir, na contestação, um quadro factual caracterizador da excepção, sob pena de se fixar a tempestividade da acção.

Se, ao invés, se entender que cabe ao Autor o ónus da prova relativa à oportunidade da proposição da acção, terá este de articular factos demonstrativos da situação impeditiva da regra geral da caducidade.

Não o fazendo, porque a caducidade é de conhecimento officioso — artigo 333.º, n.º 1 do Código Civil —, poderá ver indeferida *in limine* a sua petição, nos termos do artigo 474.º n.º 1 do Código do Processo Civil.

Pior ainda: se, neste caso, a alegação não for feita e ultrapassada a fieira do despacho liminar, todo o processo será nulo, conforme estatui o artigo 193.º do Código do Processo Civil, devendo, nos termos dos artigos 288.º, n.º 1, alínea *b*) e 510.º, n.º 1, alínea *a*) do mesmo Código, absolver-se o Réu da instância.

Não falta, de resto, quem defenda, que a sanção será a do naufrágio da acção, com a sequente absolvição do Réu do pedido. É que omitirá a petição factos ou circunstâncias necessários para o reconhecimento do direito do Autor — a situação excepcional da prorrogação do prazo — jamais sendo possível o triunfo da pretensão ⁽⁶⁹⁾.

Importante ainda assinalar que, mesmo tendo sido carreados para o processo factos integradores da tempestividade e da

(69) Cfr. ALBERTO DOS REIOS, «Comentário ao Código do Processo Civil», vol. II, pp. 372 e ss. Na jurisprudência, cfr. os Acordãos do STJ de 12MAR74 e 17JAN80, in, respectivamente, BMJ, 235.º, 310 e 293.º, 301; Ac. da Relação do Porto de 16JUN76, in Col. Jur., ano I, p. 373; Ac. da Relação de Lisboa de 8FEV78, in Col. Jur., ano III, p. 68.

caducidade da acção, respectivamente pelo Autor e Réu, a distribuição do ónus da prova assume importância capital para o caso do *non liquet* acerca da matéria de facto: o ónus da prova significará a situação da parte contra quem o tribunal dará como assente um facto, sempre que o juiz se não convença da realidade dele.

Com efeito, no sistema português, em que o ónus da prova reveste um carácter marcadamente objectivo ⁽⁷⁰⁾, que só por via reflexa atinge a actividade probatória das partes ⁽⁷¹⁾, a regra do ónus da prova reconduz-se a uma regra de decisão. Na dúvida, o juiz resolverá o *non liquet* num *liquet* desfavorável à parte que tem o ónus ⁽⁷²⁾⁽⁷³⁾. Neste caso, como assinala CARLOS MIGUEL Y ALONSO, *o non liquet nas questões de facto* (constituirá) *uma indicação ao juiz do conteúdo da sua sentença e, em particular, para decidir, no caso de se manter incerta a afirmação sobre os factos, contra a parte que deve suportar o ónus da prova* ⁽⁷⁴⁾.

Daí poder afirmar-se que a teoria do ónus da prova é a teoria das consequências, melhor, do *risco* da falta de prova ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁰⁾ ANSELMO DE CASTRO, in «Lições de Processo Civil (Fases Processuais e direito probatório)», apontamentos compilados por A. Soveral Martins, 1973, pp. 345 ss.

⁽⁷¹⁾ Acórdão da Relação de Évora, de 29ABR86, in Bol. Min. Just., 358.º, 626.

⁽⁷²⁾ MANUEL DE ANDRADE, «Noções Elementares de Processo Civil», 1979, pp. 196 ss.

⁽⁷³⁾ Para CASTRO MENDES, esta matéria, em rigor, não pertence já ao domínio da prova mas ao da construção da sentença e da sua fundamentação. Com efeito, se a parte nada fizer para provar os factos cuja prova lhe cabe, esta inacção poderá ser suprida pela contraparte ou pelo tribunal, nos termos dos artigos 264.º, n.º 3 e 515.º do Código do Processo Civil — Apud «Direito Processual Civil», 1978/79, vol. III, p. 192.

⁽⁷⁴⁾ In «Los principios de la carga de la prueba en el proceso civil», Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Ano XXIII 1957, pp. 167 ss.

⁽⁷⁵⁾ RODOLFO SACCO, «Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto», in Rivista di diritto civile, Ano III, 1957, tomo I, p. 402.

É a seguinte a posição assumida pelo Código Civil quanto ao ónus da prova (artigo 342.º):

1. *Aquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.*

2. *A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado, compete àquele contra quem a invocação é feita.*

3.º *Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito.*

Nos números 1 e 2 do preceito, consagra-se a tese de ROSENBERG, no sentido de lançar sobre cada uma das partes a prova dos factos que constituem pressupostos da norma que lhes é favorável e de considerar irrelevante a posição das partes no processo, atendendo apenas à sua posição na relação material.

Seria, no entendimento de ANSELMO DE CASTRO ⁽⁷⁶⁾, o afastamento da posição de MICHELLI, para quem a distribuição do ónus da prova é determinada pela posição da parte em relação ao efeito jurídico que pretende.

Quer dizer: deve tomar-se em consideração, não a posição da parte em relação à espécie abstracta da lei, mas a posição dela em relação à espécie concreta do processo, tal como a caracteriza o efeito jurídico que pretende obter.

Todavia, parece não haver oposição insanável entre as duas linhas de orientação. Ao problema do ónus da prova interessa realmente a fundamentação da pretensão *concreta* de cada uma das partes, em face das espécies *abstractas* da lei ⁽⁷⁷⁾⁽⁷⁸⁾.

Quanto à disposição do número 3 do artigo 342.º do Código Civil, entende ANSELMO DE CASTRO que, dos termos em que se acha redigida, conduzirá praticamente à supressão da catego-

⁽⁷⁶⁾ In «Direito Processual Civil Declaratório», vol. III, Coimbra, 1982, pp. 354 ss.

⁽⁷⁷⁾ ANTUNES VARELA, «Manual de Processo Civil», 2.ª edição, Coimbra, 1985, p. 456, nota 2.

⁽⁷⁸⁾ Para um maior desenvolvimento destas doutrinas, cfr. ALBERTO DOS REIS, «Código do Processo Civil Anotado», vol. III, pág. 269 ss.

ria das normas impeditivas: o juiz, caso se suscitem dúvidas, seguirá o caminho mais fácil, *tendendo a uma solução sem grandes indagações e a uma decisão que, normalmente, irá contra a parte que invoca um direito* ⁽⁷⁹⁾.

Na prática, a classificação dos factos como constitutivos ou extintivos do direito invocado por alguém não oferece grandes dificuldades.

Os factos constitutivos do direito são os que respeitam à existência do direito ou da pretensão no momento em que a relação se firma ou acaba de formar-se; afinal os factos em que a acção se baseia. Os factos extintivos são os que, em momento posterior, depois de surgido o direito, têm a força de pôr termo à relação constituída ⁽⁸⁰⁾.

Porém, o problema não se reveste da mesma facilidade no que respeita à discriminação entre os factos constitutivos e os impeditivos e à aplicação prática da distinção, relativamente à repartição do ónus da prova.

Para MICHELLI, apenas tendo em conta as necessidades do processo surge a distinção entre factos impeditivos e constitutivos. *A parte que pede ao juiz determinada forma de tutela jurídica tem de provar os factos que sejam idóneos para caracterizar ou individualizar a sua pretensão; e é em conformidade com o valor que têm dentro dessa pretensão que se deverá fazer a classificação. Assim, esta não deve fazer-se abstractamente, mas tomando em consideração o valor concreto de cada facto determinado pelo efeito jurídico que a parte pretende obter* ⁽⁸¹⁾.

ROSENBERG, defendendo a chamada *teoria da norma*, entende que o âmbito dos factos que necessitam de ser alegados e provados só pode ser rigorosamente determinado mediante interpretação do direito substantivo. Incumbe à parte cuja pretensão se apoia em determinada norma alegar e provar que os pressu-

⁽⁷⁹⁾ In «Lições ...», p. 381.

⁽⁸⁰⁾ ANTUNES VARELA, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 117.º, pp. 26 ss.; MANUEL DE ANDRADE, apud Rev. Leg. e Jur., ano 78.º, p. 411; UGO ROCCO, «Trattato di diritto processuale civile», volume II, Torino, 1957, p. 185.

⁽⁸¹⁾ Citado por ANSELMO DE CASTRO, in «Lições ...», p. 364.

postos dessa norma se verificam no caso concreto litigado. *Cada uma das partes terá, em suma, de alegar e provar, sobre o terreno da situação concreta em exame, os pressupostos da norma que lhe é favorável* ⁽⁸²⁾.

E parece ser esta, com efeito, a melhor doutrina. Não terá, pois, a classificação dos factos jurídicos como constitutivos ou extintivos um valor absoluto; antes depende, em cada caso concreto, *da função que o facto desempenha no mecanismo do processo, atenta a posição das partes e o efeito jurídico que cada uma delas pretende obter* ⁽⁸³⁾. Assim, o mesmo facto, ordinariamente considerado impeditivo ou extintivo, pode valer como constitutivo, se, num caso concreto, for a base da pretensão que o Autor deduz em juízo ⁽⁸⁴⁾.

Por conseguinte, será à luz da interpretação das normas contidas nos números 3 e 4 do artigo 1817.º do Código Civil que deve fixar-se se é facto constitutivo a apresentação da petição dentro do prazo ou se, pelo contrário, é a apresentação da petição fora desse prazo que representa facto impeditivo ou extintivo do direito do autor.

Afinal, trata-se de separar a excepção da impugnação.

Qualificada a defesa como excepção, incumbirá ao Réu a prova dos factos (novos) que deduz com vista a impedir ou ver declarado extinto o direito ⁽⁸⁵⁾; ao passo que, qualificada como impugnação, é o Autor que suporta o ónus da prova, posto que o réu se limita a negar os factos em que o Autor baseia o seu direito ⁽⁸⁶⁾.

*

* *

⁽⁸²⁾ Citado por ANTUNES VARELA, in RLJ, ano 117.º, p. 30.

⁽⁸³⁾ ALBERTO DOS REIS, «Comentário ...», volume III, p. 282.

⁽⁸⁴⁾ VAZ SERRA, in «Provas», Bol. do Min. da Justiça, n.º 110.º, p. 138.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. ABEL PEREIRA DELGADO, in «Do divórcio e separação judicial de pessoas e bens». Coimbra, 1971, pp. 130 ss.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. Acórdão do STJ de 4NOV47, in Revista dos Tribunais, ano 66, pp. 19 ss.

Os números 3 e 4 do artigo 1817.º do Código Civil têm sido interpretados como a fixação de excepções à regra geral do prazo do n.º 1 do mesmo preceito, *contra-excepções* de que o Autor se socorre para nelas alicerçar a tempestividade da acção.

E desta forma, competindo ao réu — nos termos do n.º 2 do artigo 342.º do Código Civil — a alegação e prova da excepção-regra da caducidade relativa ao escoamento do prazo normal para a propositura da acção, será naturalmente sobre o investigante que recai o *onus probandi* da contra-excepção, a prova de que, embora esgotados aqueles prazos, beneficia das situações configuradas naqueles números 3 e 4 do artigo 1817.º.

Assim argumenta, por exemplo, o Acórdão da Relação do Porto, de 9 de Julho de 1985 ⁽⁸⁷⁾:

A lei estabelece, como princípio, que a acção de investigação de paternidade deve ser proposta pelo investigante até ao fim dos dois anos posteriores à sua maioridade ou emancipação mas, depois, estabelece, para casos excepcionais, várias excepções àquela regra ...

E também dispõe a lei que àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado e que a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita.

Sendo assim, é claro que, numa acção de investigação de paternidade, terá o Autor de provar os fundamentos do respectivo pedido e o Réu os elementos da caducidade dele, como excepção que é composta do facto extintivo.

Mas isto só se verifica quanto à regra geral da caducidade até dois anos posteriores à maioridade ou emancipação do investigador.

Nos casos especiais previstos nos n.ºs 2, 3 e 4 do mesmo preceito legal, há uma excepção àquela regra, uma contra-excepção, e, então, é já o Autor que terá de provar essa situação excepcional, sob pena de se cair no âmbito da regra geral da caducidade.

(87) In «Colectânea de Jurisprudência», ano X, tomo IV, p. 228.

Esta jurisprudência é igualmente acolhida pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de Julho de 1987 ⁽⁸⁸⁾, o qual, versando uma hipótese de tratamento, entende ser a solução conforme com as regras gerais que norteiam o ónus da prova.

Aí, apoia o Supremo a sua tese nas razões do regime especial dos números 3 e 4 do artigo 1817.º do Código Civil, atrás analisado.

Tendo o legislador — assinala o Acórdão do Supremo — ao fim e ao cabo criado um prazo distinto do prazo-regra para a investigação previsto no n.º 1 do artigo 1817.º, e dado que o Autor se socorreu da dita excepção para nela alicerçar a tempestividade da acção, cabia-lhe alegar e provar os factos integradores dessa mesma excepção.

Faz-se neste Acórdão do Supremo, por outro lado, a nota de que a sua doutrina consiste, afinal, em tradução da teoria da norma desenvolvida por ROSENBERG: o Autor, ao alegar e provar que foi tratado como filho pelo pretenso pai e que esse tratamento só cessou há menos de um ano contado da data da propositura da acção, ao alegar e provar que só há menos de seis meses conheceu ou devia conhecer o conteúdo do escrito, estará a alegar e provar factos concretos e ajustados ao total procedimento da norma de direito substantivo que invocou para o triunfo da sua pretensão. Tais seriam, efectivamente, *os pressupostos da norma que lhe é favorável.*

A esta mesma solução poderá chegar-se por outro caminho, seja com a invocação de que, sendo a caducidade um direito a termo, quem o invoca deve provar que o termo ainda não findou ⁽⁸⁹⁾⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁸⁾ Ainda inédito.

⁽⁸⁹⁾ ALBERTO DOS REIS, «Código ...», vol. III, pp. 301 ss.; DIAS MARQUES, «Teoria ...», in «O Direito», ano 84.º, p. 262.

⁽⁹⁰⁾ Esta é também a interpretação que, sobre as regras do ónus da prova, nas acções de investigação, fazem JACINTO RODRIGUES BASTOS, in «Direito da família», vol. IV, 1979, p. 124 e FERREIRA PINTO, in «Filiação ...», pp. 115 e 117.

Na jurisprudência, ver ainda o Acórdão do STJ, de 5JAN84, in BMJ, 333.º, 465.

Não é isenta de críticas a apontada distribuição do ónus da prova.

Contra a sua bondade, pode, desde logo, esgrimir-se o mesmo argumento da *interpretação da norma*.

Na verdade, é lícito defender-se que o disposto nos números 3 e 4 do artigo 1817.º do Código Civil não constitui qualquer espécie de prorrogação legal do prazo estabelecido no n.º 1 do mesmo artigo, regulando apenas desvios ao princípio geral, no caso da ocorrência de especiais situações impeditivas da utilização do prazo normal.

Deste jeito, não poderá deixar de cometer-se ao Réu o encargo da prova da caducidade, que tem sempre a natureza de facto extintivo ⁽⁹¹⁾.

Por outro lado, poderá observar-se que, sendo o direito sujeito a caducidade tendencialmente ilimitado no tempo, será um facto novo, extrínseco ao próprio direito, funcionando no processo como uma excepção, cabendo por consequência ao Réu a sua prova ⁽⁹²⁾.

No entender de VAZ SERRA, parece preferível conceber a expiração do prazo como um facto extintivo do direito, aplicando-se, pois, ao Réu, a regra de lhe caber o respectivo ónus da prova, até por questões de razoabilidade.

Para este Autor, *se é certo que a solução tem o inconveniente de, por não fazer o Réu a prova, a acção poder ser admitida fora do prazo legal, também a solução oposta tem o inconveniente de, por não fazer o Autor a prova da inobservância do prazo, poder não ser admitida uma acção dentro do prazo legal*. Risco que seria mais grave do que aquele, porque cerceia um direito ⁽⁹³⁾.

Adianta ainda VAZ SERRA, em defesa da mesma tese, que será muitas vezes mais fácil ao Réu provar a inobservância do prazo que ao Autor provar a observância dele, nomeadamente

⁽⁹¹⁾ É a posição expressa nos Acs. da Relação de Évora, de 28OUT82, in B MJ, 322.º, 383 e da Rel. do Porto, de 1ABR86, inédito.

⁽⁹²⁾ Acordãos do STJ, de 15FEV44 e 3OUT44, citados por DIAS MARQUES, in «O Direito ...», p. 262.

⁽⁹³⁾ In «Prescrição Extintiva ...», p. 269.

nos casos — como o da existência de escrito — em que o início do prazo coincide com o conhecimento ou o dever do conhecimento de um facto ⁽⁹⁴⁾(95).

Nas mesmas águas navega o Conselheiro CAMPOS COSTA, para quem, sendo a caducidade um facto extintivo, tem de ser provada pelo Réu, ao qual incumbe assim demonstrar que a acção foi efectivamente proposta fora do prazo marcado na lei.

Em declaração de voto proferida no mencionado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5JAN84 (*supra*, nota 90), que versa um outro caso de tratamento, defende este ilustre jurista:

Para que as acções de investigação sejam havidas como extemporâneas pela inobservância do prazo fixado no artigo 1817.º, n.º 4, torna-se absolutamente necessário que o Réu demonstre que, efectivamente, decorreu mais de um ano sobre a data em que cessou o tratamento do investigante como filho.

E para que isso aconteça — continua CAMPOS COSTA — só restam ao Réu duas alternativas: ou prova que os actos de tratamento tiveram concretamente lugar há mais de um ano, ou prova que os actos de tratamento, invocados pelo Autor, nem sequer ocorreram. Em qualquer destas situações, face a quesitos que referem actos de tratamento situados há menos de um ano, o Réu só terá êxito, no que respeita à caducidade, se provar que os actos de tratamento tiveram afinal lugar há mais de um ano ou se provar que eles não ocorreram.

*

* *

⁽⁹⁴⁾ Ibid, p. 270.

⁽⁹⁵⁾ Contra estas considerações de razoabilidade, cfr. MANUEL DE ANDRADE, in RLJ, ano 78.º, p. 415 ss.

Também ANTUNES VARELA afirma não ser convincente este argumento, uma vez que a prova não visa a certeza absoluta da verificação de um facto, mas tem apenas, atenta a inelutável precaridade dos meios de conhecimento da realidade, de contentar-se com um certo grau de probabilidade do facto: a probabilidade bastante, em face das circunstâncias concretas da espécie, para convencer o julgador ... da verificação ou realidade do facto — apud Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3716, pp. 338 ss.

Qual das duas proposições será exacta?

Em nosso entender, é possível uma solução que atenua o radicalismo destas duas orientações.

É bem certo que, no caso de estar precludido o exercício do direito do Autor em face da regra geral proclamada no n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, é ele que tem de alegar e provar alguma das excepções previstas nos números 3 e 4 do Código Civil.

Tem de alegar e provar o tratamento; tem de alegar e provar a existência do escrito: factos que lhe abrirão a porta da excepção consagrada naqueles números.

Porém, não será exigível ao Autor que alegue e prove que o direito de acção não caducou.

Na hipótese, por exemplo, da excepção do tratamento, caberia ao Réu o encargo de alegar e provar o acto de cessação do tratamento do investigante como filho, bem como o decurso de mais de um ano entre o acto de interrupção do tratamento e a data da propositura da acção de investigação.

Se o Réu não alegar e provar um e outro facto, o Tribunal não pode deixar de presumir que o tratamento do investigante como filho, uma vez provado, se manteve até à hora da morte do real progenitor do investigante.

Haverá, assim, que distinguir, entre a incerteza sobre o tratamento e a incerteza sobre a manutenção dos actos até certo momento.

Aquela funcionará contra o Autor, posto que se lhe atribui a carga da prova da existência de uma relação de tratamento que o inibiu de agir até ao limite do prazo estabelecido no n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil; esta, funcionará contra o Réu, que tem o ónus da prova dos factos que integram a caducidade.

Desta forma, o que verdadeiramente interessa para afastar em definitivo o espectro da caducidade do direito do Autor, é a prova real do tratamento do investigante como filho até, pelo menos, um ano antes da proposição da acção.

O que nos parece não poder confundir-se, em suma, é a questão do ónus da prova do tratamento com a questão do ónus da prova da caducidade.

A esta luz, torna-se compreensível a doutrina que vem sendo firmada pelo Supremo Tribunal de Justiça, no sentido de que,

não se tendo provado que o tratamento de filho dispensado pelo investigado se prolongou até à sua morte ou até um ano antes da proposição da acção, é indiferente saber a quem cabe o ónus da prova da excepção da caducidade.

Com efeito, cabendo ao Autor o ónus da prova de que existiu uma relação de tratamento que o inibiu de agir até ao limite do prazo estabelecido no artigo 1817.º, número 1, e não tendo este logrado fazer essa prova, o factualismo apurado será concludente no sentido da verificação da caducidade ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁶⁾ Cfr., para além dos mencionados Acordãos do STJ, de 5JAN84 e 21JUL87, os Acordãos do mesmo tribunal superior, de 19MAI72 e 23FEV73, in, respectivamente, BMJ, 217.º, p. 139 e 224.º, p. 189.