

## Doutrina

# ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO: RETROATIVIDADE E SEUS LIMITES

Guilherme de Oliveira

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra  
Centro de Direito da Família

**Palavras chave:** *estabelecimento da paternidade; efeito retroativo*

**Keywords:** *establishing paternity; retroactive effect*

**Resumo:** *O texto discute o alcance do art. 1797.º, n.º 2, do código civil, que impõe o efeito retroativo do estabelecimento da filiação.*

**Abstract:** *The text assesses the meaning of article 1797.º, n.º 2, of the civil code, which states that legal effects of parentage apply from the moment of birth (retroactive effect).*

### A. A questão discutida

x, nascida em ..., foi declarada filha de y, por acórdão do STJ de ...;

O estabelecimento da filiação tem *eficácia retroativa* (artigo 1797.º, n.º 2, cciv);

Em dois momentos posteriores ao nascimento de x, y e a sua mulher cederam quotas de uma sociedade a quatro filhos;

x, que ainda não tinha nascido, não deu consentimento para as cessões de quotas realizadas;

x pretende agora uma aplicação maximalista do artigo 1797.º, através de uma retroação *total* do estabelecimento da paternidade, e pede a *anulação das referidas alienações feitas pelos pais aos seus filhos, por ela não as ter autorizado* nem ter havido suprimento da autorização (artigo 877.º cciv).

Foi pedido o meu parecer sobre este assunto.

Resumidamente, entendo que a pretensão de x não deve ser atendida, porque implica um

entendimento cego e simplista da retroatividade prevista na lei, contra o Direito e a Razão, e contra a melhor doutrina e jurisprudência.

### B. O regime do artigo 1797.º cciv

#### a) O sentido da retroatividade

Os poderes e deveres emergentes da filiação só são atendíveis depois do estabelecimento voluntário ou judicial do vínculo (cciv, artigo 1797.º, n.º 1); ou seja, depois de ter havido uma indicação ou declaração relevante, ou um reconhecimento voluntário ou judicial, conforme os casos.

Por sua vez, este ato de estabelecimento do vínculo de filiação tem o mérito de “converter” um vínculo biológico prévio num vínculo jurídico correspondente (ressalvada qualquer impugnação posterior) que passa a produzir efeitos jurídicos.

Mas a filiação não é “constituída”, criada, pelo ato jurídico; apesar do ato jurídico ser indispensável, ele apenas significa uma “declaração”, uma revelação, do vínculo natural e prévio de filho.

Ora, este vínculo biológico existe desde o nascimento (em rigor, desde a concepção) e, portanto, o estado jurídico de filho é reconhecido pelo Direito com efeitos desde essa altura.

Por esta razão, o n.º 2 do artigo 1797.º determina que o estabelecimento da filiação tem *eficácia retroativa*<sup>1</sup>.

Que sentido tem a retroatividade?

Em primeiro lugar, a retroação diz respeito a efeitos jurídicos, e não a situações de facto. Na verdade, ninguém, nem uma lei, pode “fazer com que não aconteça o acontecido”<sup>2</sup>, ou vice-versa. “O tempo não é reversível (...) Como foi, assim tem de ficar”<sup>3</sup>.

A retroação dos efeitos da filiação significa que todo o conjunto de consequências jurídicas que são previstas por várias normas — e que não se produziram antes — *produzem-se agora* como se a filiação tivesse sido estabelecida desde o nascimento. Podem dar-se exemplos e, a seguir, devem estabelecer-se os limites da retroação.

#### b) Exemplos de retroação

Antunes Varela menciona a consequência da *retificação do nome* do filho — isto é, da adição dos apelidos do progenitor reconhecido — admitindo a retroação deste efeito pessoal. A retroação justifica-se porque o nome acompanha o estado do filho, ligando-o às suas famílias materna e paterna e individualizando-o dentro delas; e o estado retroage<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> E não importa muito que a linguagem usada pela lei não seja totalmente rigorosa. De facto, não é o ato de estabelecimento da filiação que retroage; o ato apenas revela juridicamente o vínculo biológico, no momento em que é praticado, “convertendo-o” em vínculo jurídico. Uma vez “convertido” o vínculo biológico em vínculo jurídico, produz-se um *estado jurídico* cujos efeitos acompanham a duração do vínculo biológico e, portanto, se produzem desde que o vínculo biológico se formou.

<sup>2</sup> Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do Direito*, 2.ª ed., Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 1969, 228-229.

<sup>3</sup> E. Wolf, *apud* K. LARENZ, *Metodologia da ciência do Direito*.

<sup>4</sup> As jurisprudências italiana e francesa declararam que este efeito pessoal, no entanto, não deve ter uma aplicação automática, em atenção ao interesse do filho que pode querer conservar o seu nome anterior ao último estabelecimento da filiação; na verdade, o nome an-

O chamamento do filho a *heranças que foram abertas* antes do estabelecimento da filiação é outro exemplo da eficácia retroativa<sup>5</sup>. Supondo que o estabelecimento da filiação é posterior ao termo do inventário — o que determina que o herdeiro não adquiriu esta qualidade a tempo de participar na divisão hereditária — haverá lugar à composição da quota do herdeiro que não interveio. Neste exemplo, a lei não pretende ficcionar que o filho agora reconhecido já existia antes como filho jurídico; mas faz produzir agora os efeitos que se teriam produzido se o reconhecimento se tivesse verificado antes.

Antunes Varela indica também o exemplo da aplicação retroativa que revela *um impedimento dirimente antes desconhecido*<sup>6</sup>. Será o caso, p. ex., da revelação de um vínculo de parentesco ou afinidade que teria obstado ao casamento realizado com o filho agora reconhecido; a retroação do reconhecimento da filiação chega até ao momento da celebração do casamento que, por este motivo, pode ser invalidado.

A doutrina refere ainda que a retroação do reconhecimento da filiação até ao momento do nas-

terior pode ter constituído um sinal distintivo importante na sua vida de relação, de tal modo que a mudança exige o requerimento do próprio filho — cfr. Paolo ZATTI, *Tratato do Diritto di Famiglia, Vol. 2: Filiazione*, Milano: Giuffrè, 2002, 416-7; François TERRÉ / Dominique FENOUILLET, *Droit civil, La Famille*, 8.ª ed., Paris Dalloz, 2011, 447. Também em Portugal, a adição do apelido do progenitor foi entendida como uma manifestação de um interesse particular “primacial”, e não de um interesse público; tem de ser requerida pelo interessado (artigo 104.º, n.º 3, CRegCiv; e artigo 1875.º CCiv); e, portanto, não haverá averbamento oficioso ou a requerimento do ministério público (cfr. o ac. da Rel. do Porto, de 07.07.2005).

<sup>5</sup> Antunes VARELA, “Anotação ao ac. do STJ de 25 de Março de 1982”, *RIJ* 118, 339-345, e ano 119, 22-28; ZACCARIA, *Commentario breve al Diritto della Famiglia*, 2.ª ed., Padova: CEDAM, 2011, 277; François TERRÉ / Dominique FENOUILLET, *Droit civil, La Famille*, 446; Giovanni BASINI, *Il diritto di famiglia, III: Filiazione e adozione*, Torino: UTET, 1997, 169, nota 158.

<sup>6</sup> Antunes VARELA, “Anotação ao ac. do STJ de 25 de Março de 1982”, ano 119, 25.

cimento tem por consequência que o novo ascendente pode ser obrigado a *partilhar as despesas de alimentos*. Na verdade, retroage o dever de partilhar a obrigação e, assim, o progenitor que arcou sozinho com a prestação de alimentos pode exercer um direito de regresso sobre o novo progenitor reconhecido pela parte que teria cabido a este na criação do filho comum<sup>7</sup>. A lei faz produzir agora os efeitos que se teriam produzido se o reconhecimento se tivesse verificado na ocasião do nascimento.

Poderá acrescentar-se, no mesmo sentido, que poderá haver direito de regresso contra o progenitor que teria *partilhado a responsabilidade civil pelos danos causados pelo filho comum*, como se ele tivesse sido reconhecido antes do ato causador do dano.

### C. Limites da retroação, na doutrina jurídica

#### 1. Limites da retroação para proteção dos atos de conduta na doutrina da sucessão de leis no tempo

O problema que está em causa — o da retroação dos efeitos da filiação a partir do seu estabelecimento — tem afinidades claras com o tema da *retroação das leis novas*. Por esta razão, é muito elucidativo o ensinamento de Batista Machado sobretudo no ponto em que mostra como a doutrina generalizada aceita limites firmes para a retroação. Leia-se:

“Por força do princípio da conservação das SsJs [situações jurídicas] a LN [lei nova] deve receber estas com a validade e consistência que elas tinham à data da sua en-

trada em vigor. [A lei nova] não pode [...] submeter a SJ passada uma nova causa de invalidade pois isso [...] equivaleria, de certo ponto de vista, a valorar *ex novo* uma conduta passada, ou a aplicar uma sanção a uma conduta negocial perfeitamente correcta, perfeitamente legal, segundo a lei do tempo em que foi praticada.”<sup>8</sup>

[A lei nova não se aplica] “quando apenas regula o *modus faciendi* da realização de um ato ou negócio jurídico ou, porventura ainda, as qualidades que deve possuir o autor do ato para que este seja susceptível de vir a produzir os efeitos pretendidos.”<sup>9</sup>

[Citando Gabba, a propósito da lei nova que altera a validade dos testamentos] “o testamento deve ser subtraído à lei nova vigente à morte do testador, em tudo aquilo que respeita à atividade pessoal do testador”. Ainda [o testador não pode] “resignar-se à possibilidade de que, depois da sua morte, se ponha em causa a idoneidade do seu agir para produzir um qualquer efeito, não obstante esse seu agir ter sido conforme à lei.”<sup>10</sup>

“Também nos parece que há na verdade uma actividade pessoal do testador, um agir que ele empreendeu conformando-se à lei então vigente e cuja regularidade ou legalidade, portanto, não pode ser apreciada senão em face dessa mesma lei, a única lei que que então por ele podia ser conhecida e observada” [...] “Por nós, entendemos que [...] a conduta dos indivíduos deve ser apreciada pela lei do tempo em que se verificou”.<sup>11</sup>

“A LN há-de ter em conta o interesse dos indivíduos na *estabilidade* da ordem jurídica, ou antes, na *estabilidade* das SsJs, afim de lhes consentir a organização dos seus planos de vida e de lhes evitar o mais possível a frustração das suas expectativas fundadas. (...) salientar-se-á o respeito pelo plano contratual livremente forjado pelas partes, o interesse na manutenção do equilíbrio das prestações contratuais, etc., como factores que induzem

<sup>8</sup> J. Baptista MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, Coimbra, Almedina, 1968, p. 80.

<sup>9</sup> J. Baptista MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, 190.

<sup>10</sup> J. Baptista MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, 191.

<sup>11</sup> J. Baptista MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, 192-3.

<sup>7</sup> Antunes VARELA, “Anotação ao ac. do STJ de 25 de Março de 1982”; ZACCARIA, *Commentario breve al Diritto della Famiglia*, Paolo ZATTI, *Tratato do Diritto di Famiglia*, Vol. 2: *Filiazione*, 413-4; Giovanni BASINI, *Il diritto di famiglia*, III: *Filiazione e adozione*, Ugo MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, 2.<sup>a</sup> ed., Bologna / Roma: Zanichelli / Foro italiano, 1982, 221-2.

à aplicação da lei vigente ao tempo da celebração do contrato, quer à questão da validade, quer aos problemas relativos ao conteúdo ou aos efeitos, às causas de rescisão ou anulação, etc.”<sup>12</sup>

Foi com este espírito que nasceu o artigo 12.º do código civil — destacando-se agora o seu n.º 2, que pretende nitidamente resguardar os factos praticados de acordo com a lei antiga, respeitando as regras vigentes no momento quanto à sua “validade substancial ou formal”.

E Antunes Varela referiu vários exemplos de artigos que consagraram a aplicação desta ideia de respeito pelo comportamento do agente e pelos factos coevos da formação dos negócios:

948.º, n.º 2: A capacidade é regulada pelo estado em que o doador se encontrar ao tempo da declaração negocial.

2191.º: A capacidade do testador determina-se pela data do testamento.

226.º, n.º 1: A morte ou incapacidade do declarante, posterior à emissão da declaração, não prejudica a eficácia desta, salvo se o contrário resultar da própria declaração.

231.º: Não obsta à conclusão do contrato a morte ou incapacidade do proponente, excepto se houver fundamento para presumir que outra teria sido a sua vontade.

437.º: Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

488.º, n.º 1: Não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório.

950.º, n.º 2: A capacidade do donatário é fixada no momento da aceitação.

1033.º, b): Se o defeito já existia ao tempo da celebração do contrato e era facilmente reconhecível, a não ser que o locador tenha assegurado a sua inexistência ou usado de dolo para o ocultar;

2207.º: A data da aprovação do testamento cerrado é havida como data do testamento para todos os efeitos legais.

É escusado notar que a lição de Baptista Machado e os exemplos de Antunes Varela se referiam à sucessão de leis e aos limites para a retroação da lei nova, enquanto o nosso problema é o da retroação dos efeitos dos atos jurídicos, designadamente de um estabelecimento da filiação. É escusado notar essas diferenças porque *as questões são idênticas*: o que está em causa é *o problema de saber se um novo regime — resultante de uma lei nova ou de um ato jurídico, é indiferente — pode vir a tornar irregular um procedimento que se verificou*<sup>13</sup> antes, que foi totalmente desenvolvido conforme aos trâmites impostos pela lei do momento da sua prática. A resposta tem de ser negativa.

## 2. Limites da retroação na doutrina constitucional sobre restrições de direitos fundamentais

A mesma questão pode ser analisada pelo prisma da doutrina e da lei constitucional portuguesas, no ponto em se *proibe a retroação das leis restritivas de direitos fundamentais* (artigo 18.º, n.º 3, CREP).

Na verdade, o regime da anulabilidade de vendas de pais a filhos que não tenham sido precedidas da autorização de outros filhos significa uma restrição do direito fundamental de propriedade, e da sua livre transmissão entre vivos (artigo 62.º CREP). Ora, este direito é um direito fundamental

<sup>12</sup> J. Baptista MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, 56 e 58.

<sup>13</sup> No sentido em que ficou *perfeito* e, portanto, capaz de produzir os efeitos jurídicos para que tendia.

“de natureza análoga” que beneficia do regime dos direitos enunciados no Título II da Constituição<sup>14</sup>, designadamente do regime previsto no artigo 18.º. De acordo com este regime (n.º 3), “As leis restritivas de direitos liberdades e garantias (...) não podem ter efeito retroativo”.

Esta proibição de retroatividade “está intimamente ligada à ideia de proteção da confiança e à segurança dos cidadãos, defendendo-os contra o perigo de ver atribuir aos seus actos passados ou às situações transactas efeitos jurídicos com que não podiam razoavelmente contar”<sup>15</sup>.

Estas afirmações pretendem sublinhar que o que está em causa é a aplicação de uma restrição a um direito fundamental. Não é, obviamente, a aplicação de uma lei que restrinja um direito fundamental — essa lei é o próprio artigo 877.º que já existe e que no momento próprio foi considerado necessário, adequado e proporcional — mas é sim a aplicação retroativa desse regime a situações passadas (de cessão de quotas), por força do estabelecimento da paternidade e da sua eficácia retroativa, de tal modo que se provocaria uma consequência (a anulabilidade e a anulação) que não se podia prever no momento da prática das alienações.

Dito de outro: uma lei formal que quisesse introduzir agora no direito português o regime do artigo 877.º não podia aplicar-se a alienações feitas no passado (artigo 18.º, n.º 3, CREP) para não frustrar a confiança dos cidadãos nas leis que vigoravam; então, não é aceitável que uma sentença judicial de reconhecimento da paternidade tenha força para se aplicar retroativamente, produzindo a invalidade dos negócios passados, isto é, se arrogue a força que uma lei não poderia exibir.

<sup>14</sup> J.J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. 1, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 374-5.

<sup>15</sup> J.J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. 1, 394.

### 3. Os limites da retroação também podem ser fundamentados no respeito pela segurança jurídica<sup>16</sup>.

Afinal, do que se trata é de acreditar que o Direito mantém válidos os comportamentos que foram adotados num certo momento em conformidade com as regras vigentes nessa época.

Baptista Machado afirmava que:

“Cabe ao Direito acrescentar a essa estabilidade ordenadora das instituições sociais uma segurança ordenadora específica e própria a que se pode dar o nome genérico de *segurança jurídica*.” (...) “A segurança é, pois, uma das exigências feitas ao Direito — pelo que, em última análise, representa também uma tarefa ou missão contida na própria ideia de Direito”. E acrescentava “Como conhecimento prévio daquilo com que cada um pode contar para, com base em expectativas firmes, governar a sua vida e orientar a conduta, a segurança jurídica aparece-nos sob a forma de “certeza jurídica”<sup>17</sup>.

Outros autores portugueses também acentuaram este fundamento para limitar os efeitos da retroatividade.

Manuel Baptista Lopes rejeitou expressamente a retroação plena e cega aplicada por um acórdão da Relação do Porto, de 23.2.1955<sup>18</sup>, “por importar insegurança nos negócios jurídicos”.

E o autor acrescentava: “Devem ser mantidos e considerados válidos os actos praticados, desde que ao tempo da sua prática nada impedia a sua eficácia”<sup>19</sup>.

Certamente era a defesa da segurança jurídica que justificava as afirmações de Cunha Gonçalves:

<sup>16</sup> François TERRÉ / Dominique FENOUILLET, *Droit civil, La Famille*, 447.

<sup>17</sup> *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983, 55-57.

<sup>18</sup> *Jurisprudência das Relações*, ano 11.º, Coimbra: Albano Cunha ed., 1965, 146.

<sup>19</sup> *Do contrato de compra e venda no direito civil, comercial e fiscal*, Coimbra: Almedina, 1971, 54. O acórdão do STJ, de 28.09.1999, seguiu esta opinião, sem acrescentar argumentação específica.

Lex Familiaris, Ano 15, N.º 29-30 (2018)

“... é indispensável que o parentesco visado no artigo 1565.º [do Código de Seabra] exista na data da venda. Por exemplo, se o comprador for filho ilegítimo e o vendedor o perfilhar depois da venda, será esta válida, porque o consentimento dos filhos legítimos ou anteriormente perfilhados *não era necessário* na data da mesma venda.”<sup>20</sup>

E foi claramente o imperativo da segurança jurídica que levou o acórdão da Relação do Porto, de 27.03.1968 a afirmar que: “...os princípios geralmente seguidos de que os actos praticados em certo momento com os requisitos exigidos na ocasião devem ser mantidos e tornar-se eficazes, sem necessidade de esperarem por situações que por vezes se desconhecem ou são meramente previsíveis e condicionadas a actividades de terceiros” (...) “Derivado deste princípio, da não conveniência da incerteza dos negócios jurídicos praticados...”<sup>21</sup>.

Apresentem-se alguns exemplos:

O *casamento de um menor* — autorizado por quem figurasse na época como progenitor no registo civil — deve permanecer totalmente regular ainda que se estabeleça posteriormente a paternidade verdadeira. Seguindo a orientação oposta, havia de se considerar que foi um ato irregular, com base no argumento de que a retroatividade do estabelecimento da filiação mostra que o casamento não foi autorizado pelo “novo pai”, desencadeando-se a aplicação da sanção prevista no artigo 1649.<sup>o22</sup>

O estabelecimento da paternidade sobre um filho que não tinha progenitores registados e que tenha sido protegido através da instauração da tu-

tela faz cessar a tutela (artigo 1961.º, f), cc) mas não destrói todos os *atos regularmente praticados pelo tutor*. Aplicando cegamente a eficácia retroativa do estabelecimento da paternidade, seriam ilegítimos todos os atos praticados pelo tutor, apesar de terem estado conformes com os pressupostos legais da época.

O estabelecimento da filiação sobre um filho maior não tem consequências sobre a *nacionalidade* (cfr. o artigo 14.º da lei n.º 37/81, de 3 de outubro)<sup>23</sup>.

#### 4. Limites da retroação, segundo “a natureza das coisas”<sup>24</sup>

Não podem retroagir os efeitos que se traduzem em poderes de facto. No caso que nos ocupa, não se pode dizer que retroagem os efeitos da filiação cujo conteúdo se traduz no exercício de poderes de facto sobre um filho real que não está reconhecido, que não está perto nem porventura se conhece.

Segundo Ugo Majello,<sup>25</sup>: “...nem sempre é configurável uma eficácia *ex tunc* da declaração judicial da filiação, tratando-se de efeitos que pela sua própria natureza não podem retroagir, como o exercício das responsabilidades parentais...” (tradução livre).

Por outras palavras, há efeitos jurídicos do estabelecimento da paternidade que resistem à técnica legislativa da retroatividade simplesmente porque a realidade — e a razão — são mais fortes do que a ficção. No exemplo dado, não é conforme com

<sup>20</sup> *Tratado de direito civil*, vol. VIII, Coimbra: Coimbra Editora, 1934, 485. Pode notar-se que o exemplo de Cunha Gonçalves é diferente do caso que nos ocupa, mas a questão técnica é a mesma.

<sup>21</sup> *Jurisprudência das Relações*, ano 14.º, 1968, 385-6.

<sup>22</sup> Antunes VARELA, “Anotação ao ac. do STJ de 25 de Março de 1982”, ano 118, 25; François TERRÉ / Dominique FENOUILLET, *Droit civil, La Famille*, 447.

<sup>23</sup> Também segundo o artigo 20-1 do código civil francês — cfr. François TERRÉ / Dominique FENOUILLET, *Droit civil, La Famille*, 447.

<sup>24</sup> O sentido em que Ugo Majello usou esta expressão aproxima-se do que ela assume no âmbito da teoria da interpretação das leis cfr. Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do Direito*, 475 e s.

<sup>25</sup> Ugo MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, 220.



a razão aceitar que o pai reconhecido *retroage em pessoa...*, por força do artigo 1797.º, n.º 2, CCiv, de tal modo que tudo se passa como ele *tenha velado pela segurança e saúde dos filhos, tenha dirigido a sua educação e o tenha representado* desde o nascimento, exercendo assim os poderes-deveres que a lei impõe aos pais (artigo 1878.º, n.º 1, CCiv).

Também o direito alemão e a doutrina confirmam estas limitações: o pai reconhecido é pai desde o início, mas as *responsabilidades parentais* e a *representação jurídica* não retroagem<sup>26</sup>.

Em suma, há limites naturais à técnica da retroatividade do estabelecimento da filiação.

Em outras situações específicas, as mesmas razões ditaram claras restrições à norma da retroatividade, como nas seguintes.

Quando o estabelecimento da filiação ocorre depois da morte do progenitor, a jurisprudência italiana determinou que *o prazo para aceitar ou repudiar a herança* do ascendente não começa a correr na data da abertura da sucessão (a regra geral segundo o artigo 480.º, §1, CCiv it) mas sim desde o dia em que transita em julgado a sentença de reconhecimento (artigo 480.º, §2, CCiv it)<sup>27</sup>.

Do mesmo modo, a jurisprudência italiana determinou que *o prazo para agir em redução de liberalidades inoficiosas* não começa a correr na data da abertura da sucessão (a regra geral segundo o artigo 561, CCiv it) mas sim desde o dia em que transitou em julgado a sentença de reconhecimento.

Em ambos os casos, segundo uma aplicação cega da retroatividade, o filho reconhecido seria considerado apto para exercer o seu direito antes mesmo de ter sido reconhecido<sup>28</sup> e o prazo havia

de extinguir-se antes de ele ter condições para o exercer...

O regime italiano, aliás, não seria de estranhar em Portugal, tendo em conta a norma geral do artigo 329.º, CCiv<sup>29</sup>, que rejeita qualquer ficção acerca do momento em que um prazo de caducidade pode começar a contar: apenas começará no momento em que o direito puder ser exercido.

### 5. Limites da retroação por “redução teleológica”

#### a) “*Lacunas occultas*” e “*redução teleológica*”

Dizer que as leis são feitas para atingir um certo resultado prático-jurídico é dizer uma banalidade. Também é geralmente sabido que a técnica elementar da interpretação das leis passa por identificar o seu elemento racional ou teleológico, que consiste “na razão de ser da lei (*ratio legis*), no fim visado pelo legislador ao elaborar a norma”. É esta “razão de ser” que nos “habilita a definir o exacto alcance da norma”<sup>30</sup>.

O artigo 877.º CCiv visa prevenir que os pais façam doações a um filho, disfarçadas de vendas, de tal maneira que as liberalidades se furtem à redução, acabando por prejudicar outros filhos que não tenham sido contemplados pelo mesmo modo.

Para satisfazer este objetivo, a lei impõe aos pais um conjunto de exigências para que os negócios sejam válidos e eficazes. Assim, para além de terem de cumprir as formalidades imperativas da venda, sob pena de nulidade (artigos 220.º e 875.º, CCiv), têm de pedir o consentimento dos outros filhos (ou o seu suprimento), sob pena de anula-

<sup>26</sup> Dieter SCHWAB, *Familienrecht*, 18. Aufl., München, 2010, 266.

<sup>27</sup> Ugo MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, 221; ZACCARIA, *Commentario breve al Diritto della Famiglia*, 277.

<sup>28</sup> Ugo MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*.

<sup>29</sup> “O prazo de caducidade, se a lei não fixar outra data, começa a correr no momento em que o direito possa ser exercido”.

<sup>30</sup> J. Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 182-3.

bilidade, invocável por estes. A imposição destes requisitos e o seu conhecimento são o quadro em que os pais decidem se vendem, a quem vendem, e a quem pedem o consentimento para o negócio.

É bom de ver que este regime não tem sentido se os pais não tiverem algum filho que fique de fora do negócio jurídico; se não houver algum filho que a lei queira proteger, a quem se possa pedir e de quem se possa esperar a prestação do consentimento, o vendedor não tem de considerar o requisito previsto no artigo 877.º, n.º 1, cciv, e, aliás, nem saberia como cumpri-lo<sup>31</sup>. Por outras palavras, a norma referida tem uma razão, uma finalidade, e só pode aplicar-se nas circunstâncias em que a sua finalidade tem sentido, em que pode cumprir o seu objetivo de proteger os filhos excluídos das vendas.

É também por esta razão que a fórmula ampla do artigo 1797.º, n.º 2 — impondo um efeito retroativo do estabelecimento da filiação aparentemente sem limites — precisa de ser adequadamente interpretada.

Como escreveu Karl Engisch: “Segundo o princípio de há longa data conhecido: «*cessante ratione legis, cessat lex ipsa*», deve importar mais o fim e a razão de ser que o respectivo sentido literal. A «ratio» deve impor-se, não apenas dentro dos limites de um teor literal muitas vezes equívoco, mas ainda rompendo as amarras desse teor literal ou restringindo uma fórmula legal com alcance demasiado amplo.”<sup>32</sup>

A doutrina moderna fala, a este propósito na existência de *lacunas oculatas* “quando, segundo a teleologia imanente da lei, a regra geral carece de

uma restrição que a lei não formula. A «integração» da lacuna faz-se então pelo aditamento da restrição postulada, de harmonia com o sentido da lei” (...) falamos a este propósito de uma «redução teleológica».<sup>33</sup>

Por fim, considero especialmente necessário ser rigoroso na aplicação do artigo 877.º cciv; é indispensável ser rigoroso mesmo numa aplicação atual, quanto mais numa pretendida aplicação retroativa. Na verdade, recorro que o regime do artigo 877.º traduz-se numa restrição do direito fundamental à propriedade privada, previsto no artigo 62.º da Constituição da República<sup>34</sup>, que, por esta razão, só é admissível desde que as finalidades da restrição estejam claramente identificadas e esteja pacificamente provada a sua necessidade, adequação e proporcionalidade. O que está longe de acontecer, neste caso.

#### b) Ainda três exemplos<sup>35</sup>

<sup>33</sup> E o autor continua: “Esta está para a «interpretação restritiva» como a analogia singular para a «interpretação extensiva» (...) Ambas são, simplesmente, a continuação da interpretação para além da fronteira desta — o significado literal possível; e em ambas essa fronteira é «fluida» - Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do Direito*, 450-1.

<sup>34</sup> “A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”.

<sup>35</sup> Podem ler-se outros em F. Pinto BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 922, nota 146: “Pense-se ainda na redução teleológica do artigo 2317.º, d), do CC, atento nomeadamente o disposto pelo artigo 1791.º do mesmo diploma, e v. gr, na hipótese de a autora da disposição testamentária de instituição de herdeiro, ou de nomeação de legatário, ter beneficiado o ex-cônjuge inocente, ou não declarado principal culpado, do divórcio que haja dissolvido o casamento de ambos (cf., v. gr., o Ac. de 7 de Dezembro de 1994, Processo n.º 86 057, do STJ, in BMJ 442 (1995) 202 s.; (...)) Ou na redução teleológica do artigo 20.º, n.º 1, b), do DL n.º 387-B/87, de 29 de Dezembro, no sentido de aproveitar apenas às pessoas singulares, e não às pessoas colectivas, a presunção nele prevista “para efeitos de concessão de apoio judiciário” (cf. o Ac. n.º 2/99, Processo n.º 32/98, de 3 de Fevereiro de 1999, do STJ, in DR, 1 Série-A, de 11 de Março de 1999, 1376 ss. (...)). Mencionem-se também, como exemplos de inteiramente razoáveis reduções teleológicas, a interpretação do artigo 11.º, n.º 2, da Lei n.º 19/80, de 16 de Julho (ECDU), no sentido de apenas se dever reconhecer o direito a serem contratados como professores auxiliares, logo que obtenham o doutoramento, (nomeadamente) aos

<sup>31</sup> E um notário, como aceitaria o consentimento de alguém que não tinha legitimidade para intervir no ato? E como havia um tribunal de suprir a eventual falta ou recusa desse consentimento?

<sup>32</sup> *Introdução ao pensamento jurídico*, Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 1965, 120.



Primeiro: há muito que defendemos que a classificação prevista pelo artigo 1733.º, *f*), CCiv, - que considera bens próprios, mesmo em regime de comunhão geral, “os vestidos, roupas e outros objetos de uso pessoal” — deve ser afastada sempre que se provar que o bem serviu, realmente, como um meio de concretizar um verdadeiro investimento de capital; isto é, em vez de ter um valor pessoal apenas resultante do seu uso exclusivo, da sua ligação íntima a um só cônjuge, da sua simbologia, ele serviu de meio para uma aplicação de capital — por exemplo, um anel em vez de ações da bolsa. Provado isto, deixa de ter sentido o regime especial do artigo 1733, *f*), para valer o regime-regra da comunhão geral, e o bem será tido por comum do casal<sup>36</sup>.

Segundo: o STJ, em 10.01.2002<sup>37</sup>, apreciou a validade da alienação de imóveis comuns, feita pelo marido, sem consentimento da mulher. Uma aplicação simplista do artigo 1682.º-A, n.º 1, *a*), CCiv, determinaria a ilegitimidade das vendas e a consequente anulabilidade dos negócios (artigo 1687.º, n.º 1, CCiv). Porém, a razão da norma aparentemente violada é a de prevenir a alteração do “capital conjugal” — a diminuição, a alteração da substância, a troca de uns bens por outros — feitas por um cônjuge sem consentimento do outro. Ora, no caso concreto, a alienação recaía sobre imóveis

construídos para revenda, pela empresa de construções que o marido geria, no quadro da atividade normal, ordinária da empresa. Os imóveis eram “mercadoria” produzida pela empresa, e a sua venda não comprometia a própria empresa de construção, o “capital conjugal” — porventura contribuía para a sua solidez financeira. O STJ entendeu que as alienações constituíam atos de administração ordinária e podiam ser realizadas apenas pelo marido (artigo 1678.º, n.º 3, CCiv). Neste caso, o STJ definiu a razão da ilegitimidade prevista no artigo 1682.º-A, n.º 1, CCiv, e concluiu que o caso em apreciação era alheio à finalidade que ditara a existência e a aplicação da norma.

Terceiro: em 07.02.2015<sup>38</sup>, o STJ fixou a jurisprudência acerca da consequência da omissão do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 1723.º, *c*), CCiv, no documento que titula o negócio aquisitivo, em caso de sub-rogação real indireta. Na verdade, pode pensar-se que a lei é clara, e que a falta das menções exigidas implica que o bem adquirido se considere bem comum, independentemente de ter sido adquirido à custa de bens próprios de um dos cônjuges. Porém, quando se identifica a razão, a finalidade da norma e das suas exigências, logo se percebe que ela apenas pretendeu criar um sistema seguro de publicidade para os terceiros que possam contar com a natureza de bem comum de um bem adquirido a título oneroso, por um membro de um casal que vive em comunhão de adquiridos, com fundamento no artigo 1724.º, *b*), CCiv. A proteção de terceiros foi a razão exclusiva para se admitir a injustiça de se transformarem valores próprios de um dos cônjuges num bem adquirido comum; na verdade, se não fosse a expectativa

assistentes de uma determinada escola que nela se tenham efectivamente habilitado com o referido grau de doutor (...). Aqueloutra que se traduz na inadequação do artigo 1697.º, n.º 1, do CC (segundo o qual se difere para o momento da partilha dos bens do casal a exigibilidade do crédito que um cônjuge tenha sobre o outro em virtude de ter respondido apenas com bens seus por dívidas da efectiva responsabilidade de ambos) quando ... os mencionados “cônjuges” já [estejam] divorciados e apenas [aguardem] uma partilha do património” — assim Guilherme de OLIVEIRA, em “Anotação” ao Ac. do TRI., de 8 de Julho de 1999”, *RLJ* 131/3911-3912 (2000) 93 s.”

<sup>36</sup> Francisco Pereira COELHO / Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. 1, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 540.

<sup>37</sup> *Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do STJ*, ano X, tomo I, 2002, 32-6.

<sup>38</sup> Acessível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d-d8b980256b5f003fa814/8a3a0ca94abff8b480257ed500585c3f?OpenDocument&Highlight=0,1723>>.

criada por terceiros interessados no património do casal, nunca se poderia admitir tal injustiça entre os cônjuges<sup>39</sup>. Afinal, conluo eu, não se pode proteger interesses que não existem, para mais quando a aplicação da norma afasta o princípio natural da sub-rogação e gera uma injustiça óbvia entre os cônjuges. O plenário das secções cíveis do STJ, depois de identificar a finalidade da norma, determinou que esta não tem sentido, e não se deve aplicar, quando não estão em causa interesses de terceiros. Ou seja, o STJ identificou uma “lacuna oculta” e fez uma “redução teleológica” da norma através do aditamento literal da restrição que se impunha, para além do “significado literal possível”<sup>40</sup>, através de uma fixação de jurisprudência<sup>41</sup>. Este foi um caso recente em que “cessou a norma” nos casos em que não estava presente a razão dela.

#### D. O sentido do artigo 877.º cciv e a aplicação das ideias precedentes aos negócios realizados

O regime que agora se encontra no artigo 877.º cciv tem as suas origens nas Ordenações Manuêlinas<sup>42</sup>, transitando para as Ordenações Filipinas<sup>43</sup>, com o mesmo texto.

A regra enunciava sumariamente as suas razões — “Por evitarmos muitos enganar e demandas, que se causam e podem causar, que algumas pessoas fazem a seus filhos” — e determinava que “pessoa alguma não faça venda alguma (...) sem consentimento dos outros filhos (...) que houverem de ser herdeiros do dito vendedor. E não lhe querendo dar o dito consentimento (...) Nós lhe daremos licença que a possa fazer, parecendo-nos justo; e fazendo a tal venda (...) sem consentimento dos ditos filhos, ou sem Nossa expressa licença, a tal venda (...) será nenhuma e de nenhum efeito...”.

O regime passou para o código de Seabra, respeitando-se o seu teor fundamental, no artigo 1565.<sup>o44</sup>; e o artigo 1567.<sup>o</sup> determinava que as vendas realizadas sem o necessário consentimento ou suprimento eram “de nenhum efeito”.

Por sua vez, Dias Ferreira<sup>45</sup>, em face daquelas normas, justificava o regime “*por se presumir fraudulento o contrato julgando-se a nulidade no juízo de inventário sem necessidade de acção ordinária*” (itálicos meus).

<sup>39</sup> “A indicada teleologia da norma tem sido o suporte essencial da jurisprudência maioritária deste Supremo Tribunal de Justiça que enfatiza a *autonomia patrimonial* dos cônjuges no regime da comunhão de adquiridos; a necessidade de salvaguardar a possibilidade de injusto locupletamento de um dos cônjuges por mera operância de uma omissão formal, não sendo de excluir que o cônjuge que não contribuiu para o património comum possa ver melhorada a sua meação ao ver nela ingressada *riqueza* que não lhe acarretou esforço económico” (...). Não é, sequer, de excluir actuação abusiva do direito — artigo 334.º do Código Civil — quando se mostrar que um dos cônjuges se prevalece do regime da comunhão de adquiridos, pretendendo partilhar um *património comum*, sabendo que não contribuiu para aquisição do bem (que nele pretende ver integrado), que se fez com dinheiro ou meios da exclusiva propriedade do seu cônjuge, invocando a inobservância de requisitos formais, atentando, censuravelmente, contra a confiança, a lisura e a solidariedade inerentes à relação conjugal”.

<sup>40</sup> Cfr. *supra* nota 32.

<sup>41</sup> “Estando em causa apenas os interesses dos cônjuges, que não os de terceiros, a omissão no título aquisitivo das menções constantes do artigo 1723.º, c) do Código Civil, não impede que o cônjuge, dono exclusivo dos meios utilizados na aquisição de outros bens na constância do casamento no regime supletivo da comunhão de adquiridos, e ainda que não tenha intervindo no documento aquisitivo, prove por qualquer meio, que o bem adquirido o foi apenas com dinheiro ou seus bens próprios; feita essa prova, o bem adquirido é próprio, não integrando a comunhão conjugal”.

<sup>42</sup> Livro IV, título XII — cfr. <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas//14p227.htm>>.

<sup>43</sup> Livro IV, título LXXXII — <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14p791.htm>>.

<sup>44</sup> “Não podem vender a filhos, ou netos, os paes ou avós, se os outros filhos ou netos não consentirem na venda. § unico. Se algum d’elles recusar o consentimento, poderá este ser suprido por um conselho de família, que para esse fim será convocado”.

<sup>45</sup> *Código civil português anotado*, 2.ª ed., vol. III, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1898, 166.

Cunha Gonçalves, reiterando a origem e a continuidade dos preceitos, dizia que “a sua maior utilidade é a de evitar doações inoficiosas, acobertadas pela compra e venda, para o fim de não serem reduzidas”<sup>46</sup>.

Antunes Varela<sup>47</sup>, depois de contestar a tentativa de ver no regime legal uma presunção *iuris et de iure* de fraude, acolheu facilmente a ideia de fraude potencial, com prejuízo para os herdeiros, sublinhando o “perigo mortal para as legítimas dos descendentes”<sup>48</sup> que resultaria da plena liberdade de vender a filhos. Posto isto, acrescentou que a finalidade da lei, “ao instituir o mecanismo do assentimento prévio dos outros filhos, é de carácter preventivo”<sup>49</sup>.

Esclarecida a finalidade do regime, o meio escolhido pela lei — o assentimento dos outros filhos, potencialmente prejudicados pela venda — é “uma formalidade estabelecida no interesse imediato dos próprios contraentes: se não querem ver anulado o ato que pretendem realizar, eles que tratem de obter (...) o consentimento...”<sup>50</sup>.

A autora, X, reconhecida judicialmente em ..., pede a anulação dos negócios celebrados pelo seu pai, Y, alegando que não deu o seu consentimento para esses negócios e baseando-se nos regimes previstos pelos artigos 1797.º e 877.º CCiv.

No momento em que pretendeu ceder participações sociais aos filhos, Y tinha o ónus de cumprir todas as determinações legais para que os atos fos-

sem válidos e eficazes, como certamente desejava.

Nas datas em que fez os negócios, não deixou de fora nenhum filho ou filha. Muitos anos antes do estabelecimento judicial da sua paternidade sobre a autora, Y não podia ter cumprido o ónus de pedir um consentimento a quem não tinha o estatuto jurídico relevante para esse efeito.

Assim, pode dizer-se que *adotou um comportamento conforme às leis que vigoravam no momento da prática dos atos, no sentido de obter a eficácia jurídica para que tendiam os negócios jurídicos em causa.*

E de acordo com as ideias expostas em C:

1. Os comportamentos jurídicos *devem ser avaliados de acordo com as leis vigentes à data da sua prática*, e nem as leis novas, nem atos posteriores, devem alterar os requisitos de validade que eles cumpriram oportunamente. Por esta razão geralmente aceite pela doutrina, *os negócios que praticou devem manter-se válidos e eficazes*, como eram na época.
2. O regime do artigo 877.º significa uma restrição do direito fundamental de transmitir livremente a propriedade, que a lei aceitou porque o regime terá sido considerado necessário, adequado e proporcional. Porém, este regime nunca poderia ser aplicado retroativamente, nos termos do artigo 18.º, n.º 3, CREP, para proteger a confiança dos cidadãos no quadro jurídico em que se movem. Então, se uma lei com o conteúdo do artigo 877.º não poderia aplicar-se a factos passados, *seria insólito que uma decisão judicial de estabelecimento da paternidade — aplicada retroativamente — tivesse mais poder do que uma lei e pudesse provocar as consequências danosas nas situações passadas que a Constituição da República quer*

<sup>46</sup> *Tratado de direito civil*, vol. VIII, 482.

<sup>47</sup> “Anotação ao ac. do STJ de 25 de Março de 1982”, *RLJ*, ano 119, 27.

<sup>48</sup> Antunes VARELA, “Anotação ao ac. do STJ de 25 de Março de 1982”, ano 119, 26.

<sup>49</sup> Antunes VARELA, “Anotação ao ac. do STJ de 25 de Março de 1982”, ano 118, 345.

<sup>50</sup> Antunes VARELA, “Anotação ao ac. do STJ de 25 de Março de 1982”, ano 119, 27.

evitar. Ou seja, a autora pretende que o ato judicial de reconhecimento da paternidade provoque retroativamente a consequência restritiva do direito fundamental que a Constituição proíbe a uma lei, e com que  $\gamma$  não teria podido razoavelmente contar.

3. Todas as alterações sucessivas e inesperadas, que ponham em causa a validade dos comportamentos jurídicos que eram plenamente válidos e eficazes no momento em que foram adotados, comprometem o valor essencial da segurança jurídica. Assim, sujeitar a invalidação os negócios que eram válidos, por força da superveniência do estabelecimento da paternidade que traz para o mundo do Direito uma filha que obviamente não consentiu nas alienações, seria *negar um valor primacial para o comércio jurídico*.
4. A técnica da retroatividade — geralmente adotada e reconhecida — não pode aplicar-se cegamente, de tal modo que se confunda com a pura ficção. São geralmente conhecidas exceções ditadas pela *razão* e pela *“natureza das coisas”*. Ora, não é conforme com a razão nem com a *“natureza das coisas”* que um pai tenha de obter o consentimento de um filho que não se conhece, que não existe no mundo do Direito. Aceitar que o alienante tinha de cumprir este ónus seria esperar que ele cumprisse um ónus impossível, seria impor uma retroatividade da vida real ..., a reversibilidade do tempo e das coisas. Seria transformar a retroação — que é apenas uma técnica jurídica — num passe de magia intolerável para o Direito.

5. A doutrina e a jurisprudência portuguesas têm praticado a identificação de “lacunas ocultas”, integradas por “redução teleológica”, sempre que os textos das normas ultrapassem as suas finalidades de tal modo que seja imperioso excluir certos tipos de casos da sua aplicação, para proteger situações e valores essenciais do sistema jurídico.

A anulação dos negócios realizados por  $\gamma$ , com base na aplicação da regra da retroatividade do artigo 1797.º, n.º 2, excederia em muito as finalidades desta norma e as do artigo 877.º.

O que se pretende com a eficácia retroativa é dar expressão jurídica à ideia do reconhecimento como *declaração* de uma paternidade que existia nos factos da biologia — e não de *constituição* de algo *ex novo* — isto é, *produzem-se agora* os efeitos jurídicos que poderiam ter-se produzido se a paternidade tivesse sido estabelecida a seguir ao nascimento. Mas, por um lado, apenas os efeitos que estiverem ao alcance do Direito, e não a construção retroativa e fictícia de realidades de facto que não existiam antes; por outro lado, apenas os efeitos jurídicos que caibam nas finalidades das normas, e não outros quaisquer arbitrariamente impostos. Ora, o regime previsto pelo artigo 877.º tem como finalidade prevenir que os pais façam alienações fingidas a alguns dos filhos — na realidade doações — com o propósito de prejudicar outros, na medida em que fazem escapar estas doações ao regime da redução das liberalidades inoficiosas. *Esta finalidade não podia estar presente nas alienações realizadas por  $\gamma$  pela simples razão de que não havia outro filho para além dos cessionários das quotas.*

Não se pode aplicar retroativamente o regime que condiciona as alienações de pais a filhos à obtenção da autorização de outros filhos quando estes

não existem e, portanto, não tem sentido proteger as suas “legítimas”. O artigo 1797.º, n.º 2, cciv deve ser alvo de uma “redução teleológica” no sentido de que *o artigo 877.º não se aplica* em condições que este não quis nem podia abranger: *nos casos em que todos os filhos dos pais-alienantes foram contemplados nas alienações, ao tempo da prática dos atos.*

### E. Conclusão

Na aparência, o texto simples do artigo 1797.º, n.º 2, pretende aplicar-se *totalmente*, isto é, em todos os casos e para todos os efeitos.

No entanto, há pelo menos *cinco razões* para que a retroatividade não desencadeie *todas* as consequências imagináveis, designadamente a aplicação do regime previsto no artigo 877.º, assegurando que as alienações realizadas em conformidade com as leis vigentes no momento da sua prática não venham a ser consideradas anuláveis por força de exigências que não eram feitas naquela época.