

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



Centro de
Direito da

Família

Ano 11 - n.º 21-22 - 2014
Publicação Semestral

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Centro de
Direito da *Família*

Ficha Técnica

Conselho Redatorial

Guilherme de Oliveira (Director Científico)

(Instituto Jurídico)
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)
(Centro de Direito da Família da FDUC)

Rosa Cândido Martins

(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)
(Centro de Direito da Família da FDUC)

Paula Távora Vítor

(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)
(Centro de Direito da Família da FDUC)

Propriedade da Revista

Centro de Direito da Família
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Pátio das Escolas
3004-528 Coimbra
Telef./Fax: 239 821 043
cdf@fd.uc.pt
www.centrodedireitodafamilia.org

Editor

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade
de Coimbra

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família
Ano 11 – n.º 21 e n.º 22 – Janeiro/Dezembro 2014
Publicação Semestral

Execução gráfica

Jorge Ribeiro

ISSN 1645-9660
Depósito Legal: 209 492/2004
ERC 124500

O Centro de Direito da Família, fundado em 1997, é uma associação privada sem fins lucrativos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que se dedica à promoção do Direito da Família e do Direito das Crianças e Jovens, entendidos num sentido amplo, que abrangem desde o Direito Civil da Família até aos Direito Social, e todas as áreas em que a Família tenha um qualquer relevo. Para satisfazer este propósito, desenvolve ações de formação pós-graduada e profissional; promove reuniões científicas; estimula a investigação e a publicação de textos; organiza uma biblioteca especializada; e colabora com outras instituições portuguesas e estrangeiras.

Sumário*

Doutrina	Págs.	Crónica Legislativa	Págs.
Cláudia Sofia Antunes Martins <i>A medida de acolhimento familiar em Portugal</i>	5	Catarina Fernandes <i>Anteprojeto de Lei de processo das providências tutelares cíveis</i>	123
Fernando de Paula Batista Mello <i>A responsabilidade civil por abandono afetivo</i>	21	Catarina Fernandes <i>Breve explicação sobre um Anteprojeto de um processo tutelar comum e de processos tutelares cíveis</i>	139
Sandra Inês Feitor Progresso legislativo em torno da alienação parental: Portugal e América Latina	47	António José Fialho <i>Apreciação crítica do anteprojecto de lei de processo das providências tutelares cíveis</i>	141
Hugo Luz dos Santos <i>O direito ao conhecimento das origens genéticas, o direito à historicidade pessoal e a Lei 14/2009, de 1 de Abril, à luz do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de Maio de 2014 — “Show me the money?”</i>	61	Notícias	
Maria Inês Pereira da Costa <i>Obrigação de alimentos devida a filhos/as maiores que ainda não completaram a sua formação — Estado da questão</i>	89	Cursos breves	167
Ricardo Monteiro Oliveira <i>O princípio da imutabilidade dos regimes de bens convencionados e legalmente fixados</i>	101	Publicações	168
		Comunicações	168

*Em virtude do lapso temporal entre a data da conceção do presente número e a sua publicação, por razões alheias ao Conselho Redatorial, foi concedida aos Autores a possibilidade de atualizarem os respetivos textos.

A MEDIDA DE ACOLHIMENTO FAMILIAR EM PORTUGAL

Cláudia Sofia Antunes Martins

Professora Auxiliar da Universidade da Beira Interior

Palavras chave: Medidas de protecção da infância e juventude; Acolhimento familiar

Keywords: Child and youth protective measures; Foster care

Resumo: No presente trabalho visar-se-á expor e analisar criticamente o regime legal disciplinador da medida de promoção e protecção de acolhimento familiar, em Portugal, atentando-se especialmente no seu conceito, pressupostos de aplicação, modalidades, requisitos de selecção dos candidatos a acolhedores e respectivo procedimento de execução.

Abstract: In the present work we will expose and critically analyze the Portuguese legal framework that rules the protective measure of foster care, considering especially its concept, scope, methods, criteria of selection of the candidates of foster caretakers and its procedure.

1. Nota introdutória

Em Portugal, o legislador reuniu as medidas de promoção e protecção passíveis de serem aplicadas a crianças ou jovens em situação de desprotecção, na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro.

Tais medidas surgem tipificadas, no art. 35.º da

L.P.C.J.P, encontrando-se escalonadas¹ em função do seu impacto na vida de uma criança ou jovem e de poderem ser executadas, ou não, no seu meio natural de vida. Com efeito, a entidade decisora apenas pode adoptar uma das medidas protectoras expressamente indicadas na lei, respeitando a ordem de preferência nela fixada².

Por sua vez, o legislador diferenciou as medidas de protecção menos gravosas, as que podem

¹ No momento de seleccionar uma medida de protecção a aplicar a uma criança em situação de perigo, a entidade decisora deverá dar prevalência a uma que evite a separação da criança ou do jovem dos seus pais ou do seu núcleo familiar, salvo se tal for contrário ao seu superior interesse, de modo a que não haja um corte abrupto com a sua realidade quotidiana e com as entidades afectivas de referência, seleccionando a medida de acolhimento em instituição apenas em último recurso [art. 4.º, al. g), da L.P.C.J.P.]. Por essa razão, não obstante a medida de confiança a pessoa seleccionada para adopção ou a instituição com vista a futura adopção surja elencada em último lugar, após a medida de acolhimento em instituição, ela terá, todavia, aplicação prevalente sempre que, no caso em apreço, a entidade decisora conclua pela impossibilidade de retorno da criança ou jovem ao seu meio natural de vida, estando verificados os requisitos necessários para que aquele possa ser confiado para adopção. Como esclarece BÉATRIZ MARQUES BORGES, Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, Alameda, Coimbra, 2011, pp. 143-144 e 150-151, essa medida só surge referenciada em último lugar por se tratar de uma medida de “rotura com a família biológica, já que, mesmo nos termos da Convenção Sobre os Direitos da Criança e da CRP vigente, nada justifica que seja dado encaminhamento preferencial ou prevalente, à medida de acolhimento em instituição (...)”.

² Nesse sentido se pronuncia o Tribunal da Relação de Coimbra, em Ac de 18/09/2012, Processo n.º 975/06.6TBCBR-F.C1, disponível em www.dgsi.pt, visitado a 23 de Julho de 2013, quando refere que “o artigo 35.º da Lei n.º 147/99, de 1.9, deve ser lido de modo integrado, alternativo e no sentido crescente de gravidade (...)”.

ser cumpridas no meio natural de vida da criança ou do jovem, como o *apoio junto dos pais*, o *apoio junto de outro familiar*, a *confiança a pessoa idónea* e o *apoio para autonomia de vida*, das medidas designadas de *colocação*, as quais apartem a criança ou o jovem da sua família e/ou do seu entorno de origem, e que incluem o *acolhimento familiar*, o *acolhimento em instituição* e a *medida de confiança a pessoa seleccionada para adopção ou a instituição com vista a futura adopção*.

Ora, sempre que não seja possível manter a criança junto da sua família mas não se encontrem igualmente reunidos os requisitos legais para que possa ser dada para adopção, deverá a entidade decisora dar primazia a uma medida não institucional, designadamente à medida de acolhimento familiar, caso se verifiquem os pressupostos legais que legitimam a sua aplicação.

O acolhimento familiar surgiu, pela primeira vez, referenciado, no nosso ordenamento jurídico, no Dec.-Lei n.º 288/79, de 13 de Agosto, sob a denominação de medida de *colocação familiar*, irrompendo na altura como uma *medida de política social* que visava o acolhimento temporário, por famílias consideradas idóneas, de menores cuja família natural não se encontrasse em condições de desempenhar cabalmente a sua função educativa. Em 1992, o citado diploma foi afastado, com a publicação do Dec.-Lei n.º 190/92, de 3 de Setembro, o qual introduziu algumas mudanças ao regime do acolhimento e fez emergir a medida como uma *prestação de acção social*.

A partir de 2001, com a entrada em vigor da L.P.C.J.P., e até 2008, o acolhimento familiar passou a ser consagrado, em Portugal, simulta-

neamente, como uma medida de promoção e protecção, tipificada no art. 35.º, n.º 1, *al. e*), da L.P.C.J.P., e como uma prestação de carácter social, de acordo com o regime jurídico vertido no Dec.-Lei n.º 190/92, de 3 de Setembro, tendo distintos âmbitos de aplicação. Enquanto medida de promoção e protecção, o acolhimento familiar só poderia ser aplicado a crianças ou jovens em situação de perigo com idade igual ou inferior a dezoito anos, o qual poderia manter-se, em determinadas situações, até o jovem completar os vinte e um anos. Já como prestação de acção social, em regra, era dirigida a crianças ou jovens com idade inferior a catorze anos, cujo desenvolvimento ou formação estivesse a ser afectado ou em risco sério de vir a ser, devido a disfunções existentes na sua família natural, ou que fossem portadores de deficiências físicas e mentais, não necessariamente em situação de perigo. Em casos excepcionais, poderia ainda ser aplicado a jovens com idade igual ou superior a catorze anos, caso se encontrassem a frequentar um curso de formação profissional ou um curso superior³.

Diferenciavam-se, igualmente, os citados regimes legais pelo facto de, à luz da L.P.C.J.P., a decisão de aplicação da referida medida protectora ser da competência das comissões de protecção de crianças e jovens e dos tribunais, não sendo requisito de aplicação judicial da medida, o acordo expresso dos titulares das responsabilidades parentais. Distintamente, como prestação de acção social, a decisão do acolhimento recaía exclusivamente sobre uma entidade administrativa, as instituições de enquadramento no âmbito da Organização da Segurança Social⁴, e exigia sempre o acordo do titular das responsabilidades parentais para que

³ Art. 4.º do Dec.-Lei n.º 190/92, de 3 de Setembro.

⁴ Art. 3.º do Dec.-Lei n.º 190/92, de 3 de Setembro.

a prestação se efectivasse⁵.

Em 2008, com a publicação do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro, diploma que veio regulamentar a execução do acolhimento familiar, é revogado o Dec.-Lei n.º 190/92, passando, assim, o acolhimento familiar a ter previsão legal, na normativa portuguesa, apenas como medida de protecção.

Ora, será precisamente a análise do quadro legal regulador do acolhimento familiar, presente na L.P.C.J.P e no citado Dec.-Lei n.º 11/2008, que será objecto de especial enfoque no presente trabalho, visando-se compreender o seu conceito, âmbito de aplicação, modalidades, requisitos de selecção dos candidatos a acolhedores e o seu procedimento de execução, análise essa que será acompanhadas das correspondentes notas críticas.

2. Noção

O legislador português definiu o acolhimento familiar como uma medida de protecção que visa a “*atribuição da confiança da criança ou do jovem a uma pessoa singular ou a uma família, habilitadas para o efeito, visando a sua integração em meio familiar e a prestação de cuidados adequados às suas necessidades e bem-estar e a educação necessária ao seu desenvolvimento integral*” [art. 46.º da L.P.C.J.P e art. 2.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro].

Uma vez determinado o acolhimento familiar, a criança ou jovem pode ser confiada a um candidato singular ou a uma família, a qual poderá ser composta por duas pessoas casadas entre si, por duas pessoas a viverem uma com a outra há mais

de dois anos em união de facto ou por parentes da criança que vivam em comunhão de mesa e habitação (famílias de acolhimento estas designadas *em lar familiar* [n.º 2 do art. 46.º e art. 47.º da L.P.C.J.P.]. Estas famílias são qualificadas de famílias de acolhimento. Paralelamente, prevê ainda a lei que a criança possa ser confiada as famílias *em lar profissional*, constituídas por uma ou mais pessoas com formação técnica adequada [art 47.º da L.P.C.J.P.].

Em qualquer caso, os candidatos não poderão ter uma relação de parentesco com a criança ou jovem e terão que ter sido seleccionados pelas instituições de enquadramento competentes [7.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro].

Em suma, atentos os referidos dispositivos legais, podemos concluir que o acolhimento familiar se traduz numa medida de protecção que visa a:

- a) atribuição da confiança de uma criança ou jovem: i) a uma pessoa singular; ii) a duas pessoas casadas entre si ou a viverem uma com a outra há mais de dois anos em união de facto; iii) a parentes que vivam em comunhão de mesa e habitação; iv) ou a duas ou mais pessoas com formação técnica adequada;
- b) que não tenham qualquer relação de parentesco com a criança, nem sejam candidatas a adopção;
- c) habilitadas para o efeito, seleccionados pelas instituições de enquadramento competentes;
- d) visando a integração transitória da criança ou jovem em meio familiar e a prestação de cuidados adequados às suas necessidades e bem-estar e à educação necessária ao seu

⁵ Art. 7.º do Dec.-Lei n.º 190/92, de 3 de Setembro.

desenvolvimento integral;

- e) em substituição da família natural, quando esta não disponha de condições.

Verificamos, assim, por um lado, que a medida tem por objectivo precípua inserir uma criança ou jovem apartada da sua família num contexto familiar substitutivo do seu, num clima de intimidade e afecto, onde receba todas os cuidados necessários ao seu harmoniosos desenvolvimento.

E, por outro lado, que esse quadro familiar pode ser alcançado mesmo quando seja formado apenas por um candidato familiar singular ou por familiares que vivam em comunhão de mesa e habitação, e não necessariamente por um casal.

Diversamente, até 2001, data de entrada em vigor da L.P.C.J.P., o legislador não previa a possibilidade de o candidato a acolhedor poder ser uma pessoa singular⁶. Julgamos, por isso, bem positiva, esta nova solução legal, na medida em que o sentimento de pertença e de integração numa verdadeira família, num ambiente pessoal e individualizador, que deve ser percebido pela criança ou jovem, pode ser alcançado quer o contexto familiar seja formado por um único adulto, quer por várias pessoas ligadas entre si por vínculos biológicos ou jurídicos. A própria evolução da sociedade assim o impõe, se atentarmos na diversidade de novos tipos de família que têm irrompido nas últimas décadas, onde encontramos famílias monoparentais, com pessoas de idade a seu cargo, formadas por casais unidos pelo matrimónio ou a viverem em união de facto, do mesmo sexo ou não, composta por outros familiares da criança que com ela também residem, entre outras.

⁶ Art. 12.º do Dec.-Lei n.º 190/92, de 3 de Setembro.

Não clarificou, contudo, o legislador, no n.º 2 do art. 46.º da L.P.C.J.P., se se poderia admitir como candidatos a acolhedores familiares duas pessoas, unidas pelo matrimónio ou a viverem em união de facto há mais de dois anos, quando ambos os elementos do casal pertencessem ao mesmo sexo, deixando em aberto a questão, o que suscitou distintas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais ao largo de vários anos.

Todavia, muito recentemente, foi publicada a Lei 2/2016, de 29 de Fevereiro, tendo por objectivo principal eliminar “as discriminações no acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais relações jurídicas familiares”, a qual apaziguou a discussão, ao reconhecer a todas as pessoas casadas ou a viverem a em união de facto, independentemente do seu sexo, o direito a poderem a candidatar-se a adaptantes⁷. E mais clarificou ao fixar que “todas as disposições legais relativas ao casamento, adoção, apadrinhamento civil e outras relações jurídicas familiares devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do sexo dos cônjuges”⁸, pelo que, à luz do novo enquadramento legal, não nos parece haver dúvidas de que os candidatos a acolhedores familiares poderão ser, assim, casados ou pessoas a viverem em união de facto, independentemente do seu sexo⁹.

⁷ Arts. 2.º e 3.º da Lei 2/2016, de 29 de Fevereiro.

⁸ Art. 3.º da Lei 2/2016, de 29 de Fevereiro, que alterou o art. 5.º da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, que permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

⁹ Sem prejuízo, mesmo antes da publicação da citada Lei n.º 2/2016, de 29 de Fevereiro, que veio pôr fim a quaisquer dúvidas sobre a referida questão, já era nossa opinião deverem ser admitidos a candidatos a acolhedores familiares pessoas casadas ou a viverem em união de facto, quer fossem do mesmo sexo ou não. Na medida em que discordávamos dos fundamentos mencionados por vários autores

para justificar a não adopção de crianças por casais do mesmo sexo, por maioria de razão, os rejeitávamos com maior vigor, quando estivesse em causa a aplicação da medida de acolhimento familiar, designadamente, o facto de a criança ou jovem, ao crescer com a ausência de uma figura masculina ou feminina, no decurso da execução da medida, por um lado, poder vir a sofrer danos ou atrasos no seu desenvolvimento psicológico e cognitivo e, por outro lado, poder vir a revelar maiores dificuldades de adaptação social devido ao estigma de ser criado por homossexuais. Já era nossa opinião que uma família harmoniosa, funcional e equilibrada não depende sempre da existência de um pai e de uma mãe. Uma criança pode sentir-se bem integrada numa família, amada e assistida nas suas necessidades fundamentais, materiais e afectivas, e viver apenas com o pai, ou só com a mãe, ou com dois pais ou duas mães, ou um pai e uma avó, etc. Se os acolhedores passarem pelo crivo exigente das equipas técnicas responsáveis pela aprovação da sua candidatura, se comprovarem reunirem as condições necessárias, humanas, psicológicas, éticas e materiais para poderem assistir de forma adequada uma criança ou jovem, providenciando-lhe carinho e amor individualizados, não nos parece que o seu desenvolvimento harmonioso fique comprometido apenas porque ambos os acolhedores partilham do mesmo sexo. Mais prejudicial para a criança será sempre o seu crescimento numa instituição, tendo que partilhar a atenção e o colo dos profissionais que aí trabalham, com dezenas de outras crianças. O estigma social de ter dois pais ou duas mães, se é certo que é uma realidade que, infelizmente, ainda tem presença na nossa sociedade, lentamente, acreditamos que poderá ser normalizada, através de mecanismos informativos e sensibilizadores da população, com vista a que deixe de ser visto como “algo anormal”. Basta recordarmos que, até há bem pouco tempo, as crianças e jovens também foram marginalizados por serem filhos de pais separados e que, à medida em que tal realidade se foi tornando mais comum na sociedade, tal estigma social se foi, igualmente, desvanecendo. E, estando em causa a aplicação da medida de acolhimento familiar, a qual dá origem a uma relação jurídica meramente transitória entre a criança ou o jovem e os acolhedores, que não produz efeitos nos seus vínculos biológicos face à sua família biológica, julgamos ser ainda mais reduzida a possibilidade de a criança poder sofrer um estigma social forte por ambos os seus acolhedores partilharem o mesmo género feminino ou masculino: tratando-se do acolhimento familiar de um bebé ou de uma criança de tenra idade, esta nem terá capacidade para se aperceber do olhar reprovatório de terceiros; e estando em causa uma criança ou jovem mais velho, este terá sempre direito a expressar a sua vontade, caso não se sinta confortável com o facto de os seus acolhedores serem do mesmo sexo, a qual será tida em consideração pela entidade decisora no momento de seleccionar os candidatos a acolhedores. Sobre a referida temática, embora os tribunais portugueses superiores não se tivessem pronunciado sobre ela, foram do conhecimento geral duas decisões dos tribunais de primeira instância, uma proferida no Tribunal do Barreiro e a outra no Tribunal de Oliveira de Azeméis, informação consultada no *site* da associação sindical dos juizes portugueses, www.asjp.pt, visitado a 13 de Junho de 2015, que concederam, no decurso de processos de promoção e protecção, a guarda de crianças a um membro de um casal homossexual. Nessa medida, não obstante não estivesse em causa, em nenhum dos processos, a aplicação de uma medida de acolhimento familiar, julgamos que os argumentos esgrimidos pelos juizes nas duas

Quando ao acolhimento em lar familiar, vimos ainda que este pode ainda concretizar-se nos casos em que os candidatos são parentes da criança ou jovem que vivem em comunhão de mesa ou habitação e descendem uns dos outros ou de um progenitor comum e residem no mesmo local, partilhando refeições e a sua vivência quotidiana, solução esta que nos parece bem acertada pelo legislador pelos argumentos anteriormente esgrimidos [art. 46.º, n.º 2, e 47.º, n.º 2, da L.P.C.J.P.].

Cumpra ainda mencionar que, como veio o legislador esclarecer, em 2008, se a família de acolhimento em lar familiar já tiver filhos, só poderão ser confiadas, no máximo, duas crianças ou jovens por família (salvo se o número total de crianças e jovens em coabitação simultânea não for superior a quatro¹⁰ ou as condições objectivas da família o permitirem e as circunstâncias o aconselharem); e, nos casos em que o referido casal não tenha filhos, poderão ser confiadas, no máximo, três crianças ou jovens (salvo se se verificar uma das referidas excepções, caso em que poderá ainda ser superior). Para efeitos de determinação do número de crianças ou jovens a acolher, são considerados os filhos menores

decisões, já poderiam igualmente servir de suporte e de motivação para eventuais decisões futuras em que se questione a possível confiança de uma criança a um candidato a acolhedor familiar homossexual ou a um casal homossexual. Concordávamos, assim, integralmente, com as palavras do juiz do Tribunal de Família e Menores do Barreiro, quando referia que “considerar que a orientação sexual constituiria um factor de impedimento à atribuição dos cuidados ou das responsabilidades parentais consubstanciaria uma discriminação com base nessa orientação, proibida por via dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana” e que “não resulta demonstrado que essa orientação seja um factor de risco ou de perigo para a criança”, pois os receios manifestados de que a criança confiada possa seguir uma orientação sexual diversa da pretendida pelos seus pais ou pela sua família são também infundados, já que “não é possível educar alguém para ser homossexual ou heterossexual”.

¹⁰ Art. 8.º, n.º 2, do Dec.- Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

ou outras crianças a cargo da pessoa ou da família a quem foi atribuída a confiança da criança ou jovem¹¹.

No que se refere ao acolhimento familiar em *lar profissional*, este terá lugar quando não existam laços de parentesco, matrimoniais ou união de facto entre os seus membros (entre os acolhedores e entre estes e a criança ou jovem) e os acolhedores sejam duas ou mais pessoas *com formação técnica adequada*, que deverão exercer este cargo em regime de exclusividade [art. 47.º da L.P.C.J.P e art. 9.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro].

Este tipo de acolhimento é dirigido a um grupo específico de crianças e jovens, designadamente aos que revelem problemas e necessidades especiais relacionadas com “*situações de deficiência, doença crónica e problemas do foro emocional e comportamental*”, que exijam uma especial preparação e capacidade técnica [art. 47.º]. Nesse caso, só pode colocar-se no máximo, em cada lar profissional, duas crianças ou jovens¹².

Embora seja de reconhecer o mérito desta inovação legislativa com a introdução da figura do acolhimento familiar em lar profissional, a verdade é que se trata de uma medida muito exigente, pelo elevado grau de disponibilidade, formação científica e responsabilidade do técnico responsável pelo acolhimento, a qual levará o seu tempo até ser passível de concretização geral.

Por último, cumpre ainda salientar que o legislador reconheceu ao acolhedor o direito a uma retribuição mensal pelos serviços prestados, todavia, este poderá, em qualquer das modalidades,

optar por exercer as suas funções gratuitamente se assim o entender¹³. Na verdade, a lei concede ao acolhedor o direito, não só a retribuição mensal pelos serviços prestados, como ao subsídio pela manutenção de cada criança acolhida (cujos valores são fixados por despacho do Governo¹⁴), ao abono de família para crianças e jovens (a que acresce a bonificação por deficiência), ao subsídio por assistência a terceira pessoa e ao subsídio por frequência em estabelecimento de educação especial, se for o caso.

3. Pressupostos de aplicação

Em Portugal, o acolhimento familiar tem o seu campo de aplicação bem reduzido. Na verdade, só pode ser aplicado às crianças ou jovens que se encontrem em uma das seguintes duas situações [art. 3.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro e 48.º da L.P.C.P.]:

- a) quando o seu circunstancialismo permita concluir pela previsibilidade do seu regresso à sua família natural;
- b) não sendo possível tal solução anterior, o jovem reúna condições que permitam dar início ao seu processo de autonomização de vida.

Atentos os pressupostos com base nos quais o legislador legitima a aplicação da medida de acolhimento familiar, cumpre-nos tecer algumas considerações.

¹³ Arts. 20.º, als. *d*) e *e*), e 44.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

¹⁴ Os valores pagos por mês aos acolhedores familiares são os seguintes: a) pelo serviço prestado - 176,89 € ou 353,79 €, se a criança ou jovem for portador de deficiência; b) pela manutenção de cada criança ou jovem - 153,40 €.

¹¹ Arts. 46.º e 47.º da L.P.C.J.P, e art. 8.º do Dec.- Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

¹² Art. 9.º do Dec.- Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

Em primeiro lugar, consideramos que o referido âmbito de aplicação da medida deveria ser estendido, abrangendo no seu leque igualmente também crianças e jovens em situação de perigo cujo futuro imediato não passe pelo seu retorno à sua família biológica, nem se encontrem em condições de iniciar o seu processo de autonomização, e simultaneamente não possam ser confiados de imediato a um candidato a adoptante, obstando-se, assim, à sua institucionalização, durante o hiato de tempo necessário à estabilização da sua situação jurídica.

O acolhimento familiar tem a virtualidade de permitir a inserção da criança ou do jovem, já particularmente fragilizado pelo seu historial de vida, num ambiente estruturante, onde receberá atenção, carinho e amor individualizados, essenciais para um bom desenvolvimento da sua personalidade, em substituição de um quotidiano partilhado numa instituição com muitos outros meninos, sem uma figura de referência afectiva.

Os seus comportamentos, as suas atitudes futuras, o seu nível de socialização, estarão sempre condicionadas pelo meio em que cresceu, como elucida o psicólogo francês GEORGE MAUCO “a primeira aprendizagem das relações humanas é que alicerça e estrutura, mais tarde, o comportamento do adulto. As experiências feitas na educação de criança fora da família revelaram-se desastrosas. Nem os infantários mais equipados, nem os mais confortáveis asilos puderam oferecer às crianças o clima de relações e afecto indispensável para a sua maturação”¹⁵. Mesmo quando o ambiente interior

partilhado na instituição se aproxima ao de uma convivência familiar típica, como aclara MARIA HELENA DAMIÃO SILVA¹⁶, ela só conseguiria substituir em parte as valências de uma família, por a convivência institucional possuir sempre características muito próprias e quase sempre impossíveis de eliminar por completo, como por exemplo “ser quase sempre mais alargada do que uma família, decorrer entre crianças e jovens que sofreram adversidades que, independentemente da sua gravidade, as impediram de ficar com as suas famílias, ser mais fechada em relação ao mundo exterior do que aquela que, em geral, as famílias proporcionam; impor rotinas mais rígidas do que aquelas que têm lugar numa casa familiar; oferecer menos oportunidades para adquirir ou praticar novas aptidões, bem como para reforçar ou elogiar (...) envolvendo crianças e adultos pouco significativos e, frequentemente, com uma permanência fugaz; não poder prescindir de educadores que, ao contrário dos adultos familiares, por muita competência técnica que tenham, são funcionários cuja disponibilidade temporal e afectiva não é ilimitada”.

cuidados constituem a *base segura* para a criança e estimulam-na a explorar o mundo que a rodeia, respeitando a sua tendência natural e a gradualmente ampliar as suas relações. Quando tal não se verifica, e a segurança dá lugar a experiências patogénicas e perturbadoras do normal crescimento psicológico e afectivo da criança, esta desenvolve relações de vinculação *inseguras ou ansiosas*”. Veja-se ainda sobre esta temática o Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 27/02/2007, o qual alerta para o facto de “a manutenção e prolongamento no tempo de situações de institucionalização leva, a maioria das vezes, a um duplo resultado negativo – impossibilidade de inserir os menores na sua família biológica, nunca reatando os laços afectivos próprios da mesma, com idêntica impossibilidade, por força da idade, de encaminhar a criança para outro projecto de vida, nomeadamente a adopção”. Ac. disponível em www.dgsi.pt, visitado a 12 Novembro de 2012.

¹⁶ MARIA HELENA DAMIÃO SILVA, “Crianças e jovens a cargo das instituições: riscos reversíveis/irreversíveis”, *Crianças e Jovens em risco. Da investigação à intervenção*, AAVV, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 95-96.

¹⁵ GEORGE MAUCO, *A educação afectiva e caracterial da criança* (tradução de Maria Madalena da Cruz Piteira), Livros Horizonte, Lisboa, 1975, p. 17. No mesmo sentido, sublinhava NORBERTO MARTINS, “E tudo o tempo levou...ou pode levar!”, *Revista do CEJ*, 5, 2.º semestre, 2006, pp. 200-201, como os “pais ou outros prestadores de

Nessa medida, só em determinados casos pontuais, como, por exemplo, quando a própria criança ou jovem com idade superior a doze anos (ou inferior, consoante o seu nível de maturidade) se revelar adverso à sua inserção numa nova família, é que deverá ser afastada a hipótese de fixação desta medida de promoção e protecção face ao seu acolhimento em instituição.

Assim, entendemos que deveria permitir-se a aplicação do acolhimento familiar como medida prévia à adopção, durante o período em que a criança ou jovem aguarda a sua confiança a um candidato a adoptante. Ainda que se possa dizer, em sentido contrário, que será sempre prejudicial para a criança a sua ligação afectiva a entidades de referência que, num breve espaço de tempo, terá de abandonar, parece-nos que, na grande maioria das situações, ser-lhe-á menos lesivo o estabelecimento dessa ligação do que a sua inserção numa instituição. Especialmente nos casos em não esteja em causa a adopção de um bebé ou de uma criança de tenra idade, à medida que o tempo vai passando, a prática vai demonstrando que cada vez mais difícil se torna a adopção de uma criança ou jovem (por não se encontrarem candidatos a adoptantes interessados), o qual acaba por crescer no interior de uma instituição, privado de um lar familiar, de carinho e amor individualizados. Por outro lado, os riscos do acolhimento familiar em tais situações, especialmente no que se refere à estabilidade emocional da criança, podem ser atenuados com recurso prévio as estratégias de apoio e sensibilização pelas entidades competentes, ao longo de todo o processo de acolhimento, podendo ainda permitir-se, com vista a diminuir os efeitos negativos da separação, a configuração de um regime de visitas entre esta e a família de acolhimento, após a ces-

sação da medida (se tal corresponder ao superior interesse da criança).

Julgamos ainda que, nas situações em que tenha sido aplicada a medida de acolhimento familiar, por ser previsível o regresso da criança ou jovem à família natural, se no decurso da sua execução, este retorno se revelar impossível¹⁷, não estando a criança em condições de ser confiada para adopção, nem de iniciar o seu processo de autonomização, revelando esta uma forte ligação afectiva à família de acolhimento, dever-se-ia permitir a prorrogação do acolhimento até que fosse promovida a adequada providência cível que viesse a definir, de forma definitiva, a relação jurídica da criança ou jovem junto do acolhedor [art. 64.º, n.º 2], se essa fosse a melhor solução para a sua estabilidade emocional e para desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, como por exemplo, a constituição do novo vínculo do apadrinhamento civil¹⁸. À

¹⁷ Como se sublinhou no *Relatório das audições efectuadas no âmbito da avaliação dos sistemas de acolhimento, protecção e tutelares de crianças e jovens*, elaborado pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias em coordenação com a Subcomissão de Igualdade de Oportunidades (2006), p. 22, o interesse superior da criança é determinado pela prevalência das relações afectivas profundas “e por isso sempre que haja conflito entre a relação biológica e a afectiva dever-se-á dar prevalência à última (sempre que seja demonstrado que a relação afectiva é profunda e a criança não desenvolveu relações profundas com os progenitores biológicos). O não reconhecimento deste princípio não protege a criança”.

¹⁸ O Dec.-Lei n.º 121/2010, de 27 de Outubro, veio regulamentar o regime do apadrinhamento civil, aprovado pela Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro, concretizando os requisitos e os procedimentos necessários à habilitação da pessoa que pretende apadrinhar uma criança. O apadrinhamento civil traduz-se numa medida tutelar cível passível de ser aplicada a crianças e jovens em situação de perigo, nos termos do art. 3.º da L.P.C.J.P., ou a quem tenha sido aplicada uma medida de promoção e protecção (ou a outras crianças e jovens com idade inferior a dezoito anos se tal trouxer benefícios para o apadrinhado), e visa a constituição de uma relação jurídica, tendencialmente de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família, a qual ficará responsável por exercer os poderes e deveres dos progenitores (ressalvadas as limitações previstas no compromisso ou fixadas pelo juiz) e com quem a criança deve estabelecer vínculos afectivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento.

sua família biológica poder-se-ia reconhecer um direito de visitas à criança ou jovem, salvo se tal não correspondesse ao seu superior interesse.

Mais, sem deixar de reconhecer a delicadeza da questão e que a mesma aponta em sentido contrário ao espírito do legislador, não somos adversos à possibilidade de esta medida de promoção e protecção poder, em tais circunstâncias particulares (inviabilizando-se o retorno da criança à sua família natural), vir a ser convertida na de confiança a pessoa seleccionada para a adopção, prevista na al. g), do n.º 1, do art. 35.º da L.P.C.J.P, com vista à futura adopção da criança pela família de acolhimento, se tal solução for a que melhor responda ao seu superior interesse (e se a entidade acolhedora se inscrever na Segurança Social como candidato a adoptante e reunir os requisitos gerais exigidos para o efeito).

Este posicionamento foi já defendido no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26/07/2006¹⁹, o qual, para além confirmar a decisão de primeira instância que convolara a medida de acolhimento familiar na medida de confiança a instituição com vista a futura adopção, determinou, atendendo à relação de vinculação afectiva existente entre os recorrentes (os acolhedores familiares) e a própria criança, que a mesma não deveria ser confiada a um qualquer candidato selec-

cionado para adopção pelos serviços competentes, mas “àqueles que constituíam uma forte referência afectiva” para ela, ou seja, os seus acolhedores familiares, pois, desse modo, evitar-se-iam “rupturas nefastas para o seu equilíbrio e desenvolvimento emocional”. Mais determinou que a sua curadoria provisória da criança “deveria ser transferida para os recorrentes, candidatos a adoptantes logo que seleccionados, em conformidade com o que dispõe o n.º 3 do artigo 167.º da O.T.M.”.

Em suma, defendemos um conceito de acolhimento familiar com uma natureza mais flexível, adaptável às exigências particulares de cada caso, podendo, assim, numa fase inicial, visar não apenas o retorno da criança ou jovem à sua família biológica ou o início do seu processo de autonomização, mas ainda a selecção de um candidato a adoptante; e, quando inviabilizada a possibilidade de tal reingresso à família, possa manter-se até que seja adoptada a providência cível adequada a salvaguardar os laços que liguem a criança à família de acolhimento. Nesse mesmo sentido se pronunciava o Relatório elaborado pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, ao fazer alusão à clara necessidade de se introduzir na lei “um conceito de acolhimento prolongado: salvaguardando os laços com os pais biológicos, garantindo às famílias que acolhem a possibilidade de acompanhamento prolongado (poder-se-ia desinstitucionalizar cerca de 25% institucionalizados) desde que devidamente acompanhados, quer técnica quer financeiramente”²⁰.

¹⁹ Disponível em www.dgsi.pt, visitado a 13 de Junho de 2015. Decisão semelhante foi adoptada no Acórdão da Relação de Guimarães, de 26/07/2008, não em matéria de acolhimento familiar mas em relação à medida de confiança a pessoa idónea. No citado Acórdão considerou-se correcta a decisão do tribunal de primeira instância que convolara a medida de promoção e protecção de confiança a pessoa idónea na de confiança a pessoa seleccionada para adopção, permitindo-se, assim, à pessoa que recebera e tratara da criança, no âmbito do processo de promoção e protecção, candidatar-se a seu adoptante, e, desse modo, salvaguardar os laços afectivos estabelecidos entre ambos. Ac. disponível em www.dgsi.pt, visitado a 13 de Junho de 2015.

²⁰ *Relatório das audições efectuadas no âmbito da avaliação dos sistemas de acolhimento, protecção e tutelares de crianças e jovens*, Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias em coordenação com a Subcomissão de Igualdade de Oportunidades (2006), p. 22.

4. Modalidades da medida

O acolhimento familiar pode ser de *curta duração* ou *prolongado*, dependendo da previsão da sua durabilidade [art. 48.º].

A entidade decisora optará pelo *acolhimento de curta duração*, quando preveja possível o reingresso da criança na sua família natural num prazo não superior a seis meses; ou pelo *acolhimento prolongado*, quando as circunstâncias em concreto relativas à criança ou jovem não permitam vislumbrar a possibilidade do seu retorno à sua família natural num prazo inferior a seis meses.

Como expusemos anteriormente, parece-nos que, mais importante do que consagrar modalidades à medida, em função do período de tempo previsível de duração da medida, será reformular os seus pressupostos e introduzi-la com novas roupagens, com uma tónica de flexibilidade, que lhe permita dar uma resposta mais adequada e eficaz às diversas realidades que se coloquem.

5. Requisitos de candidatura e de selecção

Até 2008, até à entrada em vigor do diploma que veio regulamentar a execução desta medida, o acolhimento familiar era disciplinado de acordo com o preceituado no Dec.-Lei n.º 190/92, de 3 de Setembro, em tudo o que não contrariasse a L.P.C.J.P. À luz desse diploma, os candidatos a acolhedores tinham que reunir capacidade intelectual e afectiva, equilibrada situação emocional e conjugal e estabilidade económica, idade inferior a cinquenta anos, podiam ser, ou não, familiares da criança ou jovem e tinham de apresentar condições de saúde, aptidão e disponibilidade para o assistir e

educar e seguir as acções de formação promovidas pela instituição de enquadramento²¹.

Actualmente, o legislador não só permite que uma pessoa singular possa apresentar-se como candidato a família de acolhimento, como estendeu a idade máxima que o candidato responsável pelo acolhimento pode apresentar à data da apresentação da candidatura para os sessenta e cinco anos, exigindo, por sua vez, aos candidatos que estes tenham concluído a escolaridade obrigatória e não sejam familiares da criança ou do jovem.

Assim, nos termos do disposto no art. 14.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro, pode candidatar-se a responsável pelo acolhimento familiar em lar familiar quem:

- a) tenha idade superior a vinte e cinco e inferior a sessenta e cinco anos, salvo se se tratar de casais ou de parentes que vivam em economia comum, situação essa em que a exigência deste requisito só se aplicará a um dos elementos;
- b) não seja candidato à adopção;
- c) possua a escolaridade mínima obrigatória;
- d) tenha condições de saúde necessárias para acolher crianças ou jovens;
- e) possua condições de higiene e habitacionais adequadas;
- f) exerça o acolhimento familiar a título de actividade profissional principal ou secundária, mas neste último caso, só se tiver horário compatível com as funções próprias de família de acolhimento;

²¹ Art. 12.º do Dec.-Lei n.º 190/92, de 3 de Setembro.

- g) não tenha sido condenado, por sentença transitada em julgado, por crimes contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e a autodeterminação sexual;
- h) não esteja inibido ou limitado no exercício das suas responsabilidades parentais, nos termos do artigo 1918.º do C.C.;
- i) e esteja inscrito na respectiva repartição de finanças como trabalhador independente [requisito este imposto no n.º 2 do art. 21.º do Dec.-Lei n.º 11/2008].

São ainda factores a avaliar na admissão ou rejeição da candidatura, mediante a realização de entrevistas sociais e psicológicas e visitas domiciliárias²²: a personalidade, maturidade, capacidade afectiva e equilíbrio emocional dos membros da família candidata a família de acolhimento; a motivação da família para o acolhimento, seu perfil psicológico e grau de estabilidade relacional; a disponibilidade da família para colaborar no processo de recuperação do papel parental da família natural; e a estabilidade sócio-familiar e aceitação do acolhimento familiar por todos os membros da família, por forma a garantir a integração num ambiente familiar, harmonioso, afectivo e securizante.

A candidatura formaliza-se mediante a apresentação de uma ficha de candidatura na instituição de enquadramento (nos serviços distritais da segurança social ou na Santa Casa de Misericórdia de Lisboa), acompanhada dos seguintes documentos²³:

- a) *declaração* médica comprovativa do estado

²² Arts. 16.º e 18.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

²³ Art. 17.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

de saúde do candidato e dos membros da família de acolhimento;

- b) declaração dos rendimentos anuais do ano transacto - comprovativo da situação económica da família de acolhimento;
- c) registo criminal do candidato e dos elementos da família de acolhimento com idade superior a dezasseis anos;
- d) certificado de habilitações escolares do candidato;
- e) *curriculum vitae* do candidato, no caso de acolhimento em lar profissional.

Tratando-se de acolhimento em lar profissional, exige-se que os candidatos: possuam formação técnica adequada; e apresentem o seu *curriculum vitae* detalhado, com referência obrigatória às habilitações académicas e formação e experiência profissional²⁴.

A decisão final de admissão ou rejeição da candidatura deve ter lugar no prazo de seis meses e é precedida da elaboração de um relatório psico-social²⁵. Uma vez admitido o candidato, a escolha da família de acolhimento, no caso em concreto, deve ser feita, nos termos do preceituado no art. 25.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, atendendo à idade do menor e à adequação ao perfil e situação da criança ou jovem, assim como à não separação de fratrias e à proximidade geográfica com a família natural (sem prejuízo de decisão contrária da comissão ou do tribunal).

²⁴ Art. 15.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

²⁵ A avaliação da candidatura compreende, nos termos do art. 18.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro, a verificação dos requisitos e a apreciação das condições exigidas por lei, mediante: a) entrevistas sociais e psicológicas; b) visitas domiciliárias; c) análise do *curriculum vitae*, no caso de acolhimento em lar profissional.

Os candidatos a família de acolhimento, depois de verem a sua candidatura admitida, ficarão posteriormente sujeitos às acções de fiscalização dos serviços competentes do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social²⁶.

6. Fases do acolhimento

6.1. Preparação do acolhimento e elaboração do plano de intervenção

A primeira fase de execução da medida de acolhimento familiar é preparatória e coincide com a etapa em que são encetadas as medidas necessárias à preparação do acolhimento entre todos os intervenientes no processo (com a participação da criança ou do jovem, dos seus pais, representante legal ou quem tenha a sua guarda e da família de acolhimento). É igualmente projectado e elaborado, nesta etapa, o plano de intervenção pela instituição de enquadramento, em harmonia com o estabelecido no acordo de promoção e protecção ou na decisão judicial²⁷, sendo a criança ou o jovem informados e devidamente preparados para a execução da medida, de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção²⁸. As referidas instituições de enquadramento²⁹ estão integradas nos serviços distritais da segurança social e na Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, podendo ainda os serviços da segurança social delegar tais funções em instituições competentes com quem celebrem acordos de cooperação.

Por sua vez, o plano de intervenção será desenvolvido pela equipa técnica especializada nesta área em cada instituição de enquadramento, constituída por profissionais com formação diversificada e experiência no domínio da capacitação das famílias e do desenvolvimento integral do menor³⁰. De entre os membros da referida equipa, será ainda nomeado um coordenador de caso para acompanhar cada criança e jovem acolhidos, o qual servirá de interlocutor privilegiado junto da família natural, da família de acolhimento e da criança ou jovem em causa.

Nesta fase, a equipa técnica deverá promover encontros entre a família natural e a de acolhimento com vista a iniciar-se a relação de colaboração entre ambas (salvo se não for benéfico para o jovem em processo de autonomização de vida), e a facilitar-se a via de comunicação e a recolha de informação necessária, devendo desde logo apurar-se junto da família natural qual a situação da criança ou do jovem e outros elementos facilitadores da integração na família de acolhimento³¹.

Deverá ainda a citada equipa técnica explicar os *direitos e deveres*³² de todos os intervenientes no

³⁰ O art. 11.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro, enuncia as funções que são atribuídas às instituições de enquadramento.

³¹ Arts. 26.º, al. *a*), e 27.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

³² O legislador português consagrou expressamente os direitos e deveres a reconhecer quer aos candidatos a acolhedores, quer à família da criança ou jovem acolhidos ou à própria criança ou jovem, entre os arts. 20.º a 24.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro. Em primeiro lugar, no que se refere aos acolhedores, durante a fase de preparação, execução ou de acompanhamento da medida, a equipa técnica da instituição de enquadramento deverá assegurar-lhes o respeito pela intimidade e reserva da sua vida sua privada, evitando ingerências abusivas e desnecessárias no seu quadro familiar. Em segundo plano, as pessoas seleccionadas como acolhedores familiares deverão ser esclarecidos sobre os direitos que lhes assistem, assim como sobre a forma como se processará a execução do acolhimento, incluindo-se

²⁶ Art. 42.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

²⁷ Art. 5.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

²⁸ Art. 29.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

²⁹ Arts. 4.º, 10.º a 13.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

informação relativa às condições de saúde, educação e problemáticas da criança ou do jovem e da sua família natural (na medida indispensável à aceitação informada do acolhimento familiar). Num terceiro patamar, os acolhedores têm direito a apoios psico-sociais, formativos e económicos ou a outros que a criança ou o jovem tenha direito. Quanto aos seus deveres, no que se refere à criança ou jovem, devem atender, prioritariamente, aos seus interesses e direitos, orientando-o e educando-o com diligência e afectividade, tal como se fossem os seus pais, providenciando-lhe os cuidados de saúde adequados à sua idade, inclusive mantendo actualizado o seu boletim individual de saúde, e assegurando a sua frequência em estabelecimento de ensino adequado à sua idade e condições de desenvolvimento. Nas relações que estabelecem com a família natural da criança ou jovem, deverão promover um clima de harmonia, facilitando e favorecendo o fortalecimento das relações do menor com a sua família biológica (respeitando sempre a intimidade e reserva da vida privada dos familiares), e assegurando-lhe toda a informação necessária e relevante sobre a vida daquele e sobre quaisquer alterações sobre as condições de execução da medida, da sua residência ou do período de férias daquele (salvo se o tribunal ou a comissão de protecção, no respeito pelas normas e princípios da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, o julgar inconveniente). Nas relações com as equipas técnicas das instituições de enquadramento, para além de lhes deverem facultar toda a informação que lhes seja solicitada, dando-lhes conhecimento de todos os aspectos relevantes da vida da criança ou jovem e de quaisquer factos supervenientes que alterem as condições da prestação do serviço ou qualquer alteração de residência e respectivo período e local de férias, deverão ainda participar nos programas, formações e reuniões que sejam convocados, e não acolher, a título permanente, outras crianças ou jovens que não sejam membros da sua família, para além das abrangidas pelo contrato de prestação de serviço de acolhimento familiar (devendo ainda renovar, anualmente, o documento comprovativo do estado de saúde de todos os elementos da família de acolhimento). Tratando-se de família de acolhimento em lar profissional, esta deverá elaborar relatórios e informações, com a periodicidade acordada com a equipa técnica da instituição de enquadramento, para avaliação da situação da criança ou do jovem. Reconhece-se, igualmente, à família natural, durante a execução do acolhimento, direito a ser informada sobre o modo como se irá processar a medida e a ser ouvida e a participar na educação da criança ou do jovem, salvo decisão judicial em contrário. Tem igualmente direito a receber apoios dos serviços locais, assim como acompanhamento técnico da instituição de enquadramento, tendo em vista a futura reintegração familiar da criança ou do jovem; e a ver respeitada a sua intimidade e a sua vida privada. Por sua vez, entre os deveres que recaem sobre a família natural da criança ou do jovem, esta deverá colaborar com a família de acolhimento e com a instituição de enquadramento na execução do plano de intervenção, respeitando a sua intimidade e reserva da sua vida privada, assim como compartilhar, sempre que possível, nas despesas e encargos com a manutenção da criança ou do jovem (tendo por referência o disposto nas normas sobre participações familiares para a utilização de equipamentos e serviços de acção social). O legislador reforça ainda no citado diploma regulamentador, os direitos de informação, participação e audição da criança ou o jovem acolhidos, com idade superior a doze anos (ou de idade inferior mas com maturidade para compreender o sentido da intervenção), fazendo

processo pelo técnico responsável³³.

Recorde-se que, nos termos do acordo de promoção e protecção ou da decisão judicial, as famílias de acolhimento exercerão, em relação à criança ou jovem, os poderes-deveres inerentes às responsabilidades que decorrem da confiança da criança ou do jovem à família de acolhimento, nomeadamente de guarda, de orientação e de educação, tendo em vista o seu desenvolvimento integral³⁴.

A etapa preparatória terminará com a celebração de um contrato de prestação de serviços entre o representante legal da instituição de enquadramento e o responsável pelo acolhimento, onde constam todas as condições de execução da medida, como o início e o período de vigência do contrato, os direitos e deveres do outorgantes e o valor mensal da retribuição e do subsídio³⁵.

Sublinha ainda o legislador que a adaptação da criança ou do jovem à família de acolhimento deve processar-se gradualmente e pelo período de tempo necessário à sua integração³⁶.

6.2. Início e acompanhamento da situação do acolhimento

Num segundo momento, é dado início ao acolhimento, com a equipa técnica da instituição de enquadramento a acompanhar a criança ou o

novamente menção ao seu direito a ser informado e ouvido pela instituição de enquadramento sobre o processo de escolha da família de acolhimento e ainda, durante o processo de elaboração do plano de intervenção, a nele participar activamente, colaborando na sua execução.

³³ Art. 28.º do Dec.- Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

³⁴ Art. 20.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

³⁵ Arts. 38.º e 39.º do Dec.- Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

³⁶ Art. 29.º, n.º 2, do Dec.- Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

jovem à família de acolhimento, ficando responsável ainda pela monitorização da medida através da avaliação da sua execução, tendo em conta o interesse do menor e a previsibilidade do seu regresso à família natural³⁷.

Ou seja, embora sejam as comissões de protecção de crianças e jovens ou o tribunal a dirigir e controlar a execução da medida de acolhimento familiar de que decidem, nos termos do acordo de promoção e protecção, fá-lo-ão em articulação com as instituições de enquadramento, cujas equipas técnicas serão os responsáveis directos pelos respectivos actos materiais de execução da medida³⁸.

A avaliação da execução da medida poderá conduzir à sua cessação, alteração ou prorrogação, devendo sempre antes ser ouvida a família natural, a família de acolhimento e o menor em função do seu grau de maturidade.

Do processo de acompanhamento da execução da medida e da sua avaliação, é dado conhecimento à comissão de protecção de crianças e jovens ou ao tribunal competente³⁹.

6.3. Revisão

A medida é sempre revista findo o prazo fixado no acordo de promoção e protecção ou na decisão judicial, e, em qualquer caso, sempre que decorra o prazo de seis meses, podendo ainda ser revista sempre que ocorram factos que o justifiquem, [art. 62.º], devendo ser precedida de avaliação da situação actual da criança e dos resultados do processo da sua execução.

6.4. Cessação

Uma vez ponderada e decidida a cessação da medida, esta deve ser devidamente preparada, envolvendo todos os interessados (família natural, de acolhimento e o menor) e a saída deve efectuar-se com a antecedência adequada, em regra, não inferior a um mês⁴⁰.

Sem prejuízo, pode, a todo o tempo, a instituição de enquadramento fazer cessar o referido contrato, caso sejam postos em causa a promoção dos direitos e a protecção da criança ou jovem, haja violação das obrigações contratuais assumidas ou a perda de requisitos e condições necessárias para, no caso, poder ser família de acolhimento. De igual forma, também pode a família de acolhimento denunciar o contrato, desde que o comunique por escrito à instituição de enquadramento com a antecedência mínima de trinta dias⁴¹.

Cessada ou substituída a medida, a família de acolhimento pode continuar a relacionar-se com a criança ou o jovem, se a equipa técnica considerar conveniente e a família natural não se opuser. Tendo regressado o menor à família natural, a equipa técnica

³⁷ Arts. 25.º, al. b), 30.º, e 31.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

³⁸ Arts. 4.º e 31.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

³⁹ Art. 31.º, n.º 5, do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro. A medida pode cessar: a) uma vez decorrido o seu prazo de duração ou eventual prorrogação; b) com a decisão de revisão que lhe ponha termo; c) se for decretada a adopção ou adoptada outra providência cível que defina de forma estável a situação jurídica da criança ou jovem; com a maioridade do jovem ou quando este atinja os vinte e um anos, se tiver solicitado a continuação da medida para além da maioridade [art. 63.º, n.º 1, da L.P.C.J.P.].

⁴⁰ Arts. 33.º e 34.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

⁴¹ Art. 41.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

ca deverá manter-se informada sobre o percurso de vida da criança ou do jovem por um período mínimo de seis meses⁴².

7. Dados estatísticos sobre a medida

A análise estatística dos dados compilados, em Portugal, no que se refere ao tipo e número de medidas de promoção e protecção mais aplicadas a crianças e jovens em situação de perigo, confronta-se com uma pequena contrariedade, designadamente o facto de a informação existente apenas incluir as decisões fixadas administrativamente pelas comissões de protecção (excluindo, assim, aos casos tramitados judicialmente). Estes dados encontram-se reunidos nos Relatórios Anuais da Comissão Nacional de Protecção das Crianças e Jovens em Risco, publicitados no *site* da internet da respectiva Comissão Nacional.

Sem prejuízo, atentos os dados disponibilizados nos relatórios anuais de 2008, 2010 e 2012⁴³ (o último conhecido até à presente data), ressalta de imediato o facto de a medida de acolhimento familiar ter sido sempre a menos determinada, em sede administrativa (seguida de perto pela medida de apoio para a autonomia de vida).

Em 2012, do total de medidas aplicadas pelas comissões de protecção nesse ano, a grande maioria, 89,5% (29264), correspondiam a medidas de execução em sede natural de vida da criança, enquanto que as medidas de colocação representavam apenas 10,5% (3 461) do seu total. Por outro lado, apenas 170 crianças ou jovens, de entre as 32 725 sinalizadas em situação de perigo, nesse ano, se encon-

travam acolhidas familiarmente, número esse que correspondia apenas a 0,5% do total de medidas, permanecendo, contudo, institucionalizados 3 291. Por outro lado, seguindo a tendência dos anos anteriores, em 2012, a medida de o apoio junto dos pais continuou (de longe) a ser a mais aplicada, representando 75% do seu total, seguindo-lhe, por ordem decrescente, a medida de apoio a outro familiar (11,8%), o acolhimento em instituição (10,1%), a confiança a pessoa idónea (0,8), o apoio para a autonomia de vida (0,8%) e, por último, como referimos, o acolhimento familiar (0,5%).

De positivo, todavia, saliente-se o facto de se constatar um aumento (ainda que muito insuficiente) do número de casos em que a medida de acolhimento familiar foi determinada, entre 2008 e 2012. Com efeito, em 2008, ano em que entrou em vigor o diploma regulamentador do acolhimento familiar, o Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro, apenas 75 crianças ou jovens se encontravam acolhidos familiarmente; já, em 2010, o referido número duplicou, reportando-se 144 casos de crianças sujeitas a essa medida, valor esse que voltou a subir, em 2012, ascendendo para 170 (ainda que, nesse ano, apenas tenha sido aplicada de novo a 23 crianças ou jovens, ao contrário da medida de acolhimento em instituição, determinada de novo a 610 menores).

Por outro lado, mais se constatou que, em 2012, aumentou a idade das crianças ou jovens sujeitas à medida de acolhimento familiar, a qual foi mais aplicada a jovens com idade compreendida entre os 15 e os 21 anos (43,5%), seguindo-lhe o escalão etário dos 11 aos 4 anos (25,9%), dos 6 aos 10 (18,2%) e, por último, o escalão etário dos 0 aos 5 anos (11,8%), o qual diminuiu a sua incidência (em 2011, correspondia a 34,7%).

⁴² Art. 34.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

⁴³ Disponíveis em www.cnpjcr.pt, visitado a 12 de Junho de 2015.

Atentos os referidos elementos, julgamos que o futuro deverá passar assim, pelo fomento de políticas e campanhas públicas que permitam criar as condições necessárias à aplicação da medida de acolhimento familiar a um número cada vez maior de crianças ou jovens e à consequente desinstitucionalização dos menores sujeitos a esta medida. Como sublinhámos anteriormente, o acolhimento familiar permite integrar crianças e jovens num contexto familiar securizante, onde poderão sarar feridas, receber atenção e amor individualizados e crescer de forma harmoniosa. Importa, por isso, que as autoridades estaduais acreditem nela e invistam o máximo de recursos na sua execução efectiva. Tenha-se, nesse sentido, por referência, o disposto na normativa autonómica⁴⁴ do País Basco, a qual impõe aos “*órganos forales de los territorios históricos*” a obrigação de organizarem “*campanhas informativas y de captación de familias acogedoras*”, o qual deveria servir de exemplo norteador também para o legislador português.

8. Notas finais

Uma vez analisado o enquadramento normativo da medida de acolhimento familiar, à luz da L.P.C. J.P. e do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro, é nossa opinião que resulta premente, em Portugal, uma profunda reforma do instituto visando conferir-lhe uma maior tónica de flexibilidade. Deveria, assim, o legislador português alterar os pressupostos legais em que a referida medida assenta, alargando o seu campo de aplicação: o acolhimento, numa fase inicial, deveria poder ser aplicável não apenas quando fosse previsível o retorno da criança ou jovem à sua família biológica ou o início do seu processo de autonomização, mas ainda enquanto aquele estivesse a aguardar a selecção de um candidato a adop-

tante ou a instauração da competente acção cível necessária à estabilização da sua situação jurídica; e, quando aplicado visando o retorno à sua família, inviabilizado tal desiderato, deveria poder manter-se até que fosse adoptada a providência cível adequada a salvaguardar os laços que a ligassem à família de acolhimento ou a estabilizar a sua situação jurídica.

Por fim, a medida mais premente e necessária, e que tem vindo a ser olvidada pelas entidades competentes, traduz-se na necessidade de desenvolver um plano concertado com vista à informação e sensibilização da comunidade em geral sobre a essência do acolhimento familiar, os requisitos exigidos aos candidatos a família de acolhimento, os respectivos direitos e deveres de todos os intervenientes, as condições e prazos de duração da medida e tudo o mais que se revelasse necessário para um adequado conhecimento da mesma. Para poder apelar à solidariedade social urge, em primeiro lugar, informar os seus membros sobre as possibilidades e alternativas de ajuda e de intervenção no processo.

Em suma, a medida de acolhimento familiar, se devidamente apoiada e dirigida, poderá trazer grandes benefícios para o futuro de muitas crianças apartadas momentaneamente, ou não, do seu núcleo familiar de origem. As famílias de acolhimento podem surgir “como a terapia para os danos afectivos que a criança ou o jovem sofreu, tendo, no novo ambiente condições para se expressar e se desenvolver, sem recluir as consequências das suas exteriorizações”⁴⁵.

Urge, assim, acreditar e avançar para que novos sorrisos se possam iluminar e sem esperar por amanhã.

⁴⁴ Art. 73.4 da Ley 3/2005, de 18 de febrero.

⁴⁵ BEATRIZ MARQUES BORGES, *o.c.*, p. 190.

Doutrina

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Fernando de Paula Batista Mello

Advogado. Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra
em regime de dupla-titulação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

“Amar é faculdade, cuidar é dever”

(Nancy Andrighi)

*“Se falharmos na criação de nossos filhos, qualquer
outra coisa que fizermos bem não interessará muito”*

(Jacqueline Kennedy)

Palavras chave: abandono afetivo; dever de cuidado; responsabilidade civil

Keywords: emotional abandonment; duty of care; liability

Resumo: A responsabilidade civil por abandono afetivo é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de uma tese aplicável em face do genitor(a) que não despendeu os esforços necessários para o efetivo desenvolvimento de sua prole; corresponde, em apertada síntese, ao não cumprimento do dever de cuidado, imposto por lei e analisado objetivamente pelo juiz. Em Portugal não foi tal dano ainda confrontado nas esferas judiciais, tampouco é debatido pela doutrina. Assim, tendo em conta as experiências doutrinárias e jurisprudências brasileiras, tentar-se-á enquadrar o que ficou denominado de “abandono afetivo” no âmbito dos danos não patrimoniais tutelados por aquele ordenamento.

Abstract: Liability for emotional abandonment is a reality in the Brazilian legal system. This is an applicable theory in face of the parent who does not spent the

necessary efforts for the effective development of their offspring; corresponds, in brief summary, to noncompliance with the duty of care imposed by law and objectively analyzed by the judge. In Portugal such damage has not yet been judicially confronted neither discussed by the doctrine. Thus, taking into account the Brazilian doctrinal and jurisprudential experiences, one will try to frame what was termed “emotional abandonment” under non-material damage tutored by that system.

Sumário: I. Introdução – II. A responsabilidade civil por abandono afetivo na ordem jurídica portuguesa – 1. A existência de uma relação paterno/materno-filial como pressuposto do dever de indenizar (o “cuidado” como dever jurídico) – 2. A contextualização do dano: casos possíveis de configuração do abandono afetivo. Exame dos precedentes jurisprudenciais – 3. Construção da teoria: a adequabilidade do “dano afetivo” aos elementos da responsabilidade civil não patrimonial – 3.1. Do fato voluntário e ilícito: da violação do dever jurídico de cuidado – 3.2. Do nexo de imputação do fato ao agente e o estudo das causas que excluem a culpa do(a) genitor(a) – 3.3. Do nexo de causalidade – III. O abandono afetivo como dano: a crítica da atual concepção de dano em sentido material – IV. Considerações finais.

I. Introdução

Tema dos mais interessantes, a análise do instituto da responsabilidade civil no direito de família assume, na época atual, contornos extremamente

relevantes, na medida em que compreende um campo onde têm surgido inúmeras controvérsias envolvendo a reparação de danos. Ao se pensar nos componentes de uma família, vislumbra-se, logo, a possibilidade de ocorrência de lesões entre seus integrantes. Assim, além de danos materiais, evidenciam-se, principalmente, os danos não patrimoniais; de todo modo, nota-se que, ao longo da história, a tutela das agressões não patrimoniais, nesse ramo, principalmente por deter, em suas relações, um cunho essencialmente privatístico, não obteve a ingerência devida do Direito, traduzindo-se em um movimento recente¹ e profundamente atraente.

Diante desse raciocínio, desenvolve-se, na doutrina, a responsabilidade civil por abandono afetivo dos pais perante os filhos como forma de imputar uma obrigação àquele que não contribuiu efetivamente para o desenvolvimento da personalidade de sua prole. Embora não se possa caracterizar esse dano como um fenômeno recente, a sua aplicabilidade, na esfera dos danos não patrimoniais, raramente é acolhida pelos juristas, já que, por vezes, eles desvirtuam ou desprestigiam o verdadeiro conteúdo do dever jurídico violado pelo lesante.

Cumpra, então, desde já, afastar a concepção daqueles que restringem esse dano à esfera emocional/sentimental, negando a sua configuração pela impossibilidade de se exigir dos progenitores tais sentimentos afetuosos. O presente trabalho buscará uma visão mais objetiva, situando o dever de

cuidado na esfera dos deveres jurídicos contidos na estrutura das relações de personalidade (*non facere* ou *facere*). Portanto, o abandono afetivo será caracterizado a partir do *não cumprimento do dever de cuidado* – dever, este, imposto por lei e que deverá ser analisado objetivamente pelo juiz –, uma vez que desse ato resultarão danos à personalidade do filho, principalmente em seu desenvolvimento. O afeto não será mensurável pelo Direito, tampouco por ele exigível, mas, ainda assim, está contido nos *poderes-deveres* a serem exercidos pelos pais (*poderes-deveres* de sustento, guarda, companhia, educação, criação dos filhos menores, etc.). É dizer-se: *o dano afetivo é o contraposto da obrigação legal de cuidar*.

Por fim, pretende-se concluir pela possibilidade da aplicação dos danos afetivos no ordenamento jurídico português – ordem jurídica base do trabalho em questão – utilizando-se, subsidiariamente, para tanto, a experiência jurisprudencial brasileira. Ressalta-se, contudo, que não será realizado qualquer juízo sociológico ao redor dos efeitos dessa reparação no domínio da relação paterno/materno-filial. Da mesma forma, não será promovido nenhum estudo psicológico no que tange aos efeitos desse dano na esfera psíquica do menor. Na realidade, o presente trabalho tem por escopo a análise da viabilidade dessa reparação quando confrontada com os pressupostos da responsabilidade civil.

II. A responsabilidade civil por abandono afetivo na ordem jurídica portuguesa

No mais em que se pese a resistência e a discussão acerca da intervenção da responsabilidade civil no Direito de Família, deve-se aceitar que a significativa evolução do Direito de Família conduziu, de

¹ “A conquista de uma efetiva isonomia entre cônjuges e parceiros, bem como a atribuição aos filhos de um papel mais efetivo no seio familiar, vieram expor à sociedade ‘novas’ espécies de conflitos, não faltando hoje tentativas de solucioná-los por meio da imposição do dever de indenizar” SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 98-99.

forma sobremaneira, para a uma supervalorização dos direitos de personalidade dos componentes desse grupo, não permitido que um desses membros da família cause danos ao outro e se exima de responder pela prática do ilícito².

Hoje é correto afirmar que aos integrantes da família serão assegurado a preservação da inviolabilidade de seus direitos pessoais, ao passo que não se aceitará a possibilidade de compressão desses direitos enquanto este estado durar. Impõe-se, assim, o afastamento das teorias que negam a possibilidade da reparação dos danos não patrimoniais no direito de família³.

No entanto, deve-se ter em mente que as *simples violações de deveres pessoais* pertencentes às relações familiares⁴, nos termos do que é proposto pela doutrina da fragilidade da garantia⁵, não conduziram à

² MEDINA, Graciela. *Daños en el derecho de familia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 21.

³ Em termos gerais, pode-se dizer que a grande crítica em volta do dano não patrimonial no Direito de Família concentra-se numa persistente e inaceitável ideia de monetarização dos relacionamentos. Ao se admitir essa possibilidade, segundo Sérgio Gischkow Pereira, o Direito estaria colocando em causa as próprias atividades humanas – rotineiramente marcadas por incômodos da vida e abalos emocionais –, já que, por receio, as pessoas teriam medo de se relacionar. PEREIRA, Sérgio Gischkow. O dano moral no direito de família: Perigo dos excessos. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade*: dano moral, aspectos constitucionais, civis, penais e trabalhistas. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 407.

⁴ Entendam-se abarcadas pela designação “relações familiares” as complexas relações do casamento e da união estável, das relações de parentesco, bem como aquelas relativas às famílias substitutas (adoção, tutela e guarda) – e, hodiernamente, outros núcleos familiares, como a família homoafetiva, a socioafetiva e a famílias pluriparentais (ou “mosaico”).

⁵ A doutrina da fragilidade da garantia sustenta o seu argumento em elementos que possam distinguir os direitos de famílias dos outros direitos. Assim, considera a ideia de que os deveres pessoais familiares não ocasionam uma sanção organizada – mas sim uma sanção imperfeita (divórcio) – para o caso de não cumprimento dos respectivos direitos, o que gera, inevitavelmente, uma garantia mais

tutela geral dos deveres jurídicos, ou seja, o credor (titular do direito) não poderá exigir o cumprimento daquele dever, nem obter uma indenização⁶. Logo, a título exemplificativo, não se deve falar em danos não patrimoniais pelo simples fato do descumprimento dos deveres conjugais⁷, pela dissolu-

fragilizada nestes deveres ao compará-los com os deveres em geral. Como se sabe, a garantia é um elemento potencialmente existente em todos os direitos, uma vez que, existindo um direito susceptível de ser exercido, materializa-se através da oposição à violação pelo titular. Nessa senda, para esta doutrina, as relações familiares, de forma autônoma, não serão ensejadoras de responsabilidade civil não patrimonial, ou seja, só se falará em danos não patrimoniais no Direito de Família quando o ato, em si mesmo, independentemente do contexto familiar, possa ser qualificado como ilícito. LEITE DE CAMPOS, Diogo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.^a ed. rev. e actual. (reimpr. da 2.^a ed. de 1997). Coimbra: Almedina, 2012, 141-142.

⁶ Os direitos familiares não são verdadeiros direitos subjetivos (cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4.^a ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 179; e LEITE DE CAMPOS, Diogo. Op. cit. p. 139.), mas sim *poderes-deveres*, *poderes funcionais*, ou, nos dizeres de Capelo de Sousa, *direitos funcionais*. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Teoria geral do direito civil*. V. I. Coimbra Editora: Coimbra, 2003. p. 185.

⁷ Os deveres dispostos no artigo 1672.^o do Código Civil (deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência) “são deveres recíprocos dos cônjuges aos quais correspondem direitos também recíprocos”. Assim, tanto o marido como a mulher deverão respeitar-se um ao outro; conseqüentemente, ambos terão o direito de exigir o cumprimento desses deveres. DIAS ARAÚJO, Cristina Manuela. *Responsabilidade Civil e Direitos Familiares Conjugais (pessoais e patrimoniais)*: possibilidade de indemnização ou fragilidade da garantia ?. Scientia Iuridica, Coimbra, n.^{os} 286/288, pp. 351-374. jul./dez. 2000. p. 355. Note-se, entretanto, que a simples violação desses direitos não determina uma obrigação de indenizar, não só pelos motivos expostos pela doutrina da fragilidade da garantia, mas também porque o desamor, a solidão, a raiva, a tristeza, a frustração da expectativa de vida a dois, etc., são traumas, embora não desejáveis, normais (não imprevisíveis) das relações conjugais (cfr. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 5.^a ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 117). A infidelidade, pura e simples, não abre margem para que o “lesado” obtenha um direito à indenização: o sofrimento advindo dessa quebra de confiança é inerente à relação que o cônjuge “lesado” assumiu ao casar – o presente fato só será danoso por força da “especial relação conjugal e familiar em que um cônjuge se encontra perante o outro. Portanto, cada um dos cônjuges poderá violar os seus deveres para com o outro, o que será seguramente antijurídico, mas não desencadeará por si qualquer espécie de sanção (para além da possibilidade de dissolução do vínculo)” DIAS ARAÚJO, Cristina Manuela. Op. cit. p. 357. Conclui-se, desse modo, que o Direito de Família já apresenta as sanções e as conseqüências cabíveis para o caso

ção do vínculo conjugal⁸ ou pelo mero e fortuito

de descumprimento dos deveres conjugais (separação de fato (artigo 1782.º do Código Civil), separação judicial de pessoas e bens (artigo 1794.º e seguintes) ou divórcio (artigo 1773.º c/c artigo 1781.º, ambos do Código Civil)), demonstrando, nesse contexto, a desnecessidade do recurso à responsabilidade civil em seus termos gerais.

⁸ A ideia do divórcio como dano é algo alheio ao pensamento jurídico contemporâneo, embora, outrora, essa solução, estivesse consagrada expressamente em diversas legislações. É caso do ordenamento jurídico português o qual disciplinava no artigo 1792.º (fonte no direito francês, artigo 266.º do *Code Civil*), em sua redação anterior, que o cônjuge declarado único ou principal culpado deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge. Assim, além da indenização que eventualmente se pudesse constatar dos danos resultantes diretamente dos fatos que servem de fundamento para o divórcio – *vg.*, agressão física –, caberia ao cônjuge culpado arcar com os sofrimentos ocasionados pelos danos resultados do próprio divórcio – *vg.*, quebra de expectativa da vida a dois, desconsideração social, dor sofrida pela destruição do casamento, etc. (cfr. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. v. 1. 4.ª ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2008. pp. 707-709). Nesse sentido, explica Cristina Manuela que “a indemnização devida pela violação culposa dos deveres conjugais não pode ser confundida com a indemnização pelos danos morais causados pelo próprio divórcio (art. 1792.º)”. *Ibid.* p. 359. Esse também era o entendimento da jurisprudência da época: Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 03A3584. Data 02/12/2003. Relator Reis Figueira: “[c]ostuma distinguir-se entre danos não patrimoniais resultantes directamente da própria dissolução do casamento, que são os que cabem na previsão do art. 1792.º do CC e a exigir na acção de divórcio, e danos não patrimoniais resultantes dos factos que funcionam como fundamento do divórcio, que, como factos ilícitos danosos, estão submetidos ao regime da responsabilidade civil extracontratual do art.º 483.º do CC, a exigir em acção comum de indemnização” (grifou-se).

Outrossim, o Código Civil suíço, no artigo 151.º, n.º 1 e 2 (“O cônjuge inocente cujos interesses pecuniários, mesmo eventuais, forem comprometidos pelo divórcio tem direito a uma equitativa indemnização da parte do cônjuge. 2. Se os factos que determinarem o divórcio ocasionarem um grave dano nos interesses pessoais do cônjuge inocente, o juiz pode conceder-lhe uma outra quantia a título de reparação moral”) (grifou-se) previa, taxativamente, os danos não patrimoniais decorrentes do divórcio como dano (inciso 1) e os danos não patrimoniais de outra natureza, que determinaram o divórcio (inciso 2).

⁹ Preliminarmente, cumpre asseverar que o divórcio é um direito *potestativo* (traduz-se no poder de exigir determinando efeito no mundo jurídico – dissolução do casamento – sem necessidade de qualquer contraprestação ou comportamento de outrem), *pessoal* (a lei atribui esse direito exclusivamente aos cônjuges) e *irrenunciável* (não comporta renúncia, mesmo em sede de pacto antenupcial). Nesse diapasão, conclui-se que aos cônjuges será preservado o direito de dissolverem, a qualquer tempo, o vínculo conjugal (artigo 1773.º c/c artigo 1781.º, ambos do Código Civil), sem que desse ato nasça uma obrigação de indenizar. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Op. cit.* p. 597- 601. Todavia, excepcionando a regra acima, prevê o artigo 1792.º do Código Civil a possibilidade daquele que se divorcia ser obrigado a indenizar o outro cônjuge quando o

descumprimento de um dever, pelos progenitores, no exercício de suas responsabilidades parentais¹⁰.

Não se há que permitir uma excessiva intervenção do Poder Judiciário na vida da família, uma vez que as relações ali presentes são muito mais complexas do que aquelas rotineiramente realizadas dentro de um plano cível, por exemplo, dentro de uma relação contratual. Aspectos subjetivos, como emoções, afetos, amor, fidelidade, etc., fazem desta uma relação ímpar no cenário jurídico. Portanto, caberá ao operador do direito diferenciar o que é uma simples lesão de um dever familiar pessoal, indubitavelmente ligada à relação a que o lesado se propôs (casar, ter filhos, etc.), daquelas lesões provocadas pela violação de um direito subjetivo de qualquer dos cônjuges para com o outro¹¹. Portanto, cumpre averiguar o direito de personalidade violado, que poderá ser constatado através de graves ofen-

divórcio se fundamentar na alínea b) do artigo 1781.º (“A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum”). Trata-se de um caso de responsabilidade civil por fato lícito, em que o legislador, motivado por políticas ético-sociais, impõe o dever ao cônjuge que pediu o divórcio de indenizar o outro cônjuge, uma vez que do seu ato (divórcio), ainda que lícito, se denota uma desconsideração social perante a figura do cônjuge atormentado por alterações em suas faculdades mentais. Por fim, ressalta-se que o pedido de indenização deverá ser deduzido na própria ação de divórcio, já que, uma vez transitada em julgado a respectiva sentença, operar-se-á a preclusão (acarretando a perda do direito de ação) da possibilidade de reparação desse dano.

¹⁰ “A Lei 61/2008 introduziu no ordenamento jurídico português a expressão *Responsabilidades Parentais*, em detrimento do *Poder Parental*. ARELHANO, Izabel Cristina. Compensação psíquica na formação e educação da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 269.

¹¹ “[E]mbora a natureza *sui generis*, os direitos familiares pessoais são direito privados, o que significa que lhes subjaz o binómio ‘liberdade-responsabilidade’. Quem lesar o direito subjetivo de outrem responde pelos danos causados”. DIAS ARAÚJO, Cristina Manuela. *Op. cit.* p. 360.

sas dos deveres conjugais¹², como da própria relação paterno/materno-filial¹³.

¹² Ao contrário da doutrina da fragilidade da garantia, entende-se que da violação de um dever conjugal poder-se-ão extrair fatos graves o bastante para violar o direito de personalidade de um dos integrantes da família. Para tanto, basta imaginarem-se situações em que, da conduta do cônjuge infiel, exsurjam, exemplificativamente, atos públicos e vexatórios, a ponto de atingir a honra e a imagem do outro cônjuge.

Da nova redação do artigo 1792.º (*O cônjuge lesado tem o direito de pedir reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns*), conclui-se pela admissão das ações de responsabilidade civil, nos termos dos artigos 483.º e seguintes, por violação dos direitos familiares pessoais dos cônjuges. Note-se que esta ação será proposta a par da ação de divórcio, o que denota uma preocupação do legislador em deslocar a competência do tribunal de família para julgar essas matérias. Esse também é o posicionamento da jurisprudência: Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães. Processo n.º 365/10.6TBAMR.G1. Data: 26/01/2012. Relator: Maria Luisa Ramos: “I. Com a nova legislação decorrente da Lei n.º 61/2008, de 31/10, e alteração de redacção do artigo 1792º do Código Civil, deixou de existir a possibilidade de o cônjuge/ex-cônjuge pedir a reparação dos danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento (salvo nos casos expressamente consignados no n.º2 do citado art.º 1792º). II. Mas, subsiste o direito de reparação de danos não patrimoniais pelo cônjuge ‘lesado’ no divórcio, constituindo efeito decorrente do próprio Divórcio nos termos do preceituado no art.º 1792º do Código Civil, a deduzir nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns. III. É inadmissível a confissão quanto aos factos fundamentado da acção e respeitantes a alegada violação dos deveres conjugais, só se admitindo como prova de tais factos a certidão da sentença que decretou o divórcio. IV. O direito a indemnização nos termos gerais da responsabilidade civil, por remissão do art.º 1792º do Código Civil, na redacção dada pela Lei n.º 61/2008, de 31/10, pressupõe que os cônjuges não tenham optado pelo divórcio por mútuo consentimento, pois, neste caso, o Tribunal não irá determinar as causas da ruptura da vida comum do casal, nem tampouco apurar qual dos cônjuges deu causa a esse divórcio. V. ‘ Na actual sociedade, com diferente visão da dimensão afectiva da vida – o divórcio deixou de ser um ‘drama’ e nem traduz “o descrédito do casamento” ou uma humilhação social – Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 8/9/2009. VI. [...] (grifouse). Esse posicionamento é criticado por Dias, Cristina M. Araújo (2009), pois, segundo ela, o fato de se ter que provar em uma outra ação os pressupostos da responsabilidade civil gera “uma duplicação de processos judiciais relativos às mesmas partes e com julgadores diferentes”. E conclui que “seria preferível ser o juiz do Tribunal de Família que decreta o divórcio e que analisou os factos a decidir também a essa questão no decurso da mesma acção de divórcio”. DIAS, Cristina M. Araújo. *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*. 2.ª. Coimbra: Almedina. 2009. p. 23-24. Esse posicionamento é acompanhado por XAVIER, Rita Lobo. *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*. Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro. Almedina: Coimbra. 2009. pp. 3-8 e 37.

¹³ É o caso da responsabilidade civil por abandono afetivo e por alienação parental; há quem defenda, dentro da relação paterno-

É diante desta última relação (paterno/materno-filial) que se desenvolve a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo. Trata-se da situação em que se imputa ao genitor(a) a responsabilidade pelos danos causados a sua prole provenientes do seu afastamento ou não contribuição no desenvolvimento da personalidade deste último. É dizer, os pais, em termos familiares, são os paradigmas dos filhos, sendo que a cisão desse vínculo, associada à complexidade das situações cotidianas, representará um dano que, provavelmente, nunca será suplantado. Daí se infere que a carência injustificada desse sentimento inevitavelmente dará ensejo a uma gama de efeitos devastadores na esfera psicológica e social destes indivíduos.

A responsabilidade civil por abandono afetivo que, até ao momento, não foi confrontada em instâncias judiciais portuguesas, resultará do não cumprimento, ou parcial cumprimento, de *obrigações impostas por lei*, as quais, embora remetam para um *viés emocional/sentimental* – diretamente vinculado à noção de “afeto” –, nada terão que ver com a real configuração deste dano.

1. A Construção da teoria: a existência de uma relação paterno/materno-filial como pressuposto do dever de indenizar (análise do “cuidado” como dever jurídico).

A distinção entre filiação biológica (fato) e filiação jurídica (direito) não é algo recente na dou-

-filial, a possibilidade de indenização por danos não patrimoniais pelo não reconhecimento espontâneo da paternidade; ver: DOMINGUES, Ludmilla de Mello Bonfim Motta. *Possibilidade de responsabilização civil por danos morais no não reconhecimento voluntário da paternidade*. Revista Jurídica da Unifil, Ano VI, n.º 6. Disponível em <http://web.unifil.br/docs/juridica/06/ARTIGO_4.pdf>. Acesso em 14 nov. 2012.

trina, tampouco uníssono é o seu entendimento como conceitos paralelos e não antagônicos. Os crescentes movimentos científicos de reproduções artificiais (v.g., reprodução heteróloga; fertilização *in vitro*) demonstram a dura batalha que ainda estar por vir dentro dessas concepções¹⁴. No entanto, é bem verdade que o ordenamento jurídico português assenta no respeito da verdade biológica da filiação, uma vez que a própria lei quer que os pais biológicos sejam os pais jurídicos¹⁵. Por outro lado, somente a partir da filiação jurídica é que nasce o vínculo entre os sujeitos dessa relação, não importando, nesse contexto, o laço biológico que os une¹⁶.

Com isso, deve-se ter em mente que, para fins jurídicos, a maternidade e a paternidade serão vínculos constituídos a partir da lavratura do registro de nascimento – no caso da maternidade, o registro poderá dar-se por indicação (artigo 1803.º do Código Civil) ou por declaração (artigo 1806.º, n.º 1, 1ª parte, do Código Civil), enquanto a paternidade efetua-se através da presunção de paternidade (artigo 1826.º, n.º 1, do Código Civil) ou do reconhecimento voluntário por perfilhação (artigo 1847.º c/c o artigo 1849.º ambos do Código Civil) – ou por reconhecimento judicial¹⁷.

¹⁴ Sobre a filiação biológica e filiação jurídica, ver: COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme. Op. cit. p. 23.

¹⁵ LEITE DE CAMPOS, Diogo. *Lições de Direito da Família das Sucessões*. 2ª ed. revista e atualizada (reimpressão da 2ª ed. de 1997). Almedina: Coimbra, 2012. p. 321.

¹⁶ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Op. cit. p. 24.

¹⁷ O reconhecimento judicial, comumente, proposto para se averiguar a paternidade (artigo 1869.º do Código Civil), também poderá ser tentado pelo filho para o reconhecimento da maternidade (artigo 1814.º do Código Civil). Cumpre, ainda, ressaltar que somente pela via judicial (por sentença) se constitui o vínculo da adoção (artigo 1973.º do Código Civil) – vínculo, este, que, para fins jurídicos, como também

Dessa forma, é possível afirmar-se que é a partir dos acontecimentos supramencionados que se instaura a relação entre pais e filhos, com base na qual emerge a consciência da necessidade do *cuidado*¹⁸ e que, hodiernamente, se materializa e impõe através de um legítimo estabelecimento de direitos e deveres, em cumprimento daquilo que se entende por *parentalidade responsável*¹⁹.

O *cuidado*, nessa senda, deve ser estudado como

entre o adotante e adotado, deverá ser semelhante ao da filiação (artigo 1974.º do Código Civil): “[p]or oposição ao parentesco *natural*, que é o verdadeiro parentesco, a adoção é assim um parentesco *legal*, criado à semelhança daquele. Não quer isto dizer, porém, que se trate de uma *ficção* da lei. O que aconteceu é que a adoção assenta em *outra verdade*, uma verdade afectiva e sociológica, distinta da verdade biológica em que se funda o parentesco” (grifos no original). *Ibid.* p. 262.

¹⁸ “[C]uidado, do ponto de vista antropológico, advém dos termos *cura* ou de *cogitare*, o que implica em mostrar interesse, ter atenção através de uma atitude de desvelo, de preocupação e de bom trato, o que se opõe literalmente àquela do descaso, dos maus-tratos, da irresponsabilidade do atendimento e da resistência ao envolvimento pessoal com o outro” (grifos no original). NOVAES, Maria Helena. Paradoxos contemporâneos: o cuidado numa convivência saudável. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 198.

¹⁹ O princípio da *parentalidade responsável* (termo utilizado por GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Parentalidade responsável e o cuidado: algumas reflexões*. In: Ferreira, Fernando G. de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga. *Direito contemporânea: estudos em homenagem a Sérgio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado, 2009. p. 326-327) abarca um conjunto de ações (*poderes-deveres*) concretas que colimam para o devido cumprimento dos deveres atribuído, constitucionalmente (artigo 36.º, n.º 5 e n.º 6 da Constituição da República Portuguesa) ou por legislação ordinária (artigo 1874.º; artigo 1878.º, n.º 1; artigo 1885.º, todos do Código Civil), aos pais em prol dos filhos. Esse princípio, comumente amparado pela doutrina brasileira, foi expressamente previsto pela Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 226, § 7º, sob a expressão “*paternidade responsável*”. Note-se que, diferentemente da ordem jurídica portuguesa, o constituinte brasileiro preocupou-se em assegurar um número maior de deveres (sob a ótica dos pais) e direitos (sob a ótica dos filhos) que fundamentam o princípio em análise. Assim, cumpre aos pais o dever de *assistir, criar e educar os filhos menores* (artigo 229 da Constituição Federal); *assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária*,

um conteúdo compreendido pelo princípio da *parentalidade responsável*, uma vez que do conjunto de *poderes-deveres* impostos por este princípio – visam alcançar a integralidade da proteção do filho – extrair-se-á, implicitamente, a necessidade de cuidar. Assim, insta analisar-se qual a verdadeira natureza jurídica do *cuidado*, já que, ínsito às relações existenciais, destaca-se na relação paterno/materno-filial²⁰.

Nessa linha de pensamento, deve-se entender por cuidado o “modo-de-ser mediante o qual a pessoa sai de si e se centra no outro com desvelo e solicitude”²¹. Este conceito, nitidamente eivado de uma carga axiológica (tanto quanto sociológica), pode ser reconhecido como um valor²² implícito do ordenamento jurídico português, não só dentro da relação de filiação (artigo 36.º, n.º 5 e n.º 6, c/c artigo 67.º, n.º 1, ambos da Lei Fundamental), como também dentro dos diversos direitos e deveres fundamentais consagrados pela Constituição da

República Portuguesa^{23 24}. Note-se, no entanto, que o reconhecimento do cuidado como valor jurídico não o torna obrigatório²⁵ – o valor é uma noção

²³ Da análise do artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa, desde logo, se constata a valorização da pessoa através da previsão do princípio da dignidade humana como fundamento da República Portuguesa. Este princípio, nos dizeres de Gomes Canotilho e Vital Moreira, tem um valor próprio e uma dimensão normativa específica que o coloca “na base de concretizações do *princípio antropológico* ou *personicêntrico* inerente a muitos direitos fundamentais (direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito à integridade física e psíquica, direito à identidade pessoal, direito à identidade genética)”. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª ed. v. I. Coimbra Editora: Coimbra, 2007. p. 198. Portanto, eleva-se o cuidado como um valor intrinsecamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, já que esta é colocada no cenário jurídico como um verdadeiro “*standard de proteção universal*” (grifos no original). *Ibid.* p. 200.

Note-se que, ao prever a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o artigo supracitado assenta na doutrina da fraternidade social que, além de garantir a manutenção do próprio princípio da dignidade humana, oferece “uma ordem referenciada através de momentos de solidariedade e de co-responsabilidade de todos os membros da comunidade uns com os outros (libertando as pessoas do medo de existência, garantindo-lhe uma dimensão social-existencial minimamente digna, abrindo-lhe a via para a prestações económicas, sociais e culturais), de forma a criar-se um *sociedade justa*, em termos de justiça distributiva e retributiva (cfr. arts. 9º/d e 81º)” (grifos no original). *Ibid.* pp. 200-201.

Nessa ordem de ideias, diante da enraizada concepção político-social de Estado-providência (*Welfare State*), se constata a nítida conexão do *cuidado* com o próprio conceito de pessoa. Atento a esse fenômeno, reforça Perlingieri: “[a] ‘pessoa’ – entendida como conexão existencial em cada indivíduo da estima de si, do cuidado com o outro e da aspiração de viver em instituições justas – é hoje o ponto de confluência de uma pluralidade de culturas, que nela reconhecem a sua própria referência de valores. Trata-se ‘não de um compromisso entre culturas, mas do reconhecimento dialógico de um princípio comum a qualquer busca e afirmação de valores’”. E em seguida conclui, “o princípio da tutela da pessoa, como supremo princípio constitucional, funda a legitimidade do ordenamento e a soberania do Estado. A pessoa é inseparável da solidariedade: *ter cuidado com o outro faz parte do conceito de pessoa*” (grifou-se). PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 460-461.

²⁴ “[O] cuidado vincula as relações de afeto, de solidariedade e de responsabilidade não só familiar, pois é ‘preciso identificar o cuidado dentre as responsabilidades do ser humano como pessoa e como cidadão’. Nesse sentido, o cuidado conduz a compromissos efetivos e ao envolvimento necessário com o outro, como norma ética da convivência. Entendido como ‘valor informador da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva nas situações existenciais’, tem importante papel na interpretação e aplicação das normas jurídicas”. BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.* p. 88.

²⁵ *Ibid.* p. 88.

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (artigo 227 da Constituição Federal).

Por fim, pode-se, nessa senda, resumir que o princípio da *parentalidade responsável* impõe o efetivo cumprimento do *poder parental*, em toda a sua dimensão e independentemente do estado jurídico dos pais (casados, companheiros hétero ou homossexuais, separados, etc.).

²⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade Responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord). *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 91 e 95.

²¹ BOFF, Leonardo. *Saber cuidar. Ética do humano: compaixão pela terra*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 91.

²² Segundo Robert Alexy, valores e princípios estão extremamente vinculados, já que em ambos poder-se-á falar em colisão, assim como em realização gradual. Todavia, a diferença entre eles consiste no fato dos valores pertencerem ao mundo axiológico, enquanto os princípios, ao âmbito deontológico; é dizer-se: “no modelo dos valores é *prima facie* o melhor e, no modelo dos princípios, *prima facie* devido”. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 147.

unitária, composto pela fusão de diversos aspectos concorrentes, tais quais os políticos, sociológicos, filosóficos, jurídicos²⁶ – nem se mostra suficiente para impor uma sanção jurídica por seu não cumprimento. É bem verdade, de todo modo, que o desrespeito ao valor só será mensurado dentro do campo da moral, através de um juízo de reprovação que a própria sociedade impingirá àquela conduta omissiva ou comissiva²⁷.

Por outro lado, há de se perceber que a noção de *cuidado* como dever jurídico não se demonstra alheia à realidade imposta pelo Direito, ao contrário, quando diante das relações familiares, o valor cuidado²⁸ atinge uma função autônoma através dos papéis que são atribuídos ou desempenhados por esses indivíduos (pai e mãe). Logo, é possível afirmar-se que, ao mesmo tempo em que se entende o cuidado como um dever moral, em determinadas situações, o valor cuidado apresentar-se-á como um verdadeiro dever jurídico²⁹.

Portanto, o cuidado como dever jurídico, nas relações de paternidade e maternidade, se evidencia através de uma série de atividades – concretas – voltadas para o desenvolvimento da personalidade do

filho³⁰. Dessas ações positivas, intimamente relacionadas com o efetivo cumprimento do poder parental³¹, extrair-se-á, implicitamente³², o dever jurídico de cuidado³³, o que, inevitavelmente, sujeitará os pais a sofrerem as sanções previstas em lei ao relegar os filhos ao não cuidado.

Assim, além das sanções penais, como aquelas provenientes da exposição a perigo ou abandono

³⁰ Essas atividades podem ser resumidas através do “conforto físico e psíquico, a higiene do corpo e do ambiente, o apoio emocional e espiritual, até a proteção no sentido de segurança”. *Ibid.* p. 92.

³¹ “[O] poder paternal apresenta como fundamento principal o cuidado da pessoa do filho e, principalmente, educá-los, prepará-los para a vida para que venham a ser adultos autônomos e responsáveis” (grifou-se). MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. n.º 13. F.DUC. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 167. O poder parental tem como fundamento “o cuidado da pessoa do filho no sentido da sua proteção e promoção do seu desenvolvimento integral”. *Ibid.* p.167.

³² A concepção de deveres implícitos no ordenamento jurídico português é antiga; basta, para tanto, verificar-se que, da análise do artigo 483.º (princípio geral), apreende-se o dever implícito de *não causar danos*, que, além de fundamentar a responsabilidade civil, justifica a obrigação de indenizar.

³³ O dever de cuidado pode ser extraído, preliminarmente, do artigo 1874.º, n.º 1, do Código Civil, o qual disciplina o *dever de respeito, auxílio e assistência* – o n.º 2 do supracitado artigo indica que a assistência prestada pelo pai corresponde ao cumprimento da obrigação de alimentos. Este artigo encontra-se diretamente relacionado com o *princípio da atribuição aos pais do direito-dever de educação e manutenção*, previsto em sede constitucional (artigo 36.º, n.º 5). Nessa senda, infere-se o dever de cuidado a partir da análise das normas que dão conteúdo ao poder paternal. Dentre todas, destacam-se o artigo 1878.º, n.º 1, e o artigo 1885.º, todos do Código Civil. Ao tecer comentários do primeiro artigo, Antunes Varela e Pires lima deixam claro que “*compete aos pais cuidar de certos valores da pessoa dos filhos*” (grifou-se). LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. v. V (Art. 1796.º a 2023). Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 331. Logo, decompõe-se do presente artigo uma série de *podereis-deveres* que visam preservar ao filho a sua integridade física e psicológica, bem como a manutenção de um ambiente que lhe proporcione o desenvolvimento de sua personalidade. São eles: I) de *guarda* da pessoa e de *vigilância* pela vida e saúde dos filhos; II) de *prestação de alimentos*, no sentido mais amplo da expressão (artigo 1878.º, n.º 1, c/c artigo 2003.º, n.º 1); III) de *dirigir a educação* deles; IV) de *representação* deles, incluindo os nascituros; V) de *administração* dos seus bens. *Ibid.* p. 332 (sobre os poderes-parentais, ver: MARTINS, Rosa. Op. cit. p. 198-218). Já o artigo 1885.º corresponde a um desdobramento do *poder-dever* de educação, cabendo aos pais, de acordo com as suas possibilidades, promover esse desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos.

²⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 30-31.

²⁷ “Por razões de método, os problemas morais nunca poderão ser resolvidos pela ciência, que não tem condições de estabelecer o que sejam finalidades morais, e por não caberem as decisões morais de modo algum no seu campo de pertinência”. BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit. p. 88.

²⁸ Há, todavia, quem defenda que o cuidado seria um princípio; cfr. TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 357-379.

²⁹ “A noção de dever jurídico está vinculada à de responsabilidade, na medida em que aquele que tem o dever pode ser chamado a cumpri-lo ou a arcar com os efeitos do seu descumprimento, isto é, a sofrer a sanção prevista na lei”. BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit. p. 90.

de incapaz (artigo 138.º do Código Penal), o não cuidado poderá caracterizar um ilícito civil grave o bastante para que, conseqüentemente, nasça a obrigação de indenizar os danos não patrimoniais causados ao filho. A essas situações dá-se o nome de Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo.

2. A contextualização do dano: casos possíveis de configuração do abandono afetivo. Exame dos precedentes jurisprudenciais brasileiros

A contextualização teórica da responsabilidade civil por abandono afetivo não corresponde a uma tarefa fácil; na verdade, mostra-se algo quase inatingível, ao passo que se trata de um dano que deve ser analisado *casuisticamente* e *in concreto*. Dessa forma, diversos questionamentos, tais quais, a possibilidade da configuração do abandono afetivo mesmo diante da presença dos pais³⁴; a relevância

³⁴ Trata-se de uma situação que ainda não foi confrontada em âmbito judicial; aliás, caracteriza-se por ser uma discussão doutrinária. Embora seja uma hipótese mais exígua de se admitir, salienta a doutrina que “não basta a presença física, sendo mister que a presença se consubstancie no bom desempenho das funções parentais [...], há muitos casos em que os pais convivem com os seus filhos diuturnamente, mas delegam suas funções de educadores e de encarnação da autoridade a terceiros, desobrigados desta função *ipso facto*, na medida em que não sejam genitores das crianças, mas que assumem de forma derivada uma parcela mais ou menos significativa desta responsabilidade em função de uma relação jurídico contratual, por exemplo. Neste sentido é que se têm [sic] assistido, nas últimas décadas, à tentativa de se transferir à escola, por exemplo, o dever de educação das crianças, quando a estas instituições incumbe tão-somente o *dever de instrução e formação intelectual*. Neste cenário, então, é possível aventar a possibilidade de que filhos de pais casados ou unidos estavelmente por toda a sua vida queiram pleitear de seus pais indenização decorrente de um abandono afetivo configurado por uma omissão no desempenho pleno das funções que se lhes incumbia exercer” (grifos no original). HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>> Acesso em 30 jun. 2012.

da idade do filho para a configuração do abandono³⁵; o pagamento de alimentos (manutenção financeira) como causa de exclusão do abandono afetivo; dentre outras pretensões, só poderão ser afastados ou contemplados diante do caso concreto.

É nesse sentido que se impõe a análise jurisprudencial da realidade brasileira, por se extraírem dela as raízes embrionárias do dano em questão. Porém, cabe salientar que a matéria não se encontra totalmente discutida naquele ordenamento, o que manifesta uma supervalorização da consciência judicial, quer em favor do reconhecimento, quer contrariamente à materialização desse dano³⁶.

Ao que se tem conhecimento, a primeira decisão sobre o tema foi proferida em 16 de setembro de 2003, cujo prolator foi o juiz Mário Romano Maggioni, da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa – Rio Grande do Sul³⁷. Na referida ação, a filha, sob o argumento de abandono material e moral, pleiteou o pagamento de uma indenização de R\$48.000,00

³⁵ Matéria menos divergente, a jurisprudência tem apontado para a não relevância do critério *idade* como elemento necessário à configuração do abandono. No entanto, em termos doutrinários, há uma grande divergência acerca da questão; Maria Celina Bodin defende que não importa a idade para que surja o direito do filho à indenização (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Deveres parentais e responsabilidade civil*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano VII, n. 31, p. 39-66, ago./set. 2005. p. 64), enquanto Maria Isabel Pereira entende que somente os filhos menores de idade têm legitimidade para postular a indenização em análise (COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Família: do autoritarismo ao afeto*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano VII, n. 32, p. 20-39, out./nov. 2005. p. 31).

³⁶ Deve-se a essa situação a grande dificuldade que os tribunais têm ao conceituar o dano não patrimonial, ora visualizando o direito violado (o direito de personalidade/ dignidade humana do filho), ora analisando o dano moral como alteração do estado naturalístico (sofrimentos como tristeza, depressão, angústia, etc., que o filho possa ter sofrido). Nessa última hipótese, torna-se, em alguns casos, uma prova quase impossível de se produzir (esta análise será realizada junto com o estudo do *nexo de causalidade e do dano*).

³⁷ Processo nº 141/1030012032-0.

(quarenta e oito mil reais), que correspondiam a duas vezes o salário mínimo vigente à época. O Ministério Público, ao ser convidado a se pronunciar – por estar em causa interesse de incapaz –, manifestou-se pela extinção do processo, sob o argumento que não se deve condenar alguém pelo desamor. No entanto, em sede de sentença, o juiz decidiu pela procedência do pleito, fundamentando que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos”, nos termos do artigo 22 da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Em certa passagem da sentença, o juiz comparou a rejeição do pai à negatização indevida do nome nos sistemas financeiros de análise ao crédito³⁸.

O caso em apreço, embora prime pela inovação, não fomentou grandes discussões no mundo jurídico, pois “tendo sido o réu revel, não houve recurso, ficando restrita a repercussão”³⁹. A verdade é que a supramencionada decisão só veio a ser conhecida ao se tornar precedente do acórdão proferido em abril de 2004, pela 7.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que, ao reformar a decisão de primeira instância – a qual negava a possibilidade de indenização por abandono afetivo, sob o argumento de que inexistia um nexo de causalidade entre o “abandono” (afastamento do pai) e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos causados ao menor – concluiu que o abandono paterno (mesmo com a manutenção dos deveres materiais “alimentos”), isto é, a privação da convivência paterna ao amparo afe-

tivo, moral e psíquico enseja a um dano que deve ser tido por indenizável, em decorrência do princípio da dignidade humana⁴⁰.

Semelhantemente ao acórdão proferido pelo Tribunal de Minas Gerais, em junho de 2004, o juiz Luís Fernando Cirillo, da 31ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo⁴¹, julgou parcialmente procedente o pedido formulado pela autora, condenando o pai (réu) à reparação por danos morais e materiais (tratamento com despesas médicas e clínicas), mas o absolvendo quanto ao pedido de restituição do valor pago – uma vez que, no caso em análise, os gastos médicos e clínicos foram custeados por terceiro alheio ao processo⁴².

⁴⁰ Acórdão na íntegra, ver: GROENINGA, Giselle Câmara. Op. cit. pp. 423-424.

⁴¹ Processo nº 01.036747-0.

⁴² Trechos da decisão monocrática: “não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto simplesmente pela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, porque também não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra e a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens. A paternidade provoca o surgimento de deveres. Examinando-se o Código Civil vigente à época dos fatos, verifica-se que a lei atribuía aos pais o dever de direção da criação e educação dos filhos, e de tê-los não somente sob sua guarda, mas também sob sua companhia (art. 384, I e II). Há, portanto, fundamento estritamente normativo para que se conclua que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia. A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar. A Perita judicial concluiu que a autora apresenta conflitos, dentre os quais o de identidade, deflagrados pela rejeição do pai (situação de abandono), uma vez que o réu não demonstra afeto pela autora nem interesse pelo seu estado emocional, focando sua relação com a requerente apenas na dimensão financeira, a ponto de considerar normal ter se esquecido da filha. Seu referencial familiar se caracterizou por comportamentos incoerentes e ambíguos, disso resultando angústia, tristeza e carência afetiva, que atrapalharam seu desenvolvimento profissional e relacionamento social. Para que o réu seja condenado a indenizar o dano moral por ele causado à autora não seria necessário que se demonstrasse que o requerido é o único culpado pelos dramas e conflitos atuais da autora, embora afinal não haja prova de nenhuma outra explicação para o estado psicológico

³⁸ Cfr. GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: Danos morais por abandono afetivo. A interdisciplinaridade sintoniza o Direito de Família com o direito à família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.) *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. v. 1. Editora Del Rey: Belo Horizonte, 2005. p. 420.

³⁹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Pais, filhos e danos*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=5294>. Acesso em: 20 nov. 2012.

Cumpra salientar que, dos julgados em análise, conquanto tenham motivado certo debate jurídico e doutrinário – em termos de aumento de trâmites processuais sobre a matéria – não se vislumbrou, dos seus resultados, um incentivo exacerbado à propositura de novas ações. Durante certo tempo, as principais decisões acerca desta problemática ficaram restritas ao eixo Rio de Janeiro-São Paulo⁴³ e Minas Gerais⁴⁴.

Porém, em novembro de 2005, nos autos de determinado recurso especial (Resp. n° 757411-MG) – impetrado pelo pai (réu) no processo já citado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Apelação Cível n° 408.550-5) –, de competência do Superior Tribunal de Justiça, a problemática do abandono afetivo ganhou maiores dimensões e novos contornos. Em termos dimensionais, torna-se patente a aludida mudança, uma vez que as decisões do Superior Tribunal de Justiça, apesar de não vinculantes, alcançam uma esfera nacional em comparação com aquelas decisões emitidas pelos Tribunais estaduais, que, habitualmente, circunscrevem-se ao seu respectivo

limite regional. Já os novos contornos, que na verdade correspondem à manutenção de uma filosofia tradicionalista no Direito de Família, deram-se a partir do posicionamento contrário do Superior Tribunal de Justiça, ao conhecer e dar provimento ao recurso comentado.

Assim, restou definida pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, a impossibilidade de reconhecimento da indenização por abandono afetivo. O relator, Ministro Fernando Gonçalves entendeu que o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e o Código Civil já preveem a perda do poder familiar (ou poder parental) para o caso de abandono, o que conferiria um juízo punitivo, não almejado pelo Direito, nesses tipos de indenizações. Por fim, conclui que ao Judiciário não é conferido o dever de obrigar alguém a amar ou a se relacionar, não trazendo a ação em causa qualquer finalidade positiva⁴⁵.

O presente entendimento residiu por um longo tempo na renomada corte⁴⁶, o que não impediu que no âmbito legislativo a matéria viesse a ser discutida⁴⁷. Aliás, a negativa do Superior Tribunal de Justiça foi amplamente questionada pelas comissões instauradas para analisar a viabilidade jurídica e constitu-

atual da requerente além do abandono afetivo de que foi vítima por culpa do réu. *Basta que se constate, como se constatou, o abandono de responsabilidade do requerido.* (grifou-se). Decisão na íntegra, ver: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=jurisprudencia&id=174>>. Acesso em 21 nov. 2012.

⁴³ Outra decisão que vale a referência foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelação Cível n° 70013801592); neste caso, negou-se, por unanimidade, provimento ao recurso que pretendia modificar a sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito. O relator, desembargador Mário dos Santos Paulo, ao fundamentar, *após distinguir o Direito e a Moral, argumentou que a falta de amor não deve ser apreciada pelo Direito, ou seja, que não há normas que obriguem alguém a dar amor/afeto, sendo uma situação de viés moral. Em um dos trechos, salienta que admitir esse tipo de dano é abrir as portas para uma “indústria do dano moral”* (grifou-se).

⁴⁴ Cfr. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – Além da obrigação legal de caráter material.* Disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Giselda_resp2.doc>. Acesso em 20 nov. 2012.

⁴⁵ Recurso Especial n° 757411-MG. Ministro Relator Fernando Gonçalves. Ementa: Responsabilidade Civil. Abandono Moral. Reparação. Danos Morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido (íntegra do acórdão disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006>. Acesso em 21 nov. 2012).

⁴⁶ Vide: Recurso Especial 514350/SP (2003/0020955-3). Ministro Relator Aldir Passarinho Júnior. Data da Publicação 25/05/2009.

⁴⁷ Projeto de Lei n.º 700/2007 (senador Marcelo Crivella); Projeto de Lei n.º 4.294/2008 (deputado Carlos Bezerra).

cional dos projetos que previam o abandono afetivo. É dizer-se: iniciavam-se aí os eventos que apontavam para uma árdua batalha entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

A verdade, entretanto, é que não foi esse o caminho que se seguiu, já que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no início de 2012, ao se manifestar sobre a problemática (Recurso Especial n.º 1.159.242 – SP (2009/0193701-9), entendeu pela possibilidade de se responsabilizar os pais pelo abandono afetivo dos filhos. A ministra relatora Nancy Andrighi, fundamentou o seu voto no *dever de cuidar*, dever, este, que, segundo ela, poderá ser perfeitamente extraído da relação paterno/materno-filial⁴⁸. Logo, dessa omissão dos pais resultarão danos, possivelmente reparáveis, ao filho⁴⁹.

⁴⁸ Recurso Especial n.º 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Relator: Ministra Nancy Andrighi. Ementa: Civil e Processual Civil. Família. Abandono Afetivo. Compensação por Dano Moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

⁴⁹ No presente caso, a ministra ainda ressaltou um outro importante fato, nomeado por ela de “*filha de segunda classe*”. Tal

Enfim, embora os tribunais portugueses ainda não tenham sido defrontados com a problemática em questão, constata-se da experiência jurisprudencial brasileira um encadeamento de raciocínio que aponta para o levantamento de algumas premissas, as quais, pode-se dizer, contextualizam o abandono afetivo como dano. Portanto, conclui-se: i) que nas hipóteses de separação, divórcio e dissolução da união estável se encontra o campo mais fértil para a possível ocorrência do abandono afetivo⁵⁰; ii) que o fator idade não será relevante à configuração do dano, bastando, para tanto, que se verifique o abandono afetivo na constância do exercício das responsabilidades parentais. Todavia, é importante notar que, com o fim das responsabilidades parentais, inicia-se o prazo prescricional (artigo 318.º, alínea b’, do Código Civil)⁵¹, o qual, com base no ordenamento jurídico português, se extingue em três anos (artigo 498.º, número 1, primeira

situação é oriunda das dificuldades sentimentais da prole ao ter que conviver com condições desiguais àquelas oferecidas aos filhos posteriores (de outra relação) do genitor, mesmo diante da “evidente” presunção de paternidade e até depois de seu reconhecimento judicial (cfr. <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 22 nov. 2012).

⁵⁰ Assim, pode ser imputado ao não guardião, por exemplo, a responsabilidade pelos danos oriundos de afastamento decorrente da despreocupação com a educação da prole, tendo em vista ou a sua própria posição falha na conformação do casal parental ou em razão da assunção de novas obrigações familiares em face da reconstrução de sua vida conjugal com terceira pessoa, o que o afasta do primeiro lar conjugal de forma indiscutivelmente prejudicial. Nessa última hipótese, o que costumeiramente pode acontecer é o fato de que o genitor não guardião acaba por confundir o casal conjugal primitivo – e agora desfeito – com o casal parental (relação, esta, que, diferentemente daquela, marca-se pela perenidade e indissolubilidade). HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, op. cit. p. 5.

⁵¹ A emancipação, prevista no artigo 132.º, combinado com o artigo 133.º, ambos do Código Civil português, é uma causa de extinção das responsabilidades parentais (artigo 1877.º do Código Civil). Nessa hipótese, o prazo prescricional começará a correr da publicação da sentença que concedeu a emancipação.

parte, do Código Civil)⁵²; iii) que a responsabilidade dos pais não se resume exclusivamente ao dever de alimentar – logo, mesmo que arque com as obrigações alimentares, caso não cumpra com os outros deveres inerentes à sua condição de genitor(a), este(a) poderá incorrer na prática do referido dano⁵³; iv) que embora não se possa afirmar que do tratamento diferenciado entre filhos resulte o dano afetivo, a flagrante desproporcionalidade nessas relações ensejam em um indício de abandono para a parte excluída.

3. A adequabilidade do “dano afetivo” aos elementos da responsabilidade civil não patrimonial

Com base em tudo que foi estudado, cumpre desenvolver o tema em análise em torno dos pressupostos da responsabilidade civil, como forma de poder concluir pela (im)possibilidade de se imputar uma obrigação àquele que não contribuiu para o desenvolvimento da personalidade de sua prole. Esse dano, embora não possa ser caracterizado como um fenômeno recente, a sua imputação, na esfera dos danos não patrimoniais, é de todo controversa, o que resulta, na prática, que o dano

⁵² A segunda parte do artigo em questão invoca a análise da situação em que o filho não tem conhecimento de quem é o seu pai ou a sua mãe. Assim, caso o responsável só venha a ser descoberto (com o fim das responsabilidades parentais) após o prazo de três anos, impõe o supracitado artigo que a regra aplicada seja a da prescrição ordinária (artigo 309.º do Código Civil), a contar do fato danoso – o dano afetivo caracteriza-se por ser um dano com efeitos continuados (dano não patrimonial continuado), em que seus atos se prologam pelo tempo, ou seja, o prazo prescricional deverá ser contado a partir do último ato praticado, que, no caso em tela, coincidirá com o fim das responsabilidades parentais.

⁵³ Somente a partir de uma visão reducionista se poderia compreender que os deveres dispostos aos pais em favor dos filhos (deveres de guarda, educação, promoção e desenvolvimento da sua personalidade), compreenderiam uma característica exclusivamente patrimonial. SCHREIBER, Anderson. Op. cit. p. 180.

afetivo raramente seja concedido pelos juristas, já que, por vezes, se deturpa o verdadeiro dever jurídico violado pelo lesante.

Dessa forma, para que se possa falar na caracterização em responsabilidade civil por abandono afectivo, é essencial a sua adequabilidade diante dos pressupostos necessários à caracterização da responsabilidade civil não patrimonial. No entanto, essa simples tarefa ganha complexos contornos quando confrontada com as relações familiares.

3.1. Do fato voluntário e ilícito: da violação do dever jurídico de cuidado

Deve-se conceber, preliminarmente, que o *fato voluntário*⁵⁴ sucederá da *omissão do dever jurídico de cuidado*. Reconhece-se, nesse sentido, a ideia de livre exercício das ações humanas e a responsabilidade civil do agente pelos ônus correspondentes de sua escolha, pois aqueles que concorrem para a concepção ou a adoção de um filho comprometem-se a arcar com as responsabilidades de suas opções⁵⁵.

⁵⁴ Trata-se de um elemento básico da responsabilidade civil, pois compreende a *vontade* do agente. Este fato poderá ser manifestado de forma positiva, quando o agente violar um dever geral de abstenção, ou negativa, nas hipóteses em que há um dever jurídico especial de não praticar determinado ato, sob pena de resultar a violação. Para Antunes Varela, o fato do agente é “um facto *dominável* ou *controlável* pela vontade, um *comportamento* ou uma *forma de conduta humana* [...]”. Quando se alude a facto *voluntário* do agente, não se pretende restringir os factos humanos relevantes em matéria de responsabilidade aos actos *queridos*, ou seja, àqueles casos em que o agente tenha prefigurado mentalmente os *efeitos* do acto e tenha agido em vista deles. Há, pelo contrário, inúmeros casos (a começar pela chamada *negligência inconsciente*) em que não existe semelhante *representação* mental e, todavia, ninguém contesta a obrigação de indemnizar. Os actos danosos praticados por *distração* ou por falta do auto-domínio normal não deixam de constituir o agente em responsabilidade” (grifos no original). VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 10ª ed. v. I. Coimbra: Almedina, 2000. pp. 527-529.

⁵⁵ “Homens e mulheres podem ‘conscientemente exercer seus direitos de liberdade sexual, o que implica a assunção de

O dever dos pais de zelar pela viabilidade, intelectual, material e, principalmente, pela saúde psicológica de sua prole é compreendido como um dever do qual não se pode eximir. Posto isso, estar-se-á perante um caso de não cumprimento (*non facere*), pelo genitor, de uma ação positiva (*facere*) em favor do sujeito passivo (filho) que, nesse caso, se perfaz através do dever de cuidar.

Nessa senda, desenvolve-se, imperativamente, a necessidade da colocação do *não cuidado* como fato a ser qualificado como *ilícito*⁵⁶. Os estudos das diversas ordens jurídicas demonstram que a previsão da ilicitude do fato nem sempre se encontrará tipificada a nível legislativo, podendo ser realizada através de “processos técnicos os mais diversos e, em maior ou menor medida, entregue à jurisprudência”⁵⁷.

Com efeito, hodiernamente, no âmbito do direito comparado, destaca-se a designação de dois sistemas. O primeiro caracteriza-se por contemplar uma ilicitude pautada no sistema de cláusula geral, não determinando a nível legislativo os bens jurídicos cujas lesões causam responsabilidade; é o caso do direito francês, que, nos termos do artigo 1382º do *Code Civil*, remete o dever de limitação da ilicitude à apreciação do julgador⁵⁸. Oposto a essa realidade, encontra-se o outro sistema, que, com base num

critério de tipicidade das condutas ilícitas, prevê cláusulas gerais limitadas; este é o caso do modelo alemão, § 823, I e I, combinado com § 826, todos do BGB, o qual tipifica as situações que, uma vez ocorridas, ensejam a obrigação de indenizar^{59 60}.

O ordenamento jurídico português, em comparação aos sistemas mencionados, assemelha-se ao alemão, mas se caracteriza por ser mais abrangente, uma vez que o § 823, I, do BGB só se refere a alguns direitos, enquanto no artigo 483.º do Código Civil lusitano essa esfera de proteção é ampliada a todo e qualquer direito subjetivo⁶¹. Por esse motivo, defende Sinde Monteiro que a lei portuguesa adotou um sistema intermediário⁶².

Assim, resume-se: o fato será considerado ilícito quando se dê a *violação de um direito de outrem* – nos termos da doutrina majoritária, os direitos subjetivos aqui compreendidos são os direitos absolutos – ou se *desrespeite uma norma de proteção* (artigo 483.º do Código Civil), ou, ainda, no caso de *abuso do direito* (artigo 334.º do Código Civil) – no que toca à responsabilidade aquiliana (ou delitual),

⁵⁹ Ibid. pp. 291-292. O Direito alemão tipifica os fatos ilícitos em três especificadas variantes: “em primeiro lugar, estabelece-se a responsabilidade do agente pelos danos causados se este, com dolo ou negligência, lesou ilicitamente a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito (§ 823 I BGB). A mesma responsabilidade ocorre no caso de se ter violado culposamente uma lei dirigida à proteção de outrem (§ 823 II BGB). Finalmente, estabelece-se a responsabilidade no caso de violação dos bons costumes, exigindo-se, aqui, porém, que o agente tenha actuado com dolo (§ 826 BGB). Ibid. p. 292.

⁶⁰ Antigamente o sistema predominante era o da tipicidade do ilícito (*Tatbestände*); com o advento das codificações modernas, influenciadas, em sua maioria, pela doutrina jusnaturalista, tornou-se majoritária a adoção do sistema geral de ilicitude, “segundo a qual aquele que ilícita e culposamente causa um dano é obrigado a repará-lo”. MONTEIRO, Sinde Ferreira Jorge. Op. cit. p. 175.

⁶¹ LETTÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Op. cit. pp. 292-293.

⁶² MONTEIRO, Sinde Ferreira Jorge. Op. cit. p. 175.

responsabilidade – deveres – resultantes das consequências do exercício’ dessa liberdade”. BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit. p. 94.

⁵⁶ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 175.

⁵⁷ Ibid. p. 175.

⁵⁸ “No direito francês (artigo 1382º) a responsabilização do agente apenas requer a causação de um dano a outrem através de uma *faute*, expressão ampla que abrange simultaneamente o facto voluntário, a ilicitude e a culpa, mas que normalmente é apreciada globalmente a partir da simples avaliação do facto com base em considerações de ordem moral ou social”. LETTÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. v. 1. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 292.

ainda se inclui nesse rol a regulamentação especial de algumas tutelas, tais quais: o artigo 484.º (ofensa ao crédito ou ao bom nome) e o artigo 485.º (conselhos, recomendações ou informações).

Para a construção do *não cuidado* como um ilícito civil, deve-se, inicialmente, atentar para o fato dos direitos familiares pessoais (*e.g.*, poder parental) não serem qualificados pela doutrina como autênticos direitos subjetivos⁶³, – é dizer: direitos dos quais se possa “exigir de outrem um certo comportamento no interesse do credor”⁶⁴ –, mas sim *poderes-deveres*, *poderes funcionais*, ou, nos dizeres de Capelo de Sousa, *direitos funcionais*⁶⁵. Deste modo, entende-se que esses direitos “devem ser exercidos do modo exigido pela função do direito. Se não forem exercidos quando deviam sê-lo, ou forem exercidos de outro modo, o seu titular infringe um dever jurídico e é passível de sanções (*v.g.* inibição das responsabilidades parentais)”⁶⁶.

Consequência lógica do raciocínio acima, o não cumprimento do dever de cuidado, por ser uma contraposição ao cumprimento dos deveres integrantes das responsabilidades parentais (verdadeiro *poder-dever*), não resultaria na possibilidade do filho

(credor) exigir o seu cumprimento – “[e]m virtude do princípio geral de que ninguém pode ser obrigado a um certo comportamento positivo”⁶⁷ – nem mesmo obter uma indenização, já que, embora com o não cumprimento o titular infrinja um dever jurídico, pela natureza do direito em questão, a única sanção prevista seria a inibição das responsabilidades parentais.

É nesse sentido que se tenta afastar a possibilidade de se imputar ao lesante a sua responsabilização civil proveniente da omissão ao *dever de cuidado*, ao passo que esses deveres pessoais familiares (*e.g.* exercício das responsabilidades parentais) possuiriam uma fragilidade em sua garantia ao compará-los com os deveres em geral. Isso quer dizer que os deveres pessoais familiares não ocasionam uma sanção organizada para o caso de não cumprimento dos respectivos deveres, o que, para alguns, indubitavelmente, afastaria a possibilidade de se arguir civilmente os danos não patrimoniais resultantes do ato de *não cuidar*⁶⁸.

De outro modo, mesmo diante do contexto familiar, vislumbra o ilustre professor Capelo de Sousa a possibilidade de ocorrência de lesões aos direitos de personalidade dos integrantes do seio familiar, que poderão sobrevir não só através atos de terceiros, mas também dos próprios atos emanados pelos membros desse núcleo afetivo. Nes-

⁶³ Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. pp. 178-179.

⁶⁴ LEITE DE CAMPOS, Diogo. Op. cit. p. 139.

⁶⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Teoria geral do direito civil*. V. I. Coimbra Editora: Coimbra, 2003. p. 185.

⁶⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit. p. 179. “Os direitos familiares pessoais são direitos a que não se ajusta a noção tradicional de direito subjectivo. Não são direitos que o seu titular possa exercer *como queira*. Pelo contrário, o seu titular é *obrigado* a exercê-los; e é obrigado a exercê-los *de certo modo*, do modo que for exigido pela função do direito, pelo interesse que ele serve. Os direitos familiares pessoais são irrenunciáveis, intransmissíveis (*inter vivos e mortis causa*), e são direitos cujo exercício é controlado objetivamente (legalmente)” (grifos no original). Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. Op. cit. p. 153.

⁶⁷ LEITE DE CAMPOS, Diogo. Op. cit. p. 141.

⁶⁸ Ibid. p. 141-142. Como se sabe, a garantia é um elemento potencialmente existente em todos os direitos, uma vez que, existindo um direito susceptível de ser exercido, materializa-se através da oposição à violação pelo titular. Nessa senda, para esta a doutrina da fragilidade da garantia, as relações familiares, de forma autônoma, não serão ensejadoras de responsabilidade civil não patrimonial, ou seja, só se falará em danos não patrimoniais no Direito de Família quando o ato, em si mesmo, independentemente do contexto familiar, possa ser qualificado como ilícito.

sa senda, diferentemente da doutrina em geral⁶⁹, justifica o enquadramento dos direitos funcionais na estrutura dos direito subjetivo em sentido amplo ao identificar em ambos direitos alguns institutos jurídicos que lhe são comuns, como, por exemplo, a responsabilidade civil extracontratual⁷⁰.

Nesse contexto, invoca o mencionado autor a possibilidade da responsabilização civil (artigo 483.º, n.º 1, c/c 496.º, n.º 1) do terceiro que viole os direitos funcionais dos pais (*v.g.*, direito de educar seus filhos), desde que desta lesão se possa constatar um dano apreciável aos interesses dos pais lesados – “tais direitos funcionais integrarão o direito geral de personalidade dos pais, nomeadamente os direitos à sua estrutura sentimental e ao desenvolvimento da sua personalidade”⁷¹. Por outro ângulo, no que se poder entender como responsabilização por abandono afetivo, Capelo de Sousa assevera que “os direitos dos filhos ou dos pupilos (*v.g.*, à educação por seus pais ou tutores), correspondentes aos poderes-deveres dos pais ou tutores, são em geral direitos *subjectivos propriamente ditos de personalidade, com conteúdo positivo, que exigem a acção do titular do dever e abstenção de terceiros. Assim, a violação daqueles direitos por uns ou por outros implica responsabilidade civil extracontratual* (arts. 70.º, n.º 2, 483.º, n.º 1, e 1945.º, n.º 1), a favor dos filhos ou pupilos”⁷².

Portanto, com base na estrutura dos deveres jurídicos contidos nas relações existenciais de personalidade, conclui-se que a violação do dever jurídico de cuidado, sob a forma de omissão, consubstancia-

rá na ocorrência de uma ilicitude civil, por *violação de um direito absoluto de outrem*, qual seja, o direito de desenvolvimento da personalidade do filho, em especial de sua *integridade físico-psíquica*. Essas categorias de direitos, analisadas sob o ponto de vista dos filhos, são denominadas de *direitos subjetivos de personalidade*, uma vez que aos pais serão impostas obrigações (reais e intelectuais) para que a personalidade do filho seja completada ou protegida⁷³.

3.2. Do nexó de imputação do fato ao agente e o estudo das causas que excluem a culpa do(a) genitor(a)

Fixada a ilicitude, passa-se à análise do nexó de imputação do fato ao agente, ou seja, a dimen-

⁷³ Ibid. p. 187. Sob a égide de seu caráter absoluto, os direitos de personalidade, no domínio do sujeito ativo, impõem aos demais sujeitos verdadeiros deveres de respeito diante das inumeráveis relações subjetivas existenciais. Efetivamente, por não se tratar de obrigações naturais, atribui-se, ao sujeito passivo, a necessidade de observar determinados comportamentos para evitar a violação desta categoria de bens essenciais – “no lado passivo das relações de personalidade encontramos autênticos *deveres* jurídicos, e não *sujeições*, na medida em que os sujeitos passivos dessas relações têm a alternativa prática de poder optar entre uma conduta *lícita*, a de cumprirem o comando legal em causa, e outra *ilícita*, a de não cumprirem o referido comando, expondo-se neste último caso à aplicação das respectivas sanções legais”. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. pp. 419-420.

Assim, poder-se-á afirmar que os deveres jurídicos aplicáveis ao sujeito passivo preexistentes na estrutura dessas relações de personalidade traduzem-se ora em dever jurídico de *abstenção* (*non facere*), ora num dever jurídico de *ação* (*facere*). Ibid. p. 420. É exatamente no *dever de ação* – como a própria denominação indica, identifica-se, este dever, com as situações existenciais que exigem do sujeito passivo um comportamento ativo para o desenvolvimento da personalidade do titular; este dever destaca-se pela contraposição à *omissão*, sendo que, para se falar em responsabilização civil do omissor, além dos pressupostos legais do referido instituto, deverá, ainda, estar presente a obrigatoriedade do comportamento positivo, através da lei ou do negócio jurídico (Ibid. p. 423) – que se concentra o estudo da responsabilidade civil por abandono afetivo, uma vez que o sujeito ativo (filho) exige dos sujeitos passivos (genitores) um comportamento ativo, previsto em lei, para o desenvolvimento da sua personalidade.

⁶⁹ Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit. p. 179; e LEITE DE CAMPOS, Diogo. op. cit. p. 139.

⁷⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit. p. 186.

⁷¹ Ibid. p. 186.

⁷² Ibid. pp. 186-187 (grifou-se).

sionar a culpa ou o dolo do lesante⁷⁴. Essa tarefa, a cargo do magistrado, deverá ser constatada diante das circunstâncias que permeiam o distanciamento afetivo entre pais e filhos.

Inicialmente, cumpre averiguar-se a capacidade delitual do agente, uma vez que a sua conduta só poderá ser reprovada nos casos em que os progenitores estiverem em suas perfeitas condições mentais de discernir e apreciar o caráter ilícito de seus atos (artigo 488.º, n.º 1, do Código Civil)⁷⁵. Note-se que, por ser o abandono afetivo um dano que se manifesta durante toda a infância/adolescência, a incapacidade transitória, ou mesmo aquela incapacidade definitiva que se dê após um grande lapso de abandono, não excluirá a culpabilidade do lesante, cabendo a ele responder pelos danos praticados ao tempo que era lúcido.

Nessa senda, não resultarão em dano os simples atos de disposição de liberdade como o divórcio, separações temporárias, constituição de novas famílias, dentre outras alterações sociais decorrentes da vida dos genitores. Tais situações se encontram na esfera do direito potestativo dos pais, pois “quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*qui iure suo*

utilitur neminem laedit)”⁷⁶.

Da mesma forma, assevera-se, ainda, que não poderão os pais ser responsabilizados quando ocorrerem situações que justifiquem o ato omissivo (exemplos: alienação parental, distâncias geográficas, empecilhos financeiros ou de trabalho, etc.)⁷⁷. Porém, cumpre observar que, para se falar em inibição das responsabilidades parentais (perda das responsabilidades parentais) como causa justificativa do ato omissivo, deve-se analisar a causa que precedeu a inibição. Assim, com base no artigo 1913.º, alíneas a), b) e c) do Código Civil, extrai-se que somente no caso da interdição e inabilitação por anomalia psíquica (alínea b)) o juiz poderá afastar, liminarmente, a culpabilidade do agente, uma vez que, conforme já estudado, a inimputabilidade será uma excludente da culpabilidade. Já nas outras duas hipóteses, dependerá de uma análise aprofundada do caso concreto pelo magistrado, pois o próprio motivo da usurpação do poder fundamentará a possível ação de danos não patrimoniais por abandono afetivo⁷⁸. Aliás, não se pode

37

⁷⁴ “A distinção entre a culpa intencional ou dolo e a culpa por negligência não tem no direito civil uma importância tão fundamental como no direito penal, já que a mera culpa ou negligência gera em regra o dever de indemnizar” (grifos no original). MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Rudimentos da responsabilidade civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. p. 370.

⁷⁵ “Para que o agente possa ser censurado pela prática de facto ilícito é em primeiro lugar necessário que possua capacidade delictual (imputabilidade), a avaliar em concreto, tendo em conta a personalidade do agente e o acto em causa. Em consonância com o espírito do n.º 1 do art. 488.º, requer-se que o agente tenha a capacidade natural para discernir e apreciar o carácter ilícito do seu acto (elemento intelectual), bem como a facultade de dirigir o seu comportamento de acordo com essa avaliação (elemento volitivo)”. *Ibid.* p. 369.

⁷⁶ (Grifos no original) STJ. Recurso Especial. Processo n.º 1.159.242 – São Paulo (2009/0193701-9), Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data da Publicação: 10/05/2012.

⁷⁷ “Assim, não se há falar em culpa do não guardião sempre que se apresentarem, por exemplo, fatores que o impedem de conviver com o filho, como no caso da fixação do domicílio em distância considerável, que encareça os deslocamentos a fim do cumprimento do dever de educar e conviver, mormente em hipóteses de famílias menos abastadas econômico-financeiramente, assim como na hipótese de doença do genitor que, a bem dos filhos, prefere se afastar para não os colocar em situação de risco, além, ainda, da comum hipótese de não se saber se, realmente, este suposto incumprimento é imputável à própria omissão do genitor não-guardião ou aos obstáculos e impedimentos por parte do genitor guardião”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, op. cit. p. 8.

⁷⁸ O fato de o pai (ou a mãe) vir a ser condenado(a), definitivamente, por crime (alínea a) – “e que são, nomeadamente, os crimes contra a liberdade sexual e contra a autodeterminação sexual, nos termos dos arts. 163.º-176.º e 179.º do CP; ou de violência doméstica, à luz do art. 152.º, n.º 6, do CP” – (PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. Lições destinadas ao 3º ano

esquecer que “a inibição só deve ter lugar nos casos mais graves de desrespeito pelo cumprimento dos aludidos deveres *porque a sua carga negativa envolve o perigo de danos afectivos e morais graves*”⁷⁹ ao filho^{80 81}.

do curso de licenciatura em Direito. Lisboa: aafdl, 2008. p. 321) que a lei atribua a inibição do poder parental, pode ser tido como elemento para fundamentar o juízo de reprovabilidade/censurabilidade da conduta do agente, uma vez que o lesante terá agido de forma oposta daquela prevista pelo direito através dos poderes funcionais que lhe são concedidos. Da mesma forma, a ausência (alínea c), desde que o agente não seja declarado presumidamente morto (artigo 114.º do Código Civil), poderá fundamentar o *não cumprimento do dever de cuidado*; para tanto, basta imaginar-se a situação em que o(a) genitor(a), deliberadamente se coloque nesse estado, com o único propósito de não prestar os cuidados que a lei lhe impõe. A ausência, neste caso, será o ato omissivo caracterizador do dano afetivo.

⁷⁹ LEANDRO, Armando. Poder Parental. In: *Temas de direito da família*. Ciclo de conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Coimbra: Almedina, 1986. p. 134. Grifou-se.

⁸⁰ A inibição parental não desonera o(a) genitor(a) de arcar com a manutenção dos alimentos em favor dos filhos, vide artigo 1817.º do Código Civil.

⁸¹ A limitação ao exercício das responsabilidades parentais, prevista no artigo 1918.º do Código Civil, não excluirá a culpabilidade do agente, já que os pais conservam as responsabilidades parentais em sua integralidade, ressalvados, contudo, aqueles *poderes-deveres* que colidam com a providência determinada pelo Tribunal (artigo 1119.º, n.º 1, do Código Civil). Note-se que, segundo o artigo 1119.º, n.º 2, do Código Civil, se o menor estiver confiado a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência, os pais poderão visitar o filho, a menos que, excepcionalmente, o interesse do filho desaconselhe.

Outra situação relevante encontra-se prevista na Lei n.º 147/99 (Lei de protecção de crianças e jovens em perigo) que concede a possibilidade de intervenções e aplicações de medidas, com fim de promoção dos direitos e de protecção ao menor, pelas Comissões de Protecção de Menores e pelos Tribunais. Essas intervenções serão legítimas quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de fato ponham em perigo a saúde, segurança, formação, educação, o desenvolvimento do filho (artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 147/99). As medidas de promoção e protecção encontram-se disciplinadas no artigo 35.º, podendo ser aplicadas sempre que comprovada a situação de *perigo* (artigo 3.º, n.º 2, alíneas a), b), c), d) e) e f), da Lei n.º 147/99). Da mesma forma que ocorre na limitação ao exercício das responsabilidades parentais, a decretação destas medidas não acarreta a perda das responsabilidades parentais; assim, além de não excluir a culpabilidade, pode ser prova a favor do abandono afetivo. No entanto, excepcionalmente, poderá o tribunal confiar o menor a pessoa selecionada para adoção ou a determinada instituição, com vista a futura adoção (artigo 35.º, alínea g), da Lei n.º 147/99). Essa hipótese dará ensejo a um processo de adoção e, consequentemente, a inibição das responsabilidades parentais (cfr. processo n.º 700/08.TMPRT.P1. Relatora. M. Pinto dos Santos. Tribunal da Relação do Porto. Data. 13/10/2009. Disponível em <www.dgsi.pt/jtrc>. Acesso em 27 nov.

Como se vê, todas essas circunstâncias (e várias outras) deverão ser colocadas em causa pelo juiz no momento de realizar o juízo de reprovabilidade/censurabilidade da conduta do lesante. Como cediço, hodiernamente, o conceito largamente adotado pela doutrina – ainda que sujeito a algumas críticas⁸² – se insere na concepção de *culpa in abstracto* (ou *culpa normativa*)⁸³, fundando-se “em um juízo normativo entre a conduta concreta do sujeito e o modelo abstrato de comportamento”⁸⁴. Portanto, não caberá ao juiz analisar a culpa sob o enfoque do comportamento habitual do agente, valer-se de elementos psicológicos (anímicos), característicos de uma avaliação moral e subjetiva da conduta individual⁸⁵, mas sim, pautar-se num padrão de conduta, no *bonus pater familias* (*homem médio ou homem-padrão*)⁸⁶.

Atento a essa tendência doutrinária⁸⁷, o legislador português adotou o critério da culpa *in abstracto*

2012). Observa-se, porém, que essa medida de “nada tem a ver com as demais medidas previstas nesta Lei, que visam preservar os laços com a família biológica e, não, como no processo de adoptabilidade, a extinguir essa relação biológica”. BORGES, Beatriz Marques. *Protecção de crianças e jovens em perigo*. 2.ª ed. Comentários e Anotações à Lei n.º 147/99 de 1 de Setembro. Coimbra: Almedina, 2011. p. 149.

⁸² Cfr. BUSSANI, Mauro. *As peculiaridades da noção de culpa*. Um estudo de direito comparado. Trad. Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pp. 9-164; JORGE, Fernando Pessoa. *Direito das Obrigações*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. 1975/76. pp. 539-559.

⁸³ SCHREIBER, Anderson. Op. cit. p. 35.

⁸⁴ Ibid. p. 35.

⁸⁵ Ibid. p. 14. Trata-se da *culpa in concreto*, criticada por Sínde Monteiro, uma vez que “a utilização desse critério levanta objeções sérias. Se o agente tem o hábito de se conduzir de maneira imprudente, descuidada ou negligente, não lhe será imputada culpa quando uma conduta semelhante à que costuma adoptar causa um dano a outrem, já que ele se comportou normalmente. Inversamente, aquele que sempre mostrou a maior prudência seria responsável pelo mais pequeno deslize à sua conduta habitual”. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sínde. Rudimentos da responsabilidade civil, op. cit. p. 371.

⁸⁶ No sistema da *common law* é conhecido como *reasonable man*.

⁸⁷ Sobre a evolução do pressuposto culpa, ver: SCHREIBER, Anderson. Op. cit. pp. 9-51.

no artigo 487.º, n.º 2, do Código Civil, ao disciplinar que, na ausência de critério legal, a culpa será apreciada pela diligência de um *bom pai de família*. Logo, para se constatar a culpa do(a) genitor(a), bastará ao juiz averiguar se, dentro da relação de filiação, existiu “*um núcleo mínimo de cuidados parentais com o que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social*”⁸⁸.

Diante do exposto, a figura do homem médio, a cargo da consciência judicial⁸⁹, será delineada em torno da imagem do pai (ou da mãe) que cumpre, a partir da análise de condutas objetivas, o *mínimo de cuidados parentais* – preserva a integridade *físico-psíquica*⁹⁰ dos filhos –, cuidados, estes, impostos pela lei, em virtude de seu dever jurídico de cuidar – deveres sujeitos àqueles que decidem ser pais.

3.3. Do nexo de causalidade

Vencidos alguns pressupostos, avança-se ao estudo do nexo de causalidade, que, talvez, se caracterize por ser o elemento mais complexo à configuração do dano ora em estudo⁹¹. Nesse sentido,

⁸⁸ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo n.º 1.159.242 – São Paulo (2009/0193701-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data da Publicação: 10/05/2012. Grifou-se.

⁸⁹ “Na construção de tais modelos, as cortes não se têm baseado tão somente na consciência judicial, mas se socorrido, saudavelmente, de parâmetros externos. [O]s magistrados têm buscado recursos na sociedade para a formação dos *standards* de conduta, valendo-se, por exemplo, de diretrizes emitidas por associações profissionais, de código de conduta especializados mesmo desprovidos de valor normativo, da oitiva de assistentes judiciais especializados”. SCHREIBER, Anderson. Op. cit. p. 42.

⁹⁰ Expressão utilizada por CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Direito Geral de Personalidade*, op. cit. p. 214.

⁹¹ “Com efeito, ainda que comprovada a culpa do genitor que assume conduta omissiva e abandona afetivamente a sua prole e ainda que a perícia psicológica consiga detectar e esclarecer os danos sofridos

cumprir lembrar os argumentos que sustentam a *teoria da causalidade adequada* – uma vez que esta é a teoria adotada pelo Código Civil português, artigo 563.º – como forma de estabelecer um liame entre o abandono culposo e o dano sofrido pelo filho⁹².

Dessa forma, busca-se, com o estudo da causalidade, a verificação de um elo entre os dois eventos,

pelo filho abandonado, bem como a sua extensão, mais difícil será estabelecer o necessário nexo de causalidade entre o abandono culposo e o dano vivenciado”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, op. cit. p. 9.

⁹² Para que surja, ao agente, a obrigação de indenizar, será necessário que o dano oriundo do ilícito seja um resultado direto ou uma consequência possível do fato: trata-se da causa e efeito entre o evento danoso e a conduta voluntária do agente. Para a análise deste pressuposto, é necessário remeter-se a uma ideia geral sobre *causalidade*. Assim, em apertada síntese, podem-se destacar duas construções doutrinárias: a *teoria da equivalência das condições* (ou *conditio sine qua non*) e a *teoria da causalidade adequada*. A primeira, elaborada por Von Buri, criminalista alemão do século XIX, defende que não existe distinção entre causa e condição. Portanto, todos os antecedentes que concorreram para a prática do delito serão relevantes, ou seja, tudo se equivalerá: “[s]uponhamos, de facto, que o motorista de táxi contratado para transportar o cliente, a certa hora, à estação do caminho de ferro, falta ao cumprimento da obrigação; por virtude disso, este é forçado a tomar um outro comb[o]io, que descarrila, provocando o descarrilamento a morte do passageiro [...]. Tanto num caso, como nos outros (e inúmeros exemplos deste tipo oferece a experiência a cada passo), o facto ilícito do devedor ou do agente pode ser apontado como *condição* do dano registado (a morte do passageiro do táxi ou da vítima do acidente; a perda do negócio). E, todavia, repugna ao sentimento comum de justiça incluir esse dano no balanço da indemnização a cargo do responsável” (grifo no original). VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit. pp. 883-884. Já para a segunda teoria, formulada por Von Bar e Von Kries, adotada pelo ordenamento português, causa será aquele antecedente necessário e adequado para a produção do resultado; dessa forma, nem todas as condições que concorrem para o resultado poderão ser tidas como causas do evento danoso: “[o] pensamento fundamental da teoria é que, para impor a alguém a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem, não basta que o *facto* praticado pelo agente tenha sido, *no caso concreto*, condição (s.q.n.) do dano; é necessário ainda que, *em abstracto ou em geral*, o facto seja uma *causa adequada* do dano. Pode, assim, a falta do táxi à hora aprazada ter sido, em certo caso real, a *condição* da morte do cliente (credor da respectiva prestação de serviço), que de outro modo, seguramente, não teria utilizado o comboio que descarrilou. Apesar disso, a falta do devedor não será considerada a *causa* do dano registado se, como parece incontestável, ela não puder ser apontada, *em abstracto*, como *causa adequada* desse dano” (grifos no original). Ibid. p. 889.

na medida em que um represente a consequência do outro. Não há dúvida de que o que se pretende é a comprovação, de ordem natural, de que o ato ilícito praticado foi adequado (suficiente) à concretização do evento danoso⁹³. Assim, devem-se extrair da conduta ilícita praticada pelo(a) genitor(a) – o não cumprimento do *dever jurídico de cuidado* – as consequências lesivas (danos) que serão suscitadas pelo filho.

A causalidade adequada assenta-se num princípio de normalidade, uma vez que se imputam ao agente as consequências, “segundo o estado da ciência e da técnica”, que são “normais” àquele resultado⁹⁴. A ideia de normalidade não se encontra diretamente relacionada com um mero juízo de previsibilidade, mas sim com um juízo objetivo de probabilidade que será exercido pelo juiz, através das circunstâncias efetivamente conhecidas pelo lesante, bem como aquelas, embora alheias ao conhecimento do lesante, que possam ser cognoscíveis ou reconhecidas, ao tempo da lesão, por um observador experimentado, ou seja, circunstâncias que o agente deveria conhecer por experiência da vida⁹⁵ (prognose posterior objetiva)⁹⁶.

Portanto, é perfeitamente compreensível (“normal”) que o não cumprimento do dever de cuidado pelos progenitores seja *causa adequada* à violação

dos direitos de personalidade do filho, em especial da sua integridade psicológica. No entanto, não se deve olvidar que uma série de outras situações existenciais também poderá causar tais danos à esfera pessoal do indivíduo; a título de exemplo, basta pensar-se nos danos causados pelo *bullying*. Assim, manifesta-se de suma importância a comprovação do dano afetivo a partir de um laudo de um especialista que qualifique, especificadamente, as patologias psíquicas (ou eventualmente físicas) e as vincule, no todo ou parcialmente, aos descuidos por parte do pai (ou da mãe)⁹⁷. Trata-se de um requisito essencial para separar as *condições* do dano da *causa* que verdadeiramente produziu o resultado.

Por fim, cumpre mencionar que, por ser o dever de cuidado um *poder-dever*, não será admitida a exclusão da causalidade por culpa exclusiva da vítima – situação em que o filho não quer contato de nenhum tipo com algum dos pais⁹⁸. A lei não concede ao filho a possibilidade de, por sua vontade, dissolver a relação jurídica de filiação – as responsabilidades parentais, nesse sentido, são vistas como um *poder-sujeição*. Logo, até mesmo em virtude de sua incapacidade (absoluta ou relativa), caberá a ele respeitar as orientações e os cuidados que lhe forem passados⁹⁹. Da

⁹³ “Para determinar a causalidade [] temos de começar com uma operação intelectual relativamente simples: o resultado lesivo ter-se-ia verificado da mesma maneira se excluirmos a causa em questão (nomeadamente, o comportamento do agente)?”. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Rudimentos da responsabilidade civil, op. cit. p. 379.

⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. Op. cit. pp. 58-59.

⁹⁵ Exemplo: o agente que atropela e abandona o acidentado, inconsciente, na estrada, responde, por via da causalidade adequada, pelo furto de que ele foi vítima. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. op. cit. p. 895.

⁹⁶ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Rudimentos da responsabilidade civil, op. cit. p. 381.

⁹⁷ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo n.º 1.159.242 – São Paulo (2009/0193701-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data da Publicação: 10/05/2012. “Avulta, assim, a importância da perícia a fim de se estabelecer não só a existência do dano, como a sua causa”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, op. cit. p. 9.

⁹⁸ É evidente que, de acordo com a maturidade do filho, a sua opinião deverá ser tida em consideração, como forma de reconhecer-lhe autonomia em sua própria vida (artigo 1878.º, n.º 2, 2.ª parte, do Código Civil), o que não significa que os pais não terão autoridade sobre eles.

⁹⁹ A relação de pais e filhos encontra-se interligada “sob a égide do instituto do poder parental ao qual a criança e o adolescente, enquanto filhos, estão sujeitos até à maioridade ou à emancipação (art. 1887.º CCiv)”. MARTINS, Rosa. Op. cit. p. 157. Esta concepção de

mesma forma, aos pais serão concedidos os poderes parentais, verdadeiros direitos funcionais, que, para além de permitir um domínio sobre o filho, por serem os primeiros responsáveis pelo segundo, impõe o dever de preservar um *núcleo mínimo de cuidados* à sua prole.

III – O abandono afetivo como dano: a crítica da atual concepção de dano em sentido material

Superados os demais pressupostos, para que haja a obrigação de indenizar, faz-se mister a análise do elemento dano. Diante disso, mostram-se pertinentes os estudos realizados por Hans Albrecht Fischer, em sua célebre obra *A reparação dos danos no direito civil*, na qual defendia o conceito de dano como todo *prejuízo* que o indivíduo sofra em decorrência da violação de terceiros a algum dos seus bens jurídicos, não se considerando, evidentemente, os prejuízos colocados em causa pelo próprio lesado – estas hipóteses, *e.g.*, “prejuízo causado pelo proprietário ao seu próprio bem”, deverão ser consideradas um irrelevante jurídico¹⁰⁰.

Posto isso, a par de outras possíveis e prováveis definições de dano – i) dano como violação à tutela dispensada pelo direito a determinado bens (ou seja,

poder parental fundamenta-se na própria incapacidade imputada ao menor de idade para decidir, ao seu livre dispor, “a gestão dos seus próprios interesses e a conseqüente necessidade absoluta de proteção”. *Ibid.* p. 159. Portanto, é a partir do exercício do poder parental que emerge a função dos pais em proteger os interesses (patrimoniais ou não) do filho – substituindo-o no momento de gerir tais negócios –, bem como o dever de adotar todas as medidas necessárias para o devido desenvolvimento da personalidade do filho (*poder-dever de representação legal*). *Ibid.* pp. 159-160 e 167-168.

¹⁰⁰ FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. trad. António de Arruda Ferrer Correia. Coimbra: Arménio Armado, 1938. p. 7. Esse também era o entendimento de LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1. Versão espanhola de Jaime Santos Briz. p. 193.

violação a um direito subjetivo)¹⁰¹; ii) dano como ofensa a um interesse (deve-se entender por “interesse” a faculdade de atuar sobre determinado bens; logo, tudo aquilo que afete a faculdade de gozo e satisfação desses bens, deverá ser considerado como dano)¹⁰² –, constata-se que a doutrina portuguesa, em larga escala, compartilha dessas concepções de Fischer, ao defender o conceito de dano como o *prejuízo* em um bem jurídico ou de um interesse juridicamente protegido¹⁰³.

Dessa forma, observa-se, não só da interpretação da doutrina portuguesa, mas também dentro da própria jurisprudência brasileira, que *os danos em causa resultam das alterações emocionais, tais como, sofrimento, mágoa e tristeza, que a injustificada ausência de um dos genitores possivelmente provocará ao filho*¹⁰⁴. Esta corrente, sem dúvida, relacionada com

¹⁰¹ BREBBIA, Roberto H. *El daño moral: doctrina, legislación y jurisprudencia*. 2. ed. Córdoba: Obir, 1967. pp. 75-76;

¹⁰² ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea 1993. p. 25. Posição também adotada por Antunes Varela: “[o] dano é a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar” (grifos no original). VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit. p. 598.

¹⁰³ Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 591. ALARCÃO, Rui. *Direito das obrigações*. Luanda: Coleção Faculdade de Direito U.A.N., 1999. p. 187. Este último ainda salienta que “[n]ão a lesão ou a ofensa em si, mas o *prejuízo resultante desta*” (grifos no original). *Ibid.* p. 187. No mesmo sentido, Antunes Varela: “o dano é a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar”. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, op. cit. p. 598 (grifo no original).

¹⁰⁴ “A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, op. cit. p. 7.

o conceito de dano não patrimonial como alteração negativa do estado naturalístico, foi a mais aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro. Porém, a egrégia corte entendeu, em outros julgados, que estes danos devem ser presumidos pelo tribunal¹⁰⁵, não dependendo de comprovação pela parte lesada. Trata-se do chamado dano *in re ipsa* (“do próprio fato”)¹⁰⁶, sendo, pois, perfeitamente presumível que, desse ato de negligência – que consiste na falta de cuidado praticada pelo genitor ou genitora em desfavor de sua prole –, resultem danos ao titular do direito.

Ao contrário da experiência brasileira, a aplicação do *damnum in re ipsa* não recebe o mesmo prestígio no ordenamento jurídico português, onde, para se configurar a responsabilidade civil por abandono afetivo, é indispensável a comprovação do dano. Logo, sobre o autor recairá o ônus de provar os danos (os prejuízos) que a ação omissiva causou. Neste caso, vislumbra-se novamente a necessidade da realização de *prova pericial*, designada pelo juiz, com o objetivo de constatar o *dano real* e a sua *efetiva extensão* na esfera subjetiva do filho¹⁰⁷.

Por outro lado, há, também, quem compreenda – doutrina minoritária – que os danos afetivos

decorrem da *violação de direitos de personalidade do filho*, nomeadamente da sua integridade *físico-psíquica*¹⁰⁸. A família, em seu regime atual, apresenta-se como instrumento de formação da pessoa, o que impõe uma grande responsabilidade em torno da mútua cooperação entre os componentes desse grupo. Portanto, a ausência injustificada de um dos progenitores atuará, diretamente, como um óbice ao pleno desenvolvimento da personalidade do filho¹⁰⁹.

Nessa ordem de ideias, retoma-se o debate relativamente à distinção entre *atividade lesiva* do *dano propriamente dito*¹¹⁰. Cumpre asseverar que o presente trabalho partilha o entendimento de que o *dano não patrimonial* é resultado da violação de direitos de

¹⁰⁸ Expressão utilizada por CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Direito Geral de Personalidade*, op. cit. p. 214.

¹⁰⁹ Com a revisão constitucional de 1997, a Constituição da República Portuguesa passou a consagrar, no artigo 26.º, n.º 1, um direito fundamental ao *desenvolvimento da personalidade*. A consagração desse direito “significa que a Constituição se compromete com a ideia de auto-desenvolvimento da personalidade – isto é, com a ideia da sua auto-conformação e realização, com a finalidade de possibilitar o cumprimento do que nela está virtualmente contido, de acordo com a decisão do próprio titular. Põe-se, assim, a pessoa ao abrigo da prescrição de ‘paradigmas de personalidades’, determinados por quaisquer concepções ideológicas, filosóficas ou, por exemplo, estéticas – a noção de desenvolvimento da personalidade é aberta, não podendo o Estado impor uma personalidade-modelo, em nome da boa cidadania, de uma certa concepção de progresso ideológico, ou de um qualquer outro *standard*. Trata-se, antes, do livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, ‘segundo as suas próprias concepções’” (grifo no original). PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999. pp. 167 e 174-175.

¹¹⁰ A presente tese impõe ao jurista uma clara necessidade de se distinguir a *lesão* (ou *atividade lesiva*) do dano propriamente dito. Para a doutrina tradicional, tanto no dano moral como no dano patrimonial, o que será indenizável é o *dano* (resultado danoso); a *atividade lesiva*, nesse contexto, impõe-se como mero antecedente causal. Com a aplicação do conceito em análise, abre-se a possibilidade de uma releitura em torno da *atividade lesiva* do responsável, uma vez que, diante de um dano não patrimonial, por exemplo, a ofensa à honra em si, independentemente do prejuízo emocional que essa ofensa tenha causado no espírito do ofendido, bastará para que surja o dever de indenizar. ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral e indenização punitiva*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 40.

¹⁰⁵ STJ. Recurso Especial. Processo n.º 1.159.242 – São Paulo (2009/0193701-9), Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data da Publicação: 10/05/2012.

¹⁰⁶ O Superior Tribunal de Justiça entende que o dano não patrimonial é presumido, dentre outros, nos seguintes casos: a) negatização do nome nos cadastros de inadimplência (STJ. Agravo de Instrumento 1.379.761); b) responsabilidade bancária (inclusão indevida realizada por má prestação do serviço bancário – STJ. Resp. 1.087.487); c) atraso de voos (Overbooking – STJ. Resp. 299.532); d) emissão de diploma sem reconhecimento (STJ. Resp. 631.204); e) danos não patrimoniais à pessoa jurídica (STJ. Resp. 331.517-GO); f) equívoco da Administração (multa de trânsito indevida) (STJ. Resp. 608.918).

¹⁰⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, op. cit. p. 7.

personalidade do indivíduo (atividade lesiva), não relevando, para tal fato, nenhum resultado naturalístico que deste ato possa suceder (dano em sentido material). Assim, entende-se que, diante do dano não patrimonial, ocorre uma espécie de *dano normativo*, o qual não necessariamente resultará em uma alteração do estado anímico do lesado e será exposto a partir da conduta lesiva a tais direitos – é dizer-se: o dano no abandono afetivo se concentra na violação da integridade físico-psíquica do lesado, e não no sentimento de sofrimento, tristeza ou mágoa que desta lesão possa resultar¹¹¹.

Note-se que se pretende, com a supracitada doutrina, a superação da identificação existente entre o conceito de dano em sentido jurídico com o dano em sentido material (*prejuízo econômico ou emocional*). A percepção de dano como *prejuízo* resultante da ofensa ou lesão em si cumpre o propósito esperado na esfera dos danos patrimoniais – a lesão ao patrimônio é “aferida por um critério matemático (teoria da diferença¹¹²), corresponde[ndo], objetivamente, à consequência econômica” –, o que não sucede na seara dos danos não patrimoniais, em que a lesão a um direito de personalidade repercute diferentemente sobre cada pessoa, impossibilitando um critério objetivo à sua aferição – “[p]or esta razão, fazer depender a configuração do dano moral de um momento consequencial (dor, sofrimento etc.) equivale a lançá-lo em um limbo inacessível de sensações pessoais, íntimas e eventuais”¹¹³.

Vale ressaltar, ainda, que o avanço da doutrina e

¹¹¹ Ibid. p. 41.

¹¹² Para a *Teoria da Diferença* “o prejuízo seria a expressão da diferença entre o valor do patrimônio actual (situação real) e o valor que ele teria se não tivesse havido a lesão (situação hipotética). JORGE, Fernando Pessoa. Op. cit. p. 475.

¹¹³ SCHREIBER, Anderson. Op. cit. pp. 106-107.

da jurisprudência brasileiras no que tange ao chamado *damnum in re ipsa* vem a intensificar a importância de uma releitura do elemento dano, uma vez que os esforços realizados pela parte visando a demonstrar a presença deste pressuposto deslocar-se-ão para a comprovação da atividade lesiva, já que este último elemento não será presumido.

Nessa senda, para se falar em dano¹¹⁴, será conferido ao filho o ônus de comprovar haver sucedido, da conduta omissa, alguma ofensa à sua personalidade jurídica, que, rotineiramente, se verificará a partir da lesão da integridade *físico-psíquica* do autor. Cabe salientar que essa prova encontra-se, indubitavelmente, relacionada com o não cumprimento do dever de cuidado, já que, da omissão deste *poder-dever*, visualizam-se violações aos *deveres jurídicos impostos pelas relações de personalidade*. Como já demonstrado, o comportamento positivo dos genitores é essencial à formação da personalidade do filho, não sendo casual a imposição de tais condutas (sustento, guarda, companhia, educação, criação dos filhos menores, etc.) pelo legislador. Assim, em virtude do não cumprimento, opera-se o chamado *dano normativo*, pelo simples fato da violação, tornando-se desnecessária, pois, a prova do prejuízo em concreto.

Posto isso, imagine-se, exemplificativamente, a hipótese em que uma criança venha a viver com o pai adotivo, sem jamais saber desta condição, e tenha recebido dele os cuidados necessários para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Embora o pai biológico tenha violado o *dever de cuidado*, não restará configurada a possibilidade de indenizar, já que, mesmo que tenha ocorrido o ato ilícito, a *esfera da*

¹¹⁴ Portanto, “[o] dano consiste numa lesão a um bem ou interesse juridicamente protegido”. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Rudimentos da responsabilidade civil, op. cit. p. 377.

*personalidade do filho não veio a ser violada, descartando-se, portanto, reiterar-se, qualquer reparação*¹¹⁵.

Diante do exposto, conclui-se que o dano, no abandono afetivo, recairá sobre a violação do direito de personalidade do filho, nomeadamente da sua integridade *físico-psíquica*, que, no ordenamento jurídico português, sucederá da ofensa ao artigo 70.º, n.º 1, do Código Civil. No entanto, a doutrina e a jurisprudência apontam para uma decisão diferente daquela sugerida pelo presente trabalho. Portanto, à configuração do abandono afetivo, nesta ordem jurídica, demonstra-se imprescindível a constatação do dano real, que será comprovado a partir do exame pericial.

IV. Considerações finais

Pôde-se observar, inicialmente, com o presente trabalho, que o abandono afetivo é um dano oriundo das relações familiares, qual seja, da relação de filiação, que, obrigatoriamente, deverá existir para que tal dano possa ser configurado. É dessa relação que emerge o *dever de cuidados*, dever este que o legislador ordinário, implicitamente, incluiu nas diversas normas que disciplinam essa relação.

Ao se confrontar o dano por abandono afetivo com os pressupostos da responsabilidade civil, concluiu-se pela adequabilidade do dano em causa nos seguintes termos:

¹¹⁵ SCHREIBER, Anderson. Op. cit. p. 182. Nesses termos, ressalta Maria Celina Bodin de Moraes: “para a configuração do dano moral à integridade psíquica de [sic] filho, será preciso que tenha havido o abandono por parte do pai (ou da mãe) e a ausência de uma figura substituta. Se alguém ‘faz as vezes’ de pai (ou de mãe), desempenhando suas funções, não há dano a ser reparado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico”. MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit. p. 58-59.

Do fato voluntário e ilícito: o fato voluntário e ilícito sucederá da *omissão do dever jurídico de cuidado* – dever, esse, que será implicitamente retirado das normas constitucionais (artigo 36.º, n.º 5 e n.º 6, combinado com artigo 67.º, n.º 1, ambos da Lei Fundamental), bem como daquelas normas que fundamentam as responsabilidades parentais (artigo 1874.º, n.º 1; artigo 1878.º, n.º 1; e artigo 1885.º, todos do Código Civil). Essa omissão consubstanciar-se-á na violação de um direito de outrem (nos termos do artigo 483.º do Código Civil), já que desta sucedem danos à personalidade do filho.

Do nexa de imputação do fato ao agente: esta tarefa deve ser medida de acordo com o distanciamento dos progenitores de seu filho. Os atos de disposição de liberdade ou eventos que justifiquem a ausência serão causas excludentes dessa culpabilidade. No entanto, em qualquer dos casos, há que se preservar *um núcleo mínimo de cuidados parentais*, a ser analisado – nos termos da culpa *in abstracto* (artigo 487.º, n.º 2, do Código Civil) – pelo magistrado.

Do nexa de causalidade: com base na *teoria da causalidade adequada* – prevista no artigo 563.º do Código Civil – para que nasça o dever de indenizar, há que se comprovar que o ato ilícito praticado pelo lesante foi capaz de originar determinado dano. Logo, se impõe a necessidade de se analisar a *causa*, que no abandono afetivo se manifestará através de um laudo de um especialista que qualifique, especificadamente, as patologias psíquicas (ou, eventualmente, físicas) e as vincule, no todo ou parcialmente, aos descuidos por parte do pai (ou da mãe).

Do dano: o dano, para alguns, será resultado das alterações emocionais, tais como, sofrimento, mágoa e tristeza, que a injustificada ausência de um

dos genitores possivelmente provocará ao filho. Por outro lado, há quem defenda que o dano se concentra no direito violado, é dizer, na estrutura da personalidade do filho, ou, mais especificamente, na sua integridade físico-psíquica (*dano normativo*). Embora o presente trabalho compactue com o último conceito, com fundamento na violação do artigo 70.º, n.º 1 do Código Civil, admite-se que em Portugal deva ser aplicado o primeiro conceito, pois é ele que mais se aproxima e se amolda de forma efetiva ao ordenamento em análise.

Diante de tudo o que foi exposto, embora a matéria não se encontre ainda debatida no Poder Judiciário português, conclui-se pela possibilidade da reparação desse dano, ressalvando-se, evidentemente, que as nuances do caso concreto serão essenciais para o julgador avaliar o cumprimento ou não do dever jurídico de cuidado por parte dos progenitores.

PROGRESSO LEGISLATIVO EM TORNO DA ALIENAÇÃO PARENTAL: PORTUGAL E AMÉRICA LATINA

Sandra Inês Feitor

Jurista, Investigadora no Grupo Criminália na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Mestre em Direito, Doutoranda em Direito pela FDUNL

Palavras chave: alienação parental; co-parentalidade; família; conflito parental, evolução legislativa.

Keywords: parental alienation; co-parenting; family; parental conflict, legal developments.

Resumo: A alienação parental é um fenómeno sócio-familiar e jurídico de dimensão global. A evolução da consciência social e jurídica tem levado ao aumento de preocupação generalizada com o fenómeno, promovendo produção legislativa tendente à sua prevenção e repressão. O Brasil foi pioneiro em 2010, seguindo-se o Chile com projeto em 2012, ainda pendente em 2014, e, recentemente, em 2014, o México. Vindo, assim, a apresentar evoluções ao nível legislativo, contrariamente ao que se passa no ordenamento jurídico português. Portugal tem revelado relutância na adopção de legislação específica e aceitação do fenómeno, terminologia e conceito, maioritariamente por falta de informação e formação sobre este particular aspecto da regulação das responsabilidades parentais, bem como pela alegação de não cientificidade ou não juridicidade do tema. São, em parte os tribunais, a ordem dos advogados, centro de estudos judiciais e associações que têm vindo a abrir caminho e a introduzir o tema na sociedade. Ainda que timidamente, não foi completamente alheia ao fenómeno a Lei 61/2008, de 31.10, que operou transformações no divórcio e responsabilidades parentais, e mais audaz o Novo Regime Geral do Processo Tutelar Cível, na Lei 141/2015, de 08.09, assim como a nova formulação do conceito de superior interesse da criança na Lei 142/2015, de 08.09, que vem reconhecer o valor jurídico e fundamental da convivência familiar e manutenção

de vínculos afectivos para o harmonioso desenvolvimento da criança.

Abstract: Parental alienation is a family and socio-legal issue with global dimension. The evolution of social and legal awareness has led to increased concern about the widespread phenomenon, promoting legislative activity aimed at its prevention and repression. Brazil was the leader in 2010, followed by Chile with the project in 2012, still pending in 2014, and recently the same year, Mexico. Portugal has shown reluctance to adopt specific legislation and acceptance of this issue, terminology and concept, mainly due to lack of information and training on this particular aspect of the regulation of parental responsibilities, as well as the allegation of non-scientific or non-legality of the issue. Are mostly the courts, the bar association, judicial center of studies and associations that have been fighting and introducing the topic in society. Although timidly, was not completely blind to the issue in the Act 61/2008, of 31.10, which operated transformations in divorce and parental responsibilities. More open the Law 141/2015, of 08.09, and the new conception of child best interest in Law 142/2015, of 08.09, which recognizes the importance and fundamental right of family life and bonds for children development.

INTRODUÇÃO

Alienação parental é a designação dada ao conflito familiar transformado em parental. Ou seja, a expressão trata de situações específicas que ocorrem no âmbito dos processos de regulação das responsabilidades parentais quando os progenitores não são capazes de discernir entre conjugalidade e parentalidade, projetando no exercício da parentalidade as mágoas do conflito conjugal, perpetuando-o nos filhos¹.

Falar de alienação parental é falar de conflito familiar e de exercício da co-parentalidade maligna e disfuncional².

Cada vez mais e com maior gravidade chegam aos tribunais casos de instrumentalização dos filhos no conflito pela sua posse na decorrência de divórcio ou separação do casal. Conjugalidade e parentalidade são fenómenos e conceitos distintos. Não se exige um casal parental pós separação, mas sim, pais para sempre, uma vez que a parentalidade é, acima de tudo, uma responsabilidade e, é-o para sempre em sentido bilateral: não existe ex-filho ou ex-pai. O casal dissolveu-se, mas não se dissolve a parentalidade que é um dever irrenunciável, de conteúdo altruísta e funcional. A família tem uma função social devendo a parentalidade ser exercida como co-responsabilidade de ambos. A família da criança será sempre aquele pai e mãe e demais elementos familiares, reconstruídos ou não.

¹ FEITOR, Sandra Inês, *A Síndrome de Alienação Parental e o seu Tratamento à Luz do Direito de Menores*, Coimbra Editora, 2012.

² MOLINARI, Fernanda; TRINDADE, Jorge (2013), *Alienação Parental: Coparentalidade Maligna*, Associação Brasileira Criança Feliz, disponível na URL: <http://criancafeliz.org/wp/alienacao-parental-coparentalidade-maligna/>.

A alienação parental é uma consequência negativa do conflito conjugal e da incapacidade de fazer adequadamente o luto da separação, de colocar os filhos em primeiro plano e de exercer uma parentalidade funcional, à semelhança das relações profissionais³, afinal de contas não tem de se gostar do ex-companheiro, mas com ele manter um trato cordial.

A alienação parental é uma forma perversa de exteriorização da revolta pela relação falhada, através dos filhos, tratando-se do: “...*transtorno pelo qual um progenitor transforma a consciência dos seus filhos, mediante várias estratégias, com objetivo de impedir, ocultar e destruir os vínculos existentes com o outro progenitor, que surge principalmente no contexto da disputa da guarda e custódia das crianças, através de uma campanha de difamação contra um dos pais, sem justificação...*”⁴, tendo acrescentado posteriormente tratar-se “...*da combinação de um sistemático endoutramento por parte de um dos progenitores, e das próprias contribuições da criança, destinadas a denegrir o progenitor objeto desta campanha...*”⁵.

Cumprе lembrar que a alienação parental não é uma questão de género ou sexista, pois tanto aliena a mãe como o pai, nem pretende diabolizar o papel da mulher/mãe vítima de violência, maus-tratos ou abusos com o sentido de proteger os predadores

³ RICCI, Isolina, *Casa Da Mãe, Casa Do Pai – Construir Dois Lares para os Seus Filhos*, Edições Sílabo, 2004.

⁴ GARDNER, Richard (1985), *Recent Trends in Divorce and Custody Litigation*, Academy Forum, Volume 29, Number 2, Summer, 1985, p. 3-7, A Publication of The American Academy of Psychoanalysis, disponível na URL: <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr85.htm>.

⁵ GARDNER, Richard (2001), *Parental Alienation Syndrome (PAS): Sixteen Years Later*, Academy Forum, 2001, 45(1):10-12, A Publication of The American Academy of Psychoanalysis, disponível na URL: <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard01b.htm>.

sexuais como de fende Maria Clara Sottomayor⁶, devendo distinguir-se claramente as situações de vitimação das de conflito parental.

NOVIDADES LATINAS | PROGREDINDO

Recentemente o México avançou com a tipificação do fenómeno da alienação parental denominando-o de *violência familiar*, alterando o art.º 323.º do Código Civil, publicado em 09 de Maio de 2014, na Caceta Oficial Distrito Federal do México, tendo entrado em vigor no dia 10 do mesmo mês.

Estatui o art.º 323.º *Septimus*.- “...Comete violência familiar o membro da família que transforma a consciência dum menor com o objeto de impedir, obstaculizar o destruir os seus vínculos com um dos seus progenitores...”.

Acrescentando que “...a conduta descrita no parágrafo anterior, denomina-se alienação parental quando realizada por um dos progenitores, pelo que, verificada a conduta, será suspenso o exercício das responsabilidades parentais do menor e, conseqüentemente, o regime de visitas convivência que, em seu caso, tenha decretado. Assim mesmo, em caso do progenitor alienador tenha a responsabilidade e residência do menor, a mesma passará de imediato para o outro progenitor, se se tratar de um caso de alienação leve ou moderada...”.

Por conseguinte, se “...no caso de o menor apresentar um grau de alienação parental severo, em caso algum, permanecerá sob o cuidado do progenitor alienador ou da família deste, suspendendo-se todo contato com o

⁶ SOTTOMAIOR, Maria Clara (2011), Síndrome de Alienação Parental e os Riscos da Sua Utilização, in Revista Julgar, n.º 13, Janeiro-Abril 2011, Coimbra Editora, Coimbra.

progenitor alienador e o menor será submetido a tratamento a indicar por especialista que tenha diagnosticado o referido trastorno...”.

De outra senda, o Chile promoveu em 2012 o Projeto-lei do Senado, de 19 de Março de 2012, no Boletim 8205-07, para combater a alienação parental e promover a igualdade parental⁷ que, segundo informação da Biblioteca do Congresso Nacional do Chile, encontra-se à data actual em tramitação⁸.

Contudo, foi possível aceder à exposição de motivos que começa por definir alienação parental como “...processo que consiste em programar um menor para odiar um de seus progenitores sem justificação. Normalmente esta situação ocorre no contexto de divórcio ou separação conflituosa, em que o progenitor que detém a residência dos menores projecta os seus ódios pessoais do outro através das crianças. Nesse sentido, recorre a mentiras e falsas histórias que convertam o outro progenitor em algo monstruoso, alegando inclusive abusos sexuais ou maus-tratos...”⁹.

Para auxiliar a identificação de casos descreve condutas-tipo, tais como: “...campanha denegridora; justificações fúteis; ausência de ambivalência; fenómeno do pensador independente (como se fosse auto-elaborado); ausência de culpa; cenários encomendados; extensão à família alargada...”¹⁰.

⁷ Disponível na URL: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=8205-07.

⁸ Disponível na URL: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

⁹ Disponível na URL: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=8205-07.

¹⁰ Disponível na URL: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=8205-07.

Em suma, o projeto-lei visava promover um regime de *guarda compartilhada*, ou seja, *exercício conjunto das responsabilidades parentais* e, a verificar-se alienação parental, o progenitor alienador deveria ser privado do exercício das responsabilidades parentais e cuidado do menor.

O projeto propunha alterar o art.º 222.º do CC, no sentido de que impor um regime de exercício conjunto das responsabilidades parentais, pois “...é dever de ambos os progenitores, cuidar e velar pela integridade física e psíquica dos filhos. Assim, deverão actuar conjuntamente na tomada de decisões relativas ao cuidado pessoal, educação e formação do filhos, evitando actos ou omissões que degradem, lesem ou desvirtuem, ou induzam ou tendam a lesar a imagem que os filhos têm de seus progenitores ou família alargada...”.

Por outro lado, em caso de separação prevê a alteração do art.º 225.º do mesmo diploma atribuindo o exercício conjunto das responsabilidades parentais, pelo que, não havendo acordo sobre o cuidado compartilhado caberá ao juiz decidir.

Por conseguinte, o novo art.º 229.º passaria a estatuir que “... o progenitor que não detenha a residência dos filhos não será privado do direito nem verá extinto o dever, que consiste em manter uma relação directa e regular, que exercerá com a frequência e liberdade acordada ou, na falta de acordo, determinada pelo juiz segundo conveniência do menor...”.

Acrescentando o mesmo artigo que quem tiver o menor ao seu cuidado cometer alguma das seguintes condutas, verá restringido ou suspenso o exercício das responsabilidades parentais, quando cause manifesto prejuízo ao menor:

“...a) *Denegrir, desprestigiar, insultar, alterar a imagem que o filho tem do outro progenitor de forma permanente e sistemática que tenha como resultado directo alteração na relação desse progenitor com os filhos;*

b) *Obstaculizar ou proibir injustificadamente a relação entre os filhos e o outro progenitor, ou quando não cumpra as obrigações alimentares;*

c) *Incumprir os acordos sobre visitas homologados pelo juiz ou as determinações que o Tribunal fixar a respeito, de forma injustificada;*

d) *Formular falsas denúncias, imputar a prática de delitos, o induzir o menor a prestar falso depoimento em juízo;*

e) *actuando pessoalmente ou através de terceiros, obrigue o menor a prestar falso depoimento em juízo, policiais ou periciais, com intento a denegrir o outro progenitor; autorizará o progenitor que não detenha a residência a solicitar ao tribunal que lha conceda, sem prejuízo de responsabilidade penal e civil que derive das condutas referidas...”.*

No entanto, em 2013 foi alterado o Código Civil¹¹ no sentido de promover igualdade parental, encontrando-se alguns artigos relevantes para a prevenção e repressão de comportamentos alienadores da convivência familiar.

Por exemplo, o art.º 225.º/2 estatui que na atribuição da residência dos filhos menores o tribunal terá em conta os seguintes aspectos:

“...a) *a vinculação afectiva dos filhos com cada um dos progenitores e restantes membros da família;*

b) *a atitude dos progenitores em garantir o bem-estar dos filhos;*

¹¹ Disponível na URL: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>.

c) a contribuição do progenitor residente para o exercício do cuidado aos filhos pelo outro progenitor;

d) a atitude de cada um dos progenitores em colaborar com o outro, a fim de assegurar a máxima estabilidade aos filhos e garantir a relação directa e regular com o outro, remetendo para as disposições do art.º 229.º CC;

e) a dedicação de cada progenitor aos filhos antes da separação e, em especial, a que se desenvolver depois consoante as suas possibilidades;

f) a opinião expressa pelos filhos;

g) os resultados das perícias ordenadas;

h) os acordos dos progenitores antes e durante a acção judicial;

i) o domicílio de cada um;

j) qualquer outro antecedente relevante para o superior interesse dos menores...”.

Por seu turno, acrescenta o art.º 229.º que “...o progenitor não guardião tem o direito e dever de manter com os filhos uma relação directa e regular...”, entendendo-se como tal “...aquela que promove o vínculo familiar entre os filhos com ambos os progenitores, através de contato periódico e estável...”.

Acrescentou ainda que o progenitor que detenha a residência não obstaculizará esse convívio.

De outro lado, vem ainda previsto no art.º 229.º/2 do CC, no sentido de prever o direito à convivência familiar do menor com os seus avós, segundo alteração introduzida pela Lei 19.585, art.º 1º/24.

Por fim, no Paraguai desde 2013 que se tenta impulsionar a integração do fenómeno alienação parental na legislação, tendo surgido projeto-lei em 2014, mas, no mesmo ano ordenado retirar através da Resolução 652, do Congresso Nacional da Câmara dos Deputados. Intitulava-se *Projeto-Lei que Protege a Criança e Adolescente da Alienação Parental*. Infelizmente, não foi possível aceder ao conteúdo do projeto ou da exposição de motivos.

PORTUGAL

A Lei 61/2008, de 31.10¹², veio introduzir alterações importantes no regime jurídico do divórcio e responsabilidades parentais, começando por substituir a expressão «poder paternal», por «responsabilidades parentais» e «guarda», por «residência».

Definiu no seu art.º 1906.º/1 do Código Civil, a obrigatoriedade do exercício conjunto das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância da vida dos filhos, como forma de incutir nos progenitores a partilha da parentalidade e das responsabilidades pela prole, uma vez que parentalidade é responsabilidade. Equivale ao regime brasileiro de Guarda Compartilhada aprovada pelo Senado o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 117/2013, já sancionado, e que hoje constitui a Lei n. 13.058, de 22 de Dezembro de 2014¹³, que impõe a atribuição da partilha das responsabilidades parentais mesmo em caso de conflito e

¹² Disponível na URL: <http://dre.pt/cgi/dr1s.exe?t=dr&cap=1-1200&doc=20083135&v02=&v01=2&v03=-1900-01-01&v04=3000-12-21&v05=&v06=&v07=&v08=&v09=&v10=&v11=Lei&v12=61/2008&v13=&v14=&v15=&sort=0&submit=Pesquisar>.

¹³ Disponível na URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm.

desacordo dos progenitores.

O mesmo sucede com a Lei portuguesa, que impôs o mesmo regime com carácter obrigatório, não podendo os progenitores dele abdicar ou renunciar, uma vez que o exercício das responsabilidades parentais é irrenunciável, nos termos do art.º 1882.º Código Civil. Neste último aspecto diverge da Lei n.º 13.058, de 22 de Dezembro de 2014, que admite a renúncia à guarda.

Já anteriormente o art.º 1878.º Código Civil referenciava o conteúdo das responsabilidades parentais (altruísta com carácter funcional) e o art.º 1887.º-A do mesmo diploma legal, que estabelece que “...os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes...”. Até há algum tempo atrás era feita tábua rasa destes artigos, sendo que só mais recentemente se tem observado uma progressão na consciência social e jurídica com maior abertura estas questões mais delicadas do direito de família.

Nesse sentido veio abrir caminho o art.º 1906.º/5 do Código Civil que estabeleceu como critério orientador para atribuição do exercício das responsabilidades parentais e residência do menor “...a disponibilidade manifestada por cada um deles [progenitores] para promover relações habituais do filho com o outro...”¹⁴, de forma a melhor servir o superior interesse da criança. Acrescentou o n.º 6 do mesmo preceito que o progenitor que não detenha a residência, tem o direito de ser informado “...sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho...”, sendo que, por regra, o exercício das responsabilidades parentais, após o divórcio, será exercido em conjunto de

comum acordo dos ambos os progenitores, sobre as questões de particular importância da vida do filho, nos termos do art.º 1906.º/1, de forma a diminuir o impacto da separação na vida dos filhos, promovendo pais presentes e, amplo convívio do menor com a restante família alargada, como estabelece o n.º 7, do mesmo artigo “...o tribunal decidirá de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contato com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles...”.

Em caso de incumprimento do regime de responsabilidades parentais e convívio estabelecido, de harmonia com o art.º 41.º/1, do RGPTC¹⁵, “... Se, relativamente à situação da criança, um dos pais ou a terceira pessoa a quem aquela haja sido confiada não cumprir com o que tiver sido acordado ou decidido, pode o tribunal, oficiosamente, a requerimento do Ministério Público ou do outro progenitor, requerer, ao tribunal que no momento for territorialmente competente, as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa até vinte unidades de conta e, verificando-se os respetivos pressupostos, em indemnização a favor da criança, do progenitor requerente ou de ambos...”. Prevendo, ainda o art.º 42.º do mesmo diploma legal, a possibilidade de requerer a alteração do regime de residência e exercício das responsabilidades parentais.

No entanto, a nova legislação é inovadora, pois além de aumentar consideravelmente o valor de multa como factor inibitório de incumprimentos, prevê especificamente no seu art.º 41.º/5, não havendo acordo e persistindo o incumprimento após instado a entregar a criança para o normal decor-

¹⁴ Disponível na URL: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis.

¹⁵ Disponível na URL: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2428A0041&nid=2428&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo.

rer dos convívios, pode o tribunal proferir despacho ordenando mandados de condução.

Acrescendo ainda a possibilidade preventiva, logo aquando da regulação definitiva das responsabilidades parentais, porquanto, ao longo do processo é possível aperceber nitidamente a animosidade entre os progenitores, as suas resistências e justificações para evitar ou impedir uma convivência alargada da criança com o outro, ou mesmo situações de facto de privação de contactos e convívios com elevado nível de conflito que leve o tribunal a acreditar que existe risco de incumprimento das decisões. Pelo que, de harmonia com o art.º 40.º/6/7 do RGPTC, pode o tribunal logo determinar o acompanhamento e monitorização do cumprimento do regime de convivência familiar, nomeadamente elaborando relatórios sobre como está a decorrer e, tornando-se estes obrigatórios e urgentes em caso de incumprimento.

Sendo certo que, veio a Lei 142/2015, de 08.09, introduzir alterações ao conceito de superior interesse da criança, no seu art.º 4.º/a) “... *Interesse superior da criança e do jovem - a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, nomeadamente à continuidade de relações de afeto de qualidade e significativas, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;...*”, e alínea g) “...*Primado da continuidade das relações psicológicas profundas - a intervenção deve respeitar o direito da criança à preservação das relações afetivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento, devendo prevalecer as medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante...*”¹⁶.

¹⁶ Disponível na URL: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=545A0004&nid=545&tabe-

Por fim, a Lei 61/2008, de 31.10, alterou também o art.º 249.º, do Código Penal¹⁷, sob epígrafe «crime de subtração de menor», cuja al. c) passou a criminalizar o acto de quem “...*de modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento; é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias...*”. A taxa de incumprimentos é elevadíssima em Portugal, havendo ainda um longo caminho a percorrer, no entanto, a criminalização era necessária, face ao abuso de poder familiar que se tem observado na sociedade familiar portuguesa, com uso dos tribunais como palco. Estes últimos ainda com dificuldades na compreensão e tratamento jurídico-processual do fenómeno. Razão pela qual o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem condenado várias vezes o Estado Português por não promover o cumprimento coercivo das sentenças dos tribunais.

André Lamas Leite refere que “...*a lei 61 / 2008, de 31 de Outubro, deu nova configuração ao delito de subtração de menor, não só alterando as molduras penais abstractas, mas também, e em especial, introduzindo nova redação à modalidade típica em que é incumprida a decisão de exercício das responsabilidades parentais, no sentido de abranger hipóteses até ai atípicas (art.º 249.º/1 / al. c) CPenal)...*”¹⁸.

André Teixeira dos Santos refere: “...*na verdade, se parece correcto afirmar que mais do que proteger os in-*

la=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversoao=#artigo.

¹⁷ Disponível na URL: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis.

¹⁸ LEITE, André Lamas, O crime de subtração de menor – Uma leitura do reformado artigo 249.º do Código Penal, Revista Julgar, n.º 7, 2009.

teresses do progenitor, com a previsão do crime de subtração pretende-se assegurar o desenvolvimento harmonioso da criança a contactar com ambos os progenitores e que ela fique entregue aos cuidados e carinhos de quem se encontra em melhor posição para o fazer, a justificação, e arriscamo-nos a dizer, a legitimação, para o crime ser semi-público¹⁹ passa por colocar nas mãos da sociedade, mais concretamente nos progenitores da criança, a resolução da questão, evitando os malefícios que para esta última certamente poderão decorrer de uma intervenção judicial inerente a um processo crime...²⁰.

Acrescentando, e bem, que "...o mero incumprimento do acordo/sentença de regulação do exercício das responsabilidades parentais não reclama a intervenção estatal com recurso ao ramo de direito com maior carga sancionatória, existindo outros instrumentos de fazer valer esse regime — cf. art.º 181.º e 191.º ss. OTM. O legislador acertadamente exigiu como elemento do tipo objetivo de ilícito que o comportamento infractor seja praticado de forma repetida e injustificada, isto é, seja um comportamento que incumpra uma decisão judicial ou administrativa que presumivelmente previu o regime que mais se coadunava com o interesse superior da criança e que, dada a gravidade e reiteração, denota que a via civil fracassou..." Por conseguinte, conclui, o seguinte: "...a mensagem de que constitui crime a subtração tanto por quem não tem a guarda como por quem é titular da mesma, pondo a tónica em que a criança precisa de ser cuidada e acarinhada por ambos os progenitores, em vez de ser órfã de um deles estando o mesmo vivo, contribuiria, certamente, para um reavivar do sentido das responsabilidades parentais que as alterações operadas no CC

¹⁹ Crime semi-público é aquele que a lei penal diz depender de queixa para dar início ao procedimento criminal, nos termos do art.º 49.º CPP.

²⁰ SANTOS, André Teixeira dos, Do Crime de Subtração de Menor nas Novas Realidades Familiares, in Revista Julgar, n.º 12, 2010, p. 247.

pela Lei 61/2008, de 31 de Outubro, visaram. Não se pretende com isto exacerbar o carácter simbólico do Direito Penal, que conduz muitas das vezes a um reprovável esvaziamento da sua coercibilidade e à sua vulgarização, mas reconhecer que os fundamentos para a incriminação vertida no art.º 249.º CP se encontram presentes em ambas as situações...".

Já Clara Sottomayor expressa a sua preocupação quanto à aplicabilidade e sucesso da nova lei 61/2008, de 31.10, pois em seu entender, o legislador impôs o exercício em comum das responsabilidades parentais sem ter em linha de conta as dificuldades de funcionamento deste exercício comum em caso de divórcio/separação e a falta de diálogo entre o casal desavindo, referindo: "...o legislador, baseado na crença de manutenção de um casal parental para além do divórcio, adopta uma presunção optimista, acerca da capacidade de bom relacionamento e de cooperação entre ex-cônjuges, expectativa irrealista, como resulta da experiência norte-americana que já há várias décadas adopta soluções de guarda conjunta física e legal..."²¹.

Por conseguinte, relembra-se um fato fundamental: são os pais que se divorciam, não são os filhos. É fundamental que os pais não esqueçam do papel importantíssimo que cada um deles representa na vida e desenvolvimento dos filhos²², pelo

²¹ SOTTOMAIOR, Maria Clara (2011), Síndrome de Alienação Parental e os Riscos da Sua Utilização, in Revista Julgar, n.º 13, Janeiro-Abril 2011, Coimbra Editora, Coimbra.

²² DANTAS, Stefanie de Oliveira (2011), Síndrome de Alienação Parental, dissertação de bacharel em Direito, Universidade Paulista, São Paulo, Brasil, disponível na URL: https://fe243dbe-a-62cb3a1a-s-sites.googlegroups.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap/StephaneMonografia-Sindromedaalienacaoparental-VERSOLIMPA_2_.pdf?attachauth=ANoY7cqbmyTbiBs7gBEjQ_k3Q9um1T_DQ-fwOHYENP9kwoma8n0sJvHEY0Mcx54cGRcGf0la2ffKJfykjy-gR6kXMd9bqveu-0L4zplz6TTjSpCjcnASBMTAgBb-O9yCi3XKWe

que é seu dever cooperar e dialogar de forma minimamente civilizada, por mais difícil que possa ser, pelo bem-estar dos filhos. E o bem-estar dos filhos passa pelo convívio harmonioso e saudável com ambos os pais e respectiva família, sem nunca esquecer que os filhos não podem nem devem fazer parte do litígio dos progenitores.

Não se podem justificar os incumprimentos das decisões jurisdicionais ou a actuação dos progenitores em lesão dos direitos e superior interesse dos filhos e do seu bem-estar, com o sofrimento e dificuldades dos progenitores em gerirem os conflitos e as suas emoções. Pois que, os filhos são-no para sempre e os seus direitos existem independentemente dos conflitos parentais e sofrimento dos progenitores e, prevalecem sobre eles, dado que é dever moral, ético e legal, de qualquer progenitor não envolver as crianças num conflito do qual não fazem parte, promovendo o seu desenvolvimento sadio e convivência com ambos os progenitores e família extensa.

A Convenção Europeia sobre os Direitos da Criança, de 20.11.1989, UNICEF²³, ratificada por Portugal em 21.09.1990, que institui a família como o elemento “...*natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a protecção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade...*”

Zz5gmiHIJFbv86HVJqSa-f3BVXslx1c3e7-SqUGJF9hwfq3crjZ-vPr2ErRtYi6hR9HxZQ5n2wEDhxYuOw30QMnz-ja18Q-xJgejLl-2mcVPaBozWcQOAsPVpBVKCdWkgPMNV6TgsP9nEcXVd4X-Fnamvu6jPckibh1E1dte9ILYkUPZgemiLpIvQOq9pBDhREU_iU-F3&attredirects=0.

²³ Disponível em URL : http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf.

Reconhecendo que “...*a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão...*”.

Veja-se que a configuração do art.º 249.º CPenal, abarca duas realidades da mesma moeda, mas distintas na al. b) e c). A al. b) reporta-se ao rapto parental, seja ou não internacional e, a al. c) refere-se concretamente aos casos de impedimento da convivência familiar, incumprindo os acordos e sentenças dos tribunais. Contudo, e porque é obrigatória a regulação das responsabilidades parentais por documento escrito e registado em Conservatória do Registo Civil, se o acordo parental for meramente verbal não está verificado um dos elementos objetivos do tipo legal de crime – *não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais.*

55

Embora demonstrando já preocupação com esta realidade, o legislador foi tímido ao mexer nesta temática, quer pelo fato de ser um tema complexo e delicado que envolve os afetos e emoções (realidade que o direito tem dificuldade em acompanhar), quer pela insuficiência de informação e saber. Não previu na nossa lei os conflitos de lealdade, a manipulação e denegrição da figura parental, as falsas acusações – encontram-se elas em crimes autónomos que concorrem no caso concreto.

No entanto, falta um mecanismo legal mais claro e expressivo, quer para o auxílio da identificação dos casos e que promova uma linha orientadora em função do grau de gravidade de cada caso, para a sua solução, por forma a melhor auxiliar o operador do direito na protecção integral dos direitos fun-

damentais da criança, conforme art.º 36.º/6 e 69.º da CRP.

BRASIL

Desde 2010, a lei 12318/2010, de 26.08, que especificamente prevê e pune a alienação parental. No seu art.º 2, define alienação parental como “...a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este...”, avançando em seguida com exemplos de condutas caracterizadoras deste comportamento, de forma a auxiliar a sua compreensão pelo aplicador do direito “...realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; dificultar o exercício da autoridade parental; dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós...”.

A presente lei revela-se de mais-valia, pois que fornece à sociedade um instrumento para que possa combater este tipo de condutas e, fornece ao aplicador do direito, compreensão e instrumentos

de trabalho e solução destes litígios, acrescentando o art.º 4.º da Lei da alienação parental, que estes processos têm tramitação prioritária, pois que o tempo da criança não é igual ao tempo do adulto.

Por conseguinte, no seu art.º 6.º, prevê um elenco de punições para o progenitor alienador, a aplicar pelo tribunal consoante a gravidade dos atos, sem deixar de lado a responsabilidade civil e criminal, tais como: “*declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienador; estipular multa ao alienador; determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; declarar a suspensão da autoridade parental...*”.

De outra senda, caminha para o progresso com o projeto-lei da guarda compartilhada.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) aprovou no dia 2 de Setembro, o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 117/2013, que foi sancionado, e hoje constitui a Lei n. 13.058, de 22 de Dezembro de 2014,²⁴ que determina que em caso de desacordo entre os progenitores, se os dois estiverem aptos para exercer o poder familiar, o juiz deverá aplicar a guarda compartilhada. Excecionando-se apenas quando um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda do filho.

Apesar do objetivo ser permitir a ampla convivência dos filhos com os genitores, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) defende como mais correcta e adequada a expressão *convivência fa-*

²⁴ Disponível na URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm.

miliar, ao invés do termo *guarda*, tendente a causar falsa impressão de “disputa” pela posse dos filhos, o que não se coaduna com os avanços e evoluções sociais, que devem ser orientados sempre pela busca do superior interesse da criança e do adolescente.

O IBDFAM enviou alterações à proposta, extraídos do Estatuto das Famílias (PLS 470/2013), o maior Projeto de lei em tramitação na América Latina, apresentado pela senadora Lídice da Mata em Novembro de 2013 e que tem como objetivo atender as demandas das famílias:

“...Art. 1º Pais e filhos têm direitos e deveres recíprocos de convivência familiar.

Art. 2º O exercício da convivência familiar entre pais e filhos menores de idade ou incapazes, deve ser definido por convenção dos pais.

Parágrafo único. Não havendo consenso dos pais, a convivência familiar deve ser objeto de decisão judicial com utilização sempre que possível de conciliação ou mediação interdisciplinar.

Art. 3º A convivência é compartilhada ainda que haja desavença entre os pais, devendo haver a fixação da modalidade de convívio com cada um deles.

§ 1º - Para atender ao melhor interesse do filho, o juiz pode restringir o direito de convivência em relação a um dos pais, sem prejuízo do exercício da autoridade parental.

§ 2º - O direito à convivência familiar pode ser judicialmente suspenso quando assim impuser o melhor interesse do filho.

§ 3º - Sempre que possível deve ser ouvida

equipe multidisciplinar e realizada mediação familiar.

Art. 4º Os filhos não podem ser privados da convivência com ambos os pais, independentemente de qualquer deles constituir nova entidade familiar.

Art. 5º Qualquer dos pais pode fiscalizar e acompanhar o exercício da convivência em relação ao outro, tendo o direito de acompanhar o processo educacional do filho e ser informado das questões referentes a saúde.

Parágrafo único – Havendo indícios de aplicação não adequada da verba alimentar, o alimentante pode exigir esclarecimentos.

Art. 6º O direito à convivência estende-se a qualquer pessoa com quem a criança ou o adolescente mantenha vínculo de afetividade.

Art. 7º As disposições relativas à convivência familiar dos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.

Art. 8º Verificando que os filhos não devem permanecer na convivência dos pais, o juiz deve deferir a convivência a quem revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e a relação de afetividade.

Parágrafo único. A decisão deve assegurar aos pais o direito à convivência familiar assistida, salvo se não atender ao melhor interesse dos filhos...”.

Desta forma visando salvaguardar a perpetuidade das relações parentais e salvaguardar a intersubjectividade da criança ou adolescente, com vista à protecção constitucionalmente consagrada do direito à convivência familiar, enquanto direito bilateral assente nos fundamentos da dignidade da

pessoa, no superior interesse da criança e na natureza afectiva das relações familiares, surgiu o presente projecto-lei para responder àquelas que são as necessidades das famílias e do sistema judiciário de hoje.

CONCLUSÃO:

Tem-se verificado evolução da consciência social e jurídica, buscando adaptar o direito às realidades vividas, e buscando acompanhar essa evolução da família social, protegendo-a, salvaguardando-a como bem de interesse público.

Tal implica não só conscientizar para os danos decorrentes do conflito parental, mas também reprimir as condutas e preveni-las, salvaguardando o bem-estar e desenvolvimento das crianças e jovens, promovendo uma infância mais plena e sã possível, estreitando os laços familiares e rede de contatos da criança. Prevenção e repressão são duas faces da mesma moeda, pois sempre iremos encontrar situações de pais que se consciencializam e corrigem a sua conduta; como pais que aproveitarão as falhas do sistema, a morosidade dos tribunais e contando com a inércia ou brandura das decisões para criarem situações de facto inalteráveis incumprindo sucessivamente todos os despachos e sentenças, com absoluto repúdio e desprezo pela autoridade dos tribunais – mas mais grave, pela autonomia dos direitos substantivos e fundamentais dos seus filhos.

No Brasil, embora ainda se debata com inúmeros casos, verificando-se um crescimento deste fenómeno (como se tem verificado em todos os ordenamentos), tem empenhado maiores esforços

e, por isso, maiores conquistas no seu combate. O Brasil além das inúmeras campanhas, discussões no Senado, formações, seminários e congressos que tem realizado nos últimos anos, a fim de sensibilizar não só a comunidade, mas também os aplicadores do direito para esta realidade e formas de lidar com ela, bem como preveni-la, possui uma lei específica sobre a alienação parental, o que é, sem dúvida, uma mais-valia, porque auxilia os operadores do direito na sua identificação e actuação jurídico-processual.

Há ainda um longo caminho a percorrer que passa não só pela sensibilização, mas pelo empenhamento e investimento em estudo, investigação e formação específica sobre o fenómeno, pois que sem um conhecimento profundo e domínio do tema não é possível ter uma actuação correctamente direccionada ao fim/objetivo – é necessário promover uma melhor aplicação do direito neste campo da família.

Outros países, na América Latina têm seguido os passos do Brasil, adaptando e criando legislação a um fenómeno que tem características e dinâmicas próprias, que o distingue dos demais casos de regulação das responsabilidades parentais – é a litigância desenfreada e a transformação do conflito conjugal em parental que o distingue.

Verifica-se, portanto, preocupação em actualizar o direito de família às novas exigências da sociedade, adequando-o às reais e actuais necessidades das famílias contemporâneas.

Ao passo que em Portugal, apesar da comunidade estar cada vez mais aberta ao tema e cada vez mais buscar soluções e respostas para as questões da alienação parental, verifica-se ainda uma grande

resistência ao tratamento jurídico do tema, levantando inúmeras reservas, desde a alegação de não se tratar de tema jurídico, até à alegação de que existem mecanismos jurídicos para solucionar este tipo de problemas.

Contudo, o fenómeno é sim tema jurídico, além de sóciofamiliar, pois tem como palco principal os tribunais, arrastando-se os conflitos em de-longas processuais entre a fixação de regimes provisórios, definitivos e incumprimentos sucessivos, incumbindo aos Tribunais por termo e solucionar, aproveitando as mais-valias da reforma legislativa nos direitos das crianças, mas compreendendo que não basta ter ideias vagas ou tratar as questões pela rama – é preciso ir mais fundo na compreensão da temática, das suas características e dinâmicas, aprender a identificar para melhor solucionar, pois sem um verdadeiro e profundo conhecimento dificilmente se consegue promover mudanças adequadas. É preciso, assim, sair da zona de conforto e ir mais longe, deixando de lado aspectos periféricos e procurando, verdadeiramente, ferramentas para solucionar este tipo de condutas parentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAINHAM, Andrew, et.al (2003), *Children and Their Families: Contact, Rights and Welfare*, Art Publishing, Oxford, UK.
- DARNALL, Douglas (1999), *Parental Alienation: Not In The Best Interest Of The Children*, North Dakota Law Review, Volume 75, 1999, pp. 323-364, Disponível na URL: <http://www.fact.on.ca/info/pas/darnal99.htm>.
- DIAS, Maria Berenice (2009), Alienação Parental: O que é Isso?, in *Revista do Cao Cível*, Ministério Público do Estado do Pará, Procuradoria-Geral de Justiça, n.º 15, ano 11, pp. 45-48, disponível na URL: <https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/REVISTA%20DO%20CAO%20CIVEL%2015%283%29.pdf>.
- FONSECA, Priscila Maria (2009), Síndrome de Alienação Parental, in *Revista do Cao Cível*, Ministério Público do Estado do Pará, Procuradoria-Geral de Justiça, n.º 15, ano 11, pp. 49-60, disponível na URL: <https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/REVISTA%20DO%20CAO%20CIVEL%2015%283%29.pdf>
- LEITE, André Lamas, O crime de subtração de menor – Uma leitura do reformado artigo 249.º do Código Penal, *Revista Julgar*, n.º 7, 2009.
- PODEVYN, François (2001), *Syndrome D'alienation Parentale*, disponível na URL: <http://www.paulwillekens.be/pw/pas.htm#1.1>.
- PODEVYN, François (sem data), *Comprendre le processus de Alienation Parentale*, disponível na URL: http://www.vaeter-aktuell.de/francais/Francois_Podevyn_-_Comprendre_le_processus_de_l_alienation_parentale.pdf.
- RIBEIRO, Maria Saldanha (2007), *Amor de Pai*, Editora Dom Quixote, Coleção Livros D'hoje, Portugal.
- SÁ, Eduardo (2011), *Alienação Parental*, Almedina, Coimbra.
- SANTOS, André Teixeira dos, Do Crime de Subtração de Menor nas Novas Realidades Familiares, in *Revista Julgar*, n.º 12, 2010, p. 247.
- SILVA, Iracema Jandira (2009), Síndrome de Alienação Parental e o Titular do Direito de Visita, in *Revista do Cao Cível*, Ministério Público do Estado do Pará, Procuradoria-Geral de Justiça, n.º 15, ano 11, pp. 61-84, disponível na URL: <https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/REVISTA%20DO%20CAO%20CIVEL%2015%283%29.pdf>
- SOTTOMAYOR, Clara, *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra Ed., 2010.
- SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de (2009), in *Psicologia Forense E Psicologia Jurídica: Síndrome De Alienação Parental E Narcisismo*, Universidade Federal De Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Belo Horizonte, Brasil, disponível na URL: <http://www.psicologianet.com.br/psicologia-forense-e-psicologia-juridica-pesquisa-cientifica-com-o-tema-sindrome-de-alienacao-parental-e-narcisismo/1953/>.
- WARSHAK, Richard A. (2010), *Ciências Sociais e Alienação Parental: Examinando as Controvérsias e as Evidências*,

in *Revista Cao Civel*, n.º 16, Ministério Público do Estado do Pará, Procuradoria-Geral de Justiça, n.º 15, ano 11, pp. 123-164, disponível na URL: https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/REVISTA%2016%20-%20CAO%20C%C3%83_VEL%282%29.pdf.

Doutrina

O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS, O DIREITO À HISTORICIDADE PESSOAL E A LEI 14/2009, DE 1 DE ABRIL, À LUZ DO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE 15 DE MAIO DE 2014: “SHOW ME THE MONEY?”

Hugo Luz dos Santos

Magistrado do Ministério Público

Palavras chave: Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas; Dano de Perda de Chance; Manifesta Inconstitucionalidade da Lei n.º 14/2009, de 01 de Abril.

Keywords: The Right to Know One’s Genetic Origins; Lost of Chance; Manifest Unconstitutional nature of the Law N.º 14/2009, of the 1st of April.

Resumo: O presente estudo reflecte sobre o Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas, no quadro da Lei n.º 14/2009, de 01 de Abril; analisado à luz do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de Maio de 2014.

Sustenta-se a flagrante inconstitucionalidade da Lei n.º 14/2009, de 01 de Abril; advoga-se, igualmente, a afirmação do dano de perda de chance do cidadão de conhecer as suas origens genéticas.

Abstract: The present article intend to scrutinize the The Right to Know One’s Genetic Origins, regarded within the scope of the Law n.º 14/2009, of 1st of April; on the light of the Supreme’s Court Decision, of 15th of May of 2014.

Likewise, we address the blatant unconstitutional nature of the Law n.º 14/2009, of 1st of April; moreover, the article emphasize the lost of chance of citizens Right to Know One’s Genetic Origins.

SUMÁRIO : I) Súmula dos factos relevantes para a decisão judicial; II) Resenha sobre o sentido da decisão judicial; III) A Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril e a questão da caducidade da Acção de Investigação da Maternidade – *aplicação imediata por retroconexão ou por retractividade?*; IV) Os prazos de caducidade das acções de investigação da maternidade e *direito ao conhecimento das origens genéticas*: a questão do “*direito à eliminação da mentira*” e a admissibilidade, *de jure condendo*, da “*acção de informação pessoal*” (RAFAEL VALE E REIS); V) Argumentos jurídico – civis: a *Surrectio* e a *Supressio* enquanto mecanismos de tutela do abuso do direito do investigador da maternidade: a questão da *(in)divisibilidade* do estatuto pessoal e patrimonial do investigador da maternidade e a solução normativa contida no art.º 1656.º, do Código Civil de Macau que, assente no exercício abusivo do direito, determina a *ineficácia patrimonial do estabelecimento do vínculo de paternidade* - breves notas; VI) Argumentos jurídico-civis: A *perda de chance* processual de exercício do *direito de acção ao conhecimento das origens genéticas* como expressão prática da *aplicabilidade imediata* da Lei n.º 14/2009, de 1 Abril; VII) Argumentos jurídico-constitucionais: a violação

61

do princípio da *proibição do défice* ou da *insuficiência*, por ausência de mecanismos protectores do *direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas*, como expressão prática da *aplicabilidade imediata* da Lei n.º 14/2009, de 1 Abril; VIII) Argumentos jurídico – constitucionais: os limites à *retroconexão* da Lei Nova e a inconstitucionalidade material do art.º 3.º, da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril. O *efeito aditivo* emergente da declaração de *inconstitucionalidade com obrigatoria geral* emitida pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006 e a Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril- brevíssimas notas ^{1/2/3/4/5/6}.

¹ Muito agradecemos ao Senhor Professor Doutor Joaquim Freitas da Rocha, brilhante académico da Escola de Direito da Universidade do Minho, pelo estímulo, continuamente manifestado, e sempre tão bondosamente nutrido, no que toca à publicação deste e de outros estudos deste *proto-jurista*. O que devo ao académico, exemplo de pundonor científico, e à pessoa, repositório fiel das qualidades *dianoéticas* propugnadas por Aristóteles, transcende, em muito, a mera menção de um agradecimento público e nunca, pelo menos com a justiça devida, poderia ser aqui narrado. Os erros, omissões e imprecisões – e são muitos!- são imputáveis, em exclusivo, ao autor deste estudo.

² É devida uma menção de agradecimento ao Senhor Professor Doutor Pedro Caeiro, eminente cultor de Direito Penal da (também) *minha* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e a quem temos o gosto de chamar o *nosso* Mestre de Direito Penal, e que nos ensinou a *pensar* o direito penal sem ser a *direito*. Os erros, omissões e imprecisões – e são muitos!- são imputáveis, em exclusivo, ao autor deste estudo.

³ É ainda devida uma palavra de agradecimento ao Senhor Professor Doutor Wladimir Brito, proeminente Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho, pela amabilidade académica e pelo sentido de humanismo com que sempre nos presenteou. Os erros, omissões e imprecisões – e são muitos!- são imputáveis, em exclusivo, ao autor deste estudo.

⁴ É ainda devida uma palavra de agradecimento ao Senhor Professor Doutor Paulo Cardinal, preeminente Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, pela extrema bondade e generosidade com que, tão desinteressadamente, nos tem presenteado. Actos de puro altruísmo académico, esses, que são, em si mesmo tomados, insusceptíveis de narração. Os erros, omissões e imprecisões – e são muitos!- são imputáveis, em exclusivo, ao autor deste estudo.

I

Resulta dos autos que os factos relevantes para decidir o recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça são os seguintes:

1º. A presente acção considera-se proposta em 5 de Dezembro de 2011 (cfr. data da expedição da petição inicial, fls. 24).

2º. A autora, AA, nasceu em de Janeiro de ... (cfr. fls. 29).

3º. A mãe da autora, BB (2), nasceu em ... de Fevereiro de ... (cfr. fls. 35) e morreu em ... de Dezembro de ... (cfr. fls. 35)

4º. No respectivo assento de nascimento não se encontra indicada a filiação materna (cfr. fls. 35)

5º. BB (1), cuja maternidade em relação à mãe da autora esta pretende estabelecer, nasceu em ... de Março de ... (cfr. fls. 14) e morreu em ... de Fevereiro de ... (cfr. fls. 33).

⁵ É também devida uma palavra de agradecimento ao Senhor Professor Doutor Jorge Duarte Pinheiro, preeminente Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pela amável disponibilidade em tecer pertinentes observações críticas a uma versão anterior deste estudo. Agradecemos, igualmente, à Professora Doutora Cristina Dias, eminente cultora de Direito da Família da Escola de Direito do Minho, a disponibilidade manifestada para, igualmente, analisar cientificamente este modesto estudo. Os erros, omissões e imprecisões – e são muitos!- são imputáveis, em exclusivo, ao autor deste estudo.

⁶ Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

II

A questão em causa neste recurso, refere o Supremo Tribunal de Justiça⁷, é a de saber se a recorrente tem legitimidade para propor uma acção de investigação da maternidade de sua mãe, falecida quando a acção foi proposta.

Ambas as instâncias entenderam que não, com o fundamento de que o prazo de que dependia essa legitimidade – *dez anos contados da data em que a mãe da autora atingiu a maioridade* – já tinha decorrido quando a acção foi proposta (artigos 1818º e 1817º, nº 1, do Código Civil); consequentemente, absolveram a ré da instância, sem apreciarem os demais obstáculos suscitados na contestação.

Com efeito, a mãe da autora, nascida em ... de Fevereiro de ..., atingiu a maioridade em ... de Fevereiro de ... (ou seja, aos 21 anos, nos termos dos artigos 97º e 311º do Código Civil então em vigor); assim sendo, quando foi proposta esta acção, já tinham passado muito mais de dez anos sobre a data da maioridade da mãe da autora; mais precisamente, haviam passado cinquenta e oito anos sobre esse momento, *uma vez que se aplica o prazo previsto na lei em vigor no momento do exercício do direito (ou seja, da propositura da acção), a Lei nº 14/2009, de 1 de Abril (assim, por exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Janeiro de 2002, www.dgsi.pt, proc nº 01A3796).* (itálico nosso).

A autora afirma a inconstitucionalidade da fixação

⁷ Faremos uma menção, necessariamente sincopada, cingida aos aspectos relevantes que estiveram na base da prolação do Acórdão; por conseguinte, neste número, acompanharemos *pari passu*, mesmo literalmente, o sentido da decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça; a versão integral do Acórdão pode ser facilmente confrontável em www.dgsi.pt.

de um prazo de caducidade para a propositura da acção de investigação da maternidade, sustentando a imprescritibilidade do direito correspondente; e sustenta ainda que essa inconstitucionalidade tem como consequência necessária a eliminação do prazo previsto no artigo 1818º do Código Civil, razão pela qual lhe deve ser reconhecida legitimidade para a presente acção. (itálico nosso).

No entanto, considerou o Supremo Tribunal de Justiça, não tem. É certo que, concluindo-se no sentido da legitimidade constitucional da subordinação a um prazo de caducidade do direito de investigar a maternidade ou a paternidade, será inevitável concluir igualmente que não é inconstitucional a previsão de um prazo de caducidade para a hipótese de a acção ser proposta por um descendente do pretense filho.

Mas já não é certo, continuou o Supremo Tribunal de Justiça, que um juízo de inconstitucionalidade tenha necessariamente que levar à segunda inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal de Justiça, citando Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, vol. II, *Direito da Filiação*, tomo I, *Estabelecimento da Filiação. Adopção*, Coimbra, 2006, referiu que, ainda que se entenda ser inconstitucional a existência de prazo para o filho instaurar a acção de investigação, “(...) *ainda não foi discutida a questão de saber se a determinação de um prazo para os familiares seria também inconstitucional; a lei italiana, que considera a acção imprescritível, determina um prazo de dois anos para os familiares intentarem a acção (art. 270º).*”

Tenha-se presente, para além do mais, argumenta o Supremo Tribunal de Justiça, que não se

afigura correcto entender que o direito de investigar a maternidade, encabeçado pela mãe da autora, se transmitiu a esta. O que resulta do disposto no artigo 1818º do Código Civil, quando permite aos descendentes e, desde a reforma do Código Civil de 1977, ao cônjuge sobrevivente, que continuem com a acção iniciada pelo investigador-filho, ou que a proponham, se este morreu ainda no prazo legalmente definido para a iniciar, é antes a atribuição de um direito próprio desses familiares (assim, acórdão do Supremo Tribunal de 15 de Maio de 2013, n.º 787/06.7TBMAL.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, V, Coimbra, 1995, págs. 88-89 ou Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *op. cit.*, pág. 214: “*eles agem no exercício de um direito próprio que lhes advém da relação conjugal ou do vínculo de sangue, e que tutela um interesse de ordem pessoal, um interesse familiar*”.

O direito de investigação da maternidade é um direito eminentemente pessoal, insusceptível de transmissão. A legitimidade (processual) que o artigo 1810º do Código Civil confere aos familiares ali identificados decorre da titularidade do direito que lhes é reconhecido.

De qualquer modo, assevera o Supremo Tribunal de Justiça, *seguro é que a não inconstitucionalidade da norma contida no n.º 1 do artigo 1817º do Código Civil, segundo a qual o direito do (pretense) filho de instaurar a acção de investigação da maternidade caduca se a acção não for instaurada durante a sua menoridade ou nos dez anos posteriores à maioridade ou à emancipação*, implica a não inconstitucionalidade da norma segundo a qual o filho do (pretense) filho, se este último não tiver proposto a acção de investigação, só a pode propor “antes de terminar o prazo” de dez anos, contados a partir da maioridade daquele (italico nosso).

A este propósito, o recorrente sustentou que “a norma do artigo 1817º, n.º 1 do Código Civil”, ao estabelecer um prazo de caducidade, é

– *ilegal*, por infringir o disposto nos artigos 1796º (estabelecimento da filiação) e 1797º, n.ºs 1 e 2 do Código Civil (atendibilidade da filiação e eficácia retroactiva do estabelecimento da filiação),

– e *inconstitucional*, por: violação do direito à identidade pessoal entendido como “um direito à historicidade pessoal, origem/ascendência biológica de cada um” – artigos 26º, 18º e 36º, n.º 1, da Constituição).

Em primeiro lugar, refere o Supremo Tribunal de Justiça, cumpre observar que não ocorre a apontada ilegalidade – admitindo, apenas para efeitos de raciocínio, que se poderia identificar tal vício numa hipótese de relações entre normas do mesmo grau hierárquico; o que, no caso presente, se não afigura plausível.

Por um lado, não há nenhuma incompatibilidade entre prever um prazo para a propositura da acção de investigação e afirmar que a filiação se estabelece “nos termos dos artigos 1803º a 1825º” do Código Civil, entre os quais se encontra o reconhecimento judicial, obtido em acção de investigação da maternidade (artigo 1814º do Código Civil).

Por outro, também não se vê que a existência de um prazo seja contraditória com a atribuição de eficácia retroactiva ao estabelecimento da filiação. Pense-se, por exemplo, na anulação de um negócio jurídico, que só pode ser pedida no prazo de um ano, contado da cessação do vício que lhe deu causa (n.º 1 do artigo 287º do Código Civil), mas que, se

tempestivamente invocada, destrói retroactivamente os respectivos efeitos (nº 1 do artigo 289º do mesmo Código).

Nem tão pouco contradiz a regra de que os efeitos jurídicos da filiação “só são atendíveis” se a mesma “se encontrar legalmente estabelecida”.

Da conjugação destes preceitos decorre antes que, se a filiação se não encontrar estabelecida por outra forma, a produção dos respectivos efeitos, *que é retroactiva, só se alcança se a acção de investigação correspondente for instaurada dentro do prazo legalmente previsto, rematou o Supremo Tribunal de Justiça.* (itálico nosso).

A *inconstitucionalidade* suscitada pela recorrente foi já apreciada por diversas vezes, quer por este Supremo Tribunal, quer pelo Tribunal Constitucional., embora no âmbito de acções de investigação da paternidade (às quais se aplica, por remissão, o prazo previsto no nº 1 do artigo 1817º do Código Civil). Apesar da existência de divergências no Supremo Tribunal de Justiça (no sentido da não inconstitucionalidade, vejam-se, apenas a título de exemplo, os acórdãos de 13 de Setembro de 2012, www.dgsi.pt, proc. nº 146/08.7TBSAT.C1.S1 ou de 9 de Abril de 2013, www.dgsi.pt, proc. nº 187/09.7TBPF.R.P1.S1); em sentido diverso, cfr., por exemplo, os acórdãos de 8 de Junho de 2010, www.dgsi.pt, proc. nº 1847/08.5TVLSB-A.L1.S1 ou de 10 de Janeiro de 2012, www.dgi.pt, proc. nº 193/09.1TBPTL.G1.S1), a verdade é que se encontra estabilizada, na jurisdição constitucional, a orientação que nega a inconstitucionalidade.

Não é apenas no âmbito das acções de investigação de maternidade ou de paternidade que a lei por-

tuguesa vigente condiciona o direito de estabelecer juridicamente uma filiação coincidente com a filiação biológica; assim sucede, por exemplo, no caso de ter sido decretada a adopção plena, em que “não é possível estabelecer a filiação natural do adoptado nem fazer a prova dessa filiação fora do processo preliminar de publicações” (artigo 1987º do Código Civil), ou no âmbito da procriação medicamente assistida, nas situações previstas nos artigos 10º e 21º da Lei nº 32/2006, de 26 de Julho, nas quais se exclui a possibilidade de estabelecimento de relações de filiação dos dadores com a criança que vier a nascer, como aliás se recorda no acórdão nº 411/2011 do Tribunal Constitucional, já citado.

Por conseguinte, refere o Supremo Tribunal de Justiça, estas opções significam que o legislador ordinário entende que o valor do *reconhecimento jurídico da filiação biológica* – da *identidade pessoal*, para cuja construção indubitavelmente releva o conhecimento da ascendência, pelo menos imediata ou mais próxima – tem de ser confrontado com outros valores individual e socialmente relevantes, e que podem justificar a definição de condicionamentos para a sua prossecução. (itálico nosso).

No caso que agora nos interessa, repisa o Supremo Tribunal de Justiça, *a lei civil condiciona o exercício do direito de estabelecer juridicamente a maternidade ou a paternidade à necessidade de observância de um prazo de caducidade*. Trata-se, aliás, um prazo bastante alargado, desde que a Lei nº 14/2009, de 1 de Abril, alterou o nº 1 do artigo 1817º do Código Civil, na sequência do acórdão nº 23/2006 do Tribunal Constitucional, de 10 de Janeiro de 2006, que declarou «a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, aplicável por força do artigo 1873.º do mesmo Código,

na medida em que prevê, para a caducidade do direito de investigar a paternidade, um prazo de dois anos a partir da maioria do investigador, por violação das disposições conjugadas dos artigos 26.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.” Com este julgamento, como se sabe, o Tribunal Constitucional não julgou constitucionalmente censurável a definição legal de prazos de caducidade; apenas excluiu a legitimidade da fixação de um prazo impreterível e objectivo de dois anos a contar da maioria, por significar “uma diminuição do alcance do conteúdo essencial dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família, que incluem o direito ao conhecimento da paternidade ou da maternidade.” (acórdão n.º 23/2006 do Tribunal Constitucional). (itálico nosso).

Manteve assim este acórdão a orientação que vinha sendo seguida pelo Tribunal Constitucional, quanto à legitimidade constitucional, em abstracto, da fixação de um prazo que, como veio a escrever-se no acórdão n.º 401/2011 do mesmo Tribunal Constitucional, seja “suficiente para assegurar que não opera qualquer prazo de caducidade para a instauração pelo filho dum a acção de investigação da paternidade, durante a fase da vida deste em que ele poderá não ter a maturidade, a experiência de vida e a autonomia suficientes para sobre esse assunto tomar uma decisão suficientemente consolidada”; ou seja: desde que sejam respeitados os princípios da adequação e da proporcionalidade a que se refere o acórdão n.º 451/89 do Tribunal Constitucional, www.tribunalconstitucional.pt. (itálico nosso).

Atendem-se, simultaneamente, os valores da certeza e segurança das relações jurídicas, em particular quanto à vida privada do investigado e da sua família, tanto mais merecedores de tutela quanto mais recuados no tempo forem os factos a investigar. (itálico nosso).

Aqui chegados, há que concluir pela não inconstitucionalidade do prazo indirectamente fixado pelo artigo 1818º do Código Civil para delimitar o momento até ao qual o filho do falecido progenitor que, em vida, não propôs a acção de investigação, pode propor a acção de investigação. No fundo, a lei reconhece ao interessado directo – o filho do investigado – o direito de decidir sobre o reconhecimento jurídico da relação de filiação de que será parte; e, se não infringe a Constituição que o exercício do direito de investigação esteja condicionado pelo prazo fixado no n.º 1 do artigo 1817º do Código Civil, também não a contraria a aplicação do mesmo prazo ao filho que, após a morte do progenitor, decide instaurar a acção.

Resta observar que, no caso, é particularmente visível a extemporaneidade da propositura da acção, que se reflecte na (i) legitimidade da autora. À data da propositura da acção, como se viu, haviam decorrido já 89 anos sobre o nascimento, 68 anos sobre a data em que atingiu a maioria e 13 anos sobre a morte da mãe da autora, que manifestamente não quis fazer reconhecer a sua filiação materna (não vindo agora ao caso analisar o regime que hipoteticamente lhe seria aplicável). (negrito e itálico nossos).

No caso concreto, são pois manifestamente insusceptíveis de relevar as observações desenvolvidas pela recorrente quanto aos “poderes e deveres” resultantes do estabelecimento da filiação, nomeadamente o “dever de respeito, auxílio e assistência mútua”, o dever de alimentos ou o “dever de contribuir para os encargos da vida familiar, aquando da vida em comum”.

Nestes termos, o Supremo Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso.

III

A Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, com início da vigência no dia 2 de Abril, ao aditar uma nova redacção do artigo 1817.º, do Código Civil, passou a estatuir *prazos de caducidade* do direito de estabelecer a *maternidade* e a *paternidade* – esta última *ex vi* do artigo 1873.º do Código Civil⁸. Isto porque, na sequência de várias declarações de inconstitucionalidade material, que atingiram a anterior redacção desta norma⁹, o Tribunal Constitucional declarou, em 10 de Janeiro de 2006¹⁰, com *força obrigatória geral* tal preceito materialmente inconstitucional, por violação dos direitos fundamentais à *identidade pessoal* e a *constituir família* (artigos 18.º/2, 26.º/1 e 36.º/1, todos da Constituição da República Portuguesa)¹¹.

⁸ Neste sentido, J.P. REMÉDIO MARQUES, «*Caducidade de Acção de Investigação da Paternidade: o problema da aplicação imediata da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, às acções pendentes*», in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC), Volume LXXXV, Coimbra Editora, Coimbra, (2009), pp. 200, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

⁹ A *viragem jurisprudencial* iniciou-se, no essencial, com o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/2004 de 7 de Julho, in *Diário da República*, II Série, n.º 35, de 18/02/2005, p. 2456 (PAULO MOTA PINTO); e acórdão do Tribunal Constitucional n.º 11/2005, de 12 de Janeiro, *ivi*, II Série n.º 55, de 18/03/2005, p. 4408 (PAULO MOTA PINTO); *tournant* jurisprudencial, este, que foi perfilhado com as decisões sumárias n.º s 114/2005, de 9 de Março, e 228/2005, de 4 de Agosto, do mesmo Tribunal. Até essa data prevalecia a orientação inaugurada pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 413/89, de 31 de Maio (CARDOSO DA COSTA), in *Diário da República*, II Série, n.º 213, de 15/09/1989, p. 9244; *idem*, n.º 451/89, de 21/06/1989 (NUNES DE ALMEIDA), *ivi*, n.º 218, 21/09/1989, p. 9521; *ibidem*, n.º 311/95, de 20/06/1995 (ALVES CORREIA); *ibidem*, n.º 506/99, de 21/09/1999 (TAVARES DA COSTA); *ibidem*, n.º 525/2003, de 29/10/2003 (MARIA DOS PRAZERES BELEZA), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, in *Diário da República*, I Série-A, de 8/02/2006, p. 1026 (PAULO MOTA PINTO).

¹¹ Neste sentido, J.P. REMÉDIO MARQUES, «*Caducidade de Acção de Investigação da Paternidade: o problema da aplicação imediata da Lei n.º*

Porquanto, o art.º 1817.º, n.º 1, do Código Civil previa, no que respeita à caducidade do direito de investigar a paternidade (ou a maternidade), *um prazo de dois anos* a partir da maioridade do investigador.

No que concerne aos *efeitos emergentes* da declaração de inconstitucionalidade material com *força obrigatória geral*, quer a doutrina¹², quer a jurisprudência¹³ têm perfilhado a interpretação segundo a qual os efeitos dessa declaração não reprimam quaisquer normas, *mas apenas deixaram sem prazo as acções de investigação da paternidade ou da maternidade* fundadas no fenómeno da filiação biológica.

Assim, a partir de Janeiro de 2006, a acção de investigação da paternidade ou da maternidade podia, em princípio, *ser proposta a todo o tempo* – isto sem prejuízo de o Tribunal Constitucional não ter negado a eventual constitucionalidade de leis futuras que viessem a estabelecer um limite temporal ao reconhecimento judicial da paternidade ou da

67

¹² Neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA «*Caducidade das acções de investigação*», in *Lex Familia*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano I, n.º 1, (2004), p. 9; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. II, *Direito da Filiação*, Tomo I, *Estabelecimento da Filiação. Adopção* (com a colaboração de RUI MOURA RAMOS), Coimbra, Coimbra Editora, (2006), p. 139.

¹³ Ver, por todos, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31/01/2007 (BORGES SOEIRO); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23/10/2007 (MÁRIO CRUZ); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3/07/2008 (PIRES DA ROSA), disponível em www.dgsi.pt.

maternidade^{14/15/16}.

Com efeito, com a entrada em vigor da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, o legislador veio consagrar um novo regime jurídico respeitante aos *prazos de caducidade do direito de intentar acção de investigação da paternidade (e da maternidade)*. Doravante, o investigador dispõe, em regra, de um prazo de 10 anos subsequente à maioridade para intentar a acção de investigação.

Como bem afirma o Professor REMÉDIO MARQUES, é decisivo determinar o “domínio de competência” da Lei nova (LN) face ao “domínio de competência” do regime jurídico pretérito¹⁷.

A Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, referiu-se a *factos jurídicos*, mais precisamente a *factos duradouros* (ou situações de facto)¹⁸; ou seja, a acontecimentos da vida real que se *protraem* no tempo: no caso concreto, esta lei referiu-se ao próprio tempo enquanto *facto impeditivo do direito de accionar* o pretensão pai ou mãe

(o direito de acção)¹⁹, para o efeito de fazer constituir, através da sentença, um *vínculo de filiação paterna*²⁰.

Deste modo, se esta Lei Nova (a Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril) se aplica a factos que se *produziram* no domínio da vigência do regime jurídico anterior, haverá *retroconexão*: o preenchimento da Lei Nova (LN) faz-se com *factos já produzidos*²¹ (no caso concreto, julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, decorreram 68 anos sobre a data em que a mãe da investigante atingiu a maioridade).

Com efeito, a *retroconexão* decorre do preenchimento da previsão da LN com *factos passados* ou *já produzidos*. A *retroconexão* não conduz a qualquer alteração do passado, mas à *definição do presente em função de factos ou efeitos do passado*²².

A *retroconexão* pode ser *total* ou *parcial*. A *retroconexão* é *total* quando o facto ou o efeito que serve de *previsão* da LN já se verificou *totalmente* no passado (no caso concreto, a propositura da acção ocorreu 68 anos após a maioridade da mãe da investigante).

A *retroconexão* é *parcial* quando a *previsão* da LN engloba quer factos que ocorreram ou efeitos que se produziram na vigência da LN, quer factos ou efeitos que se verificaram na vigência da LN.

¹⁴ Neste sentido, J.P. REMÉDIO MARQUES, «*Caducidade de Acção de Investigação da Paternidade: o problema da aplicação imediata da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, às acções pendentes*», cit., pp. 203.

¹⁵ No mesmo sentido, J.P. REMÉDIO MARQUES, «*Caducidade de Acção de Investigação da Paternidade Fundada no Artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil, Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/04*», in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 4, Outubro-Dezembro de 2004, Coimbra, Coimbra Editora, (2004), pp. 48-49.

¹⁶ Neste sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporânea*, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, (2008), pp. 174.

¹⁷ Neste sentido, J.P. REMÉDIO MARQUES, «*Caducidade de Acção de Investigação da Paternidade: o problema da aplicação imediata da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, às acções pendentes*», cit., pp. 205.

¹⁸ Neste sentido, ainda que noutra âmbito temático, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, «*Aplicação da lei no tempo do artigo 164-A, do Código da Falência – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9.5.2006*», in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 16, Outubro/Dezembro 2006, Cejur, Braga, Coimbra Editora, (2006), pp. 65.

¹⁹ Sobre o *direito de acção*, na doutrina alemã, CLAUS ROSENBERG/KARL HEINZ SCHWAB/PETER GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München, C. H. Beck, 16. Auflage, (2004) § 2.II.2.

²⁰ Neste sentido, J.P. REMÉDIO MARQUES, «*Caducidade de Acção de Investigação da Paternidade: o problema da aplicação imediata da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, às acções pendentes*», cit., pp. 205.

²¹ Neste sentido, J.P. REMÉDIO MARQUES, «*Caducidade de Acção de Investigação da Paternidade: o problema da aplicação imediata da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, às acções pendentes*», cit., pp. 205.

²² Neste sentido, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «*Aplicação da lei no tempo*», in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 18, Abril/Junho 2007, Cejur, Braga, Coimbra Editora, (2007), pp. 13.

A *retroconexão* conduz à *aplicação imediata* da LN. Em concreto, no caso que nos interpela, na *retroconexão total*, a LN é *aplicada imediatamente* a factos ou a efeitos totalmente passados (a maioria da mãe da investigante).

Dado que a *retroconexão* pressupõe sempre a *aplicação imediata* da LN a certos factos ou efeitos (que, pelo menos em parte, já pertencem ao passado quando a LN entra em vigor), há que considerar que ela se encontra consagrada no art.º 12.º, n.º 1, 1ª parte, do Código Civil²³.

Poder-se-ia obter, como, aliás, mal, fez o Supremo Tribunal de Justiça, que a *aplicação imediata* da LN aos casos em que a acção é proposta 10 anos *após* a maioria da investigante (relembre-se, que, no caso concreto, a acção foi proposta 68 anos *após* a maioria da mãe da investigante) configura uma situação jurídica de *aplicação retroactiva* da LN. Mas não é assim: não se verifica nenhuma situação de retroactividade quando a lei nova utiliza na sua previsão *factos passados* para definir *efeitos futuros*, *pelo que também não existe nenhuma retroactividade quando factos passados são subsumidos à previsão de uma lei nova*. Desde que os efeitos valham para o futuro e mesmo que esses efeitos se produzam com base em factos passados, a *lei nova não é retroactiva*²⁴.

Com efeito, uma lei (só) é *retroactiva* quando *modifica uma situação jurídica para o passado*, ou seja, quando a altera, não a partir do momento da entrada em vigor da lei nova, mas do momento da constituição dessa situação ou de qualquer outro posterior

²³ Neste sentido, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «*Aplicação da lei no tempo*», cit., pp. 14.

²⁴ Neste sentido, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «*Regime da união de facto e aplicação da lei no tempo*», in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 36, Outubro/Dezembro 2011, Cejur, Braga, Coimbra Editora, (2011), pp. 59.

a essa constituição, mas anterior à entrada em vigor da lei nova²⁵.

Desta definição decorre que não pode ser considerada *retroactiva* a lei nova que permite a *constituição para o futuro* de uma situação jurídica *com base em factos passados*. Se a situação ainda não se constituiu, não há nada que possa ser afectado pela lei nova, e, por isso, esta não pode ser qualificada como *retroactiva*²⁶. O que pode acontecer é que a lei nova se sirva de um *facto passado para constituir, para o futuro, uma situação jurídica*: fala-se, então, de *retroconexão da lei nova*. Esta *retroconexão*, que é uma das modalidades da *aplicação imediata da lei nova*, pode ser *expressa*, se a lei nova utiliza como elemento da sua previsão um *facto passado* (repisa-se que, no caso concreto, julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, a mãe da investigante, ao tempo da propositura da acção, já tinha atingido a maioria há 68 anos); ou *implícita*, se da lei nova não resultar a exclusão da sua aplicação imediata a um facto anterior à data da sua entrada em vigor e se ela não respeitar a matérias (como a penal e a fiscal) em que a *retroconexão* não é admissível²⁷. É precisamente esse o caso da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, dado que nesta não se encontra nenhuma *exclusão* da sua aplicação a *factos passados*, nem ela se refere a matérias que obstem à sua *aplicação imediata* a esses factos.

²⁵ Neste sentido, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «*De novo o regime da união de facto e aplicação da lei no tempo – Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 3/2013, de 15.3.2012, Revista 772/10*», in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 42, Abril/Junho 2013, Cejur, Braga, Coimbra Editora, (2013), pp. 34.

²⁶ Neste sentido, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «*De novo o regime da união de facto e aplicação da lei no tempo – Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 3/2013, de 15.3.2012, Revista 772/10*», cit., pp. 34.

²⁷ Neste sentido, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «*De novo o regime da união de facto e aplicação da lei no tempo – Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 3/2013, de 15.3.2012, Revista 772/10*», cit., pp. 34.

A este propósito, e acompanhando o preclaro pensamento do Professor MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, convém acrescentar que o *princípio da aplicação imediata da lei nova*, que se encontra consagrado no art.º 12.º, n.º 1, 1ª parte, do Código Civil, não implica, ao contrário do propugnado pelo Supremo Tribunal de Justiça, que não possam ser utilizados *factos anteriores* à entrada em vigor da lei nova para preencherem a sua previsão.

Porquanto, *aplicação imediata da lei nova* quer dizer *aplicação dessa lei a quaisquer factos para o futuro*²⁸, não quer dizer *aplicação da lei nova apenas a factos futuros*. É, aliás, esta circunstância que permite enquadrar a *retroconexão*²⁹ como uma modalidade de *aplicação imediata da lei nova*: a circunstância de esta lei admitir que a sua previsão seja preenchida por factos passados *não a torna retroactiva*, ao contrário do que afirma o Supremo Tribunal de Justiça, se a situação jurídica que resulta da sua estatuição for *constituída apenas para o futuro*³⁰.

Revertendo ao caso vertente, e no que se refere à Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, estamos perante uma *retroconexão total*, pois o facto que serve de previsão da LN *já se verificou totalmente no passado*: com efeito, esta LN *encurta* o prazo de investigar a maternidade do investigador que, segundo abaliza a doutrina e jurisprudência, podia fazer-se *a todo o*

tempo a partir da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do art.º 1817.º, n.º 1, do Código Civil³¹.

A ser admitida a *retroconexão total* da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, ela é *aplicada imediatamente ao tempo já passado* desde que o investigador tenha atingido a maioridade ou emancipação. O que significa que, se assim for, esta LN *actuaria para o passado*, relativamente ao decurso do tempo já transcorrido desde a maioridade do investigador; atingindo factos (o decurso do tempo) já verificados ao abrigo do regime jurídico anterior, *diminuindo ou extinguindo, tout court*, o *direito de acção* da investigante (art.º 20.º, n.º 1, da CRP)³², e a sua *tutela jurisdicional efectiva* (art.º 268.º, n.º 4, da CRP). O que coloca diversas questões de constitucionalidade material que, adiante, serão dilucidadas.

IV

A *compatibilidade* da existência de prazos de caducidade das acções de investigação da paternidade ou maternidade com certos princípios constitucionais começou a ser discutida, há já algumas décadas, pela doutrina e jurisprudência^{33/34}.

³¹ Neste sentido, J.P. REMÉDIO MARQUES, «Caducidade de Acção de Investigação da Paternidade: o problema da aplicação imediata da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, às acções pendentes», cit., pp. 205.

³² Neste sentido, J.P. REMÉDIO MARQUES, «Caducidade de Acção de Investigação da Paternidade: o problema da aplicação imediata da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, às acções pendentes», cit., pp. 206.

³³ Neste sentido, CRISTINA M. A. DIAS, «Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade: Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09», in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 45, Janeiro/Março 2014, Cejur, Braga, Coimbra Editora, (2014), pp. 50, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente, em certos pontos deste apartado temático.

³⁴ Defendendo que “a consagração dos prazos de caducidade do direito de investigar a maternidade e a paternidade (ainda que se trate de um prazo dies a quo subjectivo) não se destina a salvaguardar valores constitucionais dignos de tutela”; Neste sentido, RAFAEL VALE E REIS, «Filho Depois dos 20...!

²⁸ Neste sentido, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «Aplicação da lei no tempo nos pactos de competência – Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 12/2007, de 18.10.2007», in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 23, Julho/Setembro 2008, Cejur, Braga, Coimbra Editora, (2008), pp. 52.

²⁹ Ou *referência pressupponente*, na taxionomia de JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 7ª reimpressão, (2012), pp. 236.

³⁰ Neste sentido, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «De novo o regime da união de facto e aplicação da lei no tempo – Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 3/2013, de 15.3.2012, Revista 772/10», cit., pp. 34.

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, de 10/1, ao declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do n.º 1 do art.º 1817.º, do CC, aplicável por força do art.º, 1873.º do mesmo Código em que previa, para a caducidade do direito de investigar a paternidade, um prazo de *dois anos* a partir da maioridade do investigante, por violação das disposições dos artigos 26.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da CRP, traduziu uma *viragem jurisprudencial* que se iniciou com o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/2004, de 7/7.

De facto, a jurisprudência constitucional anterior considerava, à semelhança do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15/05/2014, que a aplicação dos prazos previstos no art.º 1817.º às acções de investigação da paternidade não violava a constituição, uma vez que o estabelecimento de prazos para a propositura de tais acções *não implicava uma restrição do direito fundamental ao estabelecimento da relação de paternidade* resultante do direito à identidade pessoal previsto no art.º 26.º, da CRP³⁵. A existência de um prazo corresponderia apenas a uma *condição do exercício* de tal direito e não a limitação do conteúdo do mesmo. Nas acções de investigação da paternidade, além do direito do filho ao estabelecimento da filiação, haverá *outros interesses dignos de tutela*, tais como o interesse do pretenso pai em não ver indefinida ou excessivamente protelada uma situação quanto à sua paternidade³⁶; além disso, porventura, o próprio *interesse*, sendo o caso,

Notas ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/2004, de 7 de Julho, in Revista Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família, ano 2, n.º 3, Coimbra, Coimbra Editora, (2005), pp. 127-134.

³⁵ Neste sentido, CRISTINA M. A. DIAS, «Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09», cit., pp. 50.

³⁶ Neste sentido, RAFAEL VALE E REIS, «The Right to Know One's Genetic Origins: Portuguese Solutions in a Comparative Perspective», in European Review of Private Law, (2008) 16 ERPL 5, pp. 779-799.

da *paz e da harmonia da família conjugal* constituída pelo pretenso pai^{37/38}; colhendo os interesses em presença do pretenso progenitor respaldo constitucional nos artigos 25.º, n.º 1 (*integridade moral*), e 26.º, n.º 1 (*direito à reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar*), seja no art.º 67.º (*protecção da família*), seja só no valor da *segurança jurídica e certeza do direito*, como também afirmou o Supremo Tribunal da Justiça, já que a tal valor objectivo, que intimamente se conecta com o *direito à protecção jurídica* (art.º 20.º), não pode negar-se semelhante dignidade num Estado justamente “*de direito*”.³⁹

Ora, sendo estas as razões apontadas para a *existência de um prazo de caducidade das acções de investigação*, a verificação de uma alteração das circunstâncias pode implicar uma diferente forma de encarar o problema, tal como, aliás, referiu o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, 10/1⁴⁰.

Desde logo, como bem refere o Tribunal Constitucional, do *direito constitucional de constituir família* (art.º 36.º da CRP) resulta o *direito da filha* (autora/ investigante no caso julgado pelo STJ) *em ver estabelecidas as suas relações de maternidade e paternidade*. Por

³⁷ Neste sentido, CRISTINA M. A. DIAS, «Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09», cit., pp. 50.

³⁸ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 99/88, de 28/4, disponível em www.dgsi.pt.

³⁹ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 413/89, de 31/5, Diário da República II Série, n.º 23, de 15/9/1989, p. 9244 (CARDOSO DA COSTA); foi proferido idêntico juízo decisório nos Acórdãos do Tribunal Constitucional 451/89 (NUNES DE ALEMIDA), de 21/6/1989, Diário da República II Série, n.º 218, de 21/9/1989, p. 9521; n.º 311/95 (ALVES CORREIA), de 20/6/1995; 506/99 (TAVARES DA COSTA), de 21/9/1999; 525/2003 (MARIA DOS PRAZERES BELEZA), de 29/10/2003, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁴⁰ Neste sentido, CRISTINA M. A. DIAS, «Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09», cit., pp. 51.

outro lado, há a destacar o impulso científico e social para o *conhecimento das origens genéticas*, repousando esse ímpeto, observado o *equilíbrio de direitos e interesses envolvidos*, constitucionalmente protegidos, e que radicam, respectivamente, na esfera jurídica da investigante/filha e da investigada/pretenso mãe, na polarização do *direito da investigante/filha em conhecer a sua maternidade*⁴¹.

Ademais, a partir de 1997, consagrou-se, aliás, expressamente, um “*direito ao desenvolvimento da personalidade*” no artigo 26.º da Constituição^{42/43}, comportando dimensões como a *liberdade geral de acção* e uma *cláusula de tutela geral da personalidade*^{44/45}. E, se tanto a pretensa filha como a suposta progenitora podem invocar este preceito constitucional, não é “*excessivo*” dizer-se que ele “*pesa*” mais do lado da filha/autora, *para quem o direito de investigar a mater-*

nidade é indispensável para determinar as suas origens genéticas^{46/47/48/49}.

Ora se assim é, deve deslocar-se o *foco analítico* do (vetusto) argumento da “*caça às fortunas*” para a luz cinérea da *valorização da verdade e da transparência*, com a possibilidade de acesso a informação e dados pessoais e seu controlo, com a promoção do *valor da pessoa humana* e da sua “*auto-definição*”, que, inclui, inevitavelmente, o *conhecimento das suas origens genéticas e culturais*⁵⁰, e o *direito a conhecer a identidade dos pais biológicos*^{51/52}, enquanto corolários de uma *subespécie do direito geral de personalidade*^{53/54}.

Assim, o *direito ao conhecimento das origens genéticas*, como *subespécie do direito à verdade*, constitui um

⁴¹ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, 10/1 (PAULO MOTA PINTO), disponível em www.dgsi.pt.

⁴² Neste sentido, RAFAEL LUÍS VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Médico, n.º 12, Coimbra, Coimbra Editora, (2008), pp. 130.

⁴³ Neste sentido, muito recentemente, GUILHERME DE OLIVEIRA, «*Direitos fundamentais à Constituição da Família e ao Desenvolvimento da Personalidade*», in Revista Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família, Ano 9, n.ºs 17 e 18 (duplo), 2012, Coimbra, Coimbra Editora, (2014), pp. 7-8.

⁴⁴ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*BverfGE, Beschluss v. 26.4.1994, FamRZ 1994*, pp. 881 e ss); asseverar-se que este marcante aresto jurisprudencial versou concretamente sobre os prazos de impugnação da paternidade do marido da mãe, tendo aquele colendo Tribunal afirmado que não era constitucionalmente caucionável, à luz da expressa consagração constitucional do *direito geral de personalidade*, que o prazo para o filho impugnar a paternidade conjugal terminasse dois anos após a maioridade daquele, nos casos em que ele não conhecesse as circunstâncias das quais pudesse retirar que o marido da mãe não era o pai, assim recusando, sem excepção, a possibilidade de uma clarificação mais tardia das suas origens.

⁴⁵ No mesmo sentido, Acórdãos do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*BverfGE, Beschluss v. 18.1.1988, FamRZ 1988; BverfGE, Beschluss v. 6.5.1997, FamRZ 1997*).

⁴⁶ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, 10/1 (PAULO MOTA PINTO), disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁷ Neste sentido, CRISTINA M. A. DIAS, «*Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09*», cit., pp. 51.

⁴⁸ Neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA «*Caducidade das acções de investigação*», in Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano I, n.º 1, Coimbra, Coimbra Editora, (2004), pp. 8.

⁴⁹ Neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA «*Caducidade das acções de investigação*», in AAVV, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões; Coimbra, Coimbra Editora, (2004), pp. 50-51.

⁵⁰ Neste sentido, CRISTINA M. A. DIAS, «*Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09*», cit., pp. 51.

⁵¹ Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal Holandês (Acórdão *Valkenborst*), de 15 de Abril de 1994.

⁵² Neste sentido, na doutrina holandesa, sobre este quintessencial aresto, RICHARD BLAUWHOFF, «*Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one's origins. Has “to know or not to know” ever been the legal question?*», in *Utrecht Law Review*, Volume 4, Issue 2 (June), (2008), pp. 99-116.

⁵³ Neste sentido, na doutrina alemã, WILHEM KLEINEKE, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*, Göttingen, (1976), pp. 12-24.

⁵⁴ Neste sentido, PAULO MOTA PINTO, «*O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*», in Portugal-Brasil ano 2000, *Studia Iuridica*, Coimbra, (2000), pp. 164.

valor ético-jurídico a que as leis e as próprias constituições não fazem, por via de regra, nenhuma directa alusão, mas que nem por isso deixa de constituir uma das traves-mestras do nosso ordenamento jurídico, e que fundamenta um direito de cada um saber quem foram os seus reais progenitores^{55/56}.

O direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas tem um conteúdo complexo⁵⁷.

Por conseguinte, ele deve permitir o reconhecimento a todo o indivíduo, e a todo o tempo^{58/59}, do direito de investigar (judicialmente) a maternidade e a paternidade, assim obtendo a coincidência entre os vínculos jurídicos e biológicos, faculdade que constitui o ponto óptimo da tutela conferida ao direito e para cujo reconhecimento contribui, reflexa e instrumentalmente, um outro direito fundamental: o direito de constituir família (art.º 36.º, da CRP).

⁵⁵ Neste sentido, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, «A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro», in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 127, n.ºs 3843, 3844, 3846, 3848 e 3849, e ano 128, n.ºs 3852 e 3853, (1994), n.º 3853, pp. 100 e 101.

⁵⁶ Aproximadamente no mesmo sentido, na doutrina alemã, D. SCHWAB, *Familienrechts*, 13. Auflage, München, C. H. Beck, (2005), pp. 240-241, Rn. 495.

⁵⁷ Neste sentido, RAFAEL VALE E REIS, «Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português», in Revista do Ministério Público, n.º 116, Ano 29, Outubro-Dezembro 2008, Coimbra, Coimbra Editora, (2008), pp. 197.

⁵⁸ No mesmo sentido, referindo que a “tutela adequada do direito ao conhecimento das origens genéticas, na sua dimensão de direito ao estabelecimento dos vínculos de maternidade e paternidade, exige a abolição absoluta dos prazos de caducidade para o filho investigador desses vínculos”; RAFAEL LUÍS VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, cit., pp. 215, que vimos seguindo de muito perto.

⁵⁹ No mesmo sentido, CRISTINA M. A. DIAS, «Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09», cit., pp. 53.

Deste modo, do direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas desdobra-se e autonomiza-se uma decorrência que labora, também ela instrumentalmente, no âmbito hermenêutico daquele, a saber, um “direito à eliminação da mentira” relativamente à historicidade pessoal da investigante, o qual pode traduzir-se na consagração de mecanismos legais (*maxime* processuais) que permitam, neste caso à filha investigante/autora, esclarecer a sua condição biológica relativamente à progenitora juridicamente reconhecida como tal, e/ou a tutela da possibilidade de impugnação pela filha dos vínculos jurídicos de filiação estabelecidos se eles não corresponderem à verdade biológica^{60/61/62}.

Com esse escopo específico⁶³, a mais abalizada

⁶⁰ Neste sentido, RAFAEL VALE E REIS, «Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português», cit., pp. 198.

⁶¹ Sobre a verdade biológica, na doutrina alemã, GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4. Auflage, München, Beck, (1994), pp. 761.

⁶² Sobre a verdade biológica, na jurisprudência alemã, Acórdão do *Bundesverfassungsgerichts* (Tribunal Constitucional Federal Alemão), de 31/1/1989, BVerfGE (“*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*”), 79, 256.

⁶³ A este respeito convém relembra que o Acórdão do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemão), de 13 de Fevereiro de 2007 determinou ao legislador alemão a criação, até 31 de Março de 2008, de um procedimento legal que permitisse ao pai (legalmente considerado como tal) realizar testes genéticos com o objectivo de clarificar (confirmar ou infirmar) o vínculo biológico com a respectiva descendência. No cumprimento da determinação judicial, foi publicada a *Gesetz zur Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, Vom 26. März 2008* (Lei sobre a clarificação da paternidade fora de um processo de impugnação, de 26 de Março de 2008) que considera como *Kindsschaftssachen* (§ 640 *Zivilprozessordnung*) a acção destinada ao suprimento do consentimento para a recolha de amostra biológica destinada à clarificação da paternidade. De acordo com o inovador § 1598 do *Bürgerliche Gesetzbuch* (BGB), introduzido pela citada lei de 26 de Março, o filho, o pai ou a mãe podem exigir reciprocamente o decurso de uma investigação genética com a finalidade de verem esclarecida a ascendência biológica do filho, podendo obter o suprimento judicial do consentimento para efeitos

doutrina tem preconizado, com argumentos que subscrevemos, que o *direito ao conhecimento das origens* deve fundamentar um *princípio geral de admissibilidade de recurso à via judicial* com a finalidade de obtenção de informação necessária à identificação dos progenitores biológicos, com a consequência da aceitação de uma acção declarativa (“*acção de informação pessoal*”) destinada a obter a condenação de terceiro (que pode ser um progenitor já conhecido, ou outra pessoa) a facultar toda a informação de que seja portador, e cuja exigência seja razoável, no sentido de tornar efectivo aquele direito^{64/65}; sendo o problema reconduzível aos efeitos de uma eventual recusa do réu (quando seja ilegítima) considerando o conteúdo do (então) artigo 519.º, do Código de Processo Civil de 1961 (“*dever de cooperação para a descoberta da verdade*”), e à definição das hipóteses de *recusa legítima*; não sendo de afastar liminarmente, atenta a importância precípua do *direito à identidade pessoal*, a *realização coerciva* da perícia de ADN, em caso de falta de consentimento do réu^{66/67/68/69}.

de recolha da amostra biológica necessária sempre que o tribunal de família considere que esse esclarecimento é razoável e contribui para o bem-estar da criança; Neste sentido, que aqui seguimos textualmente, RAFAEL VALE E REIS, «*Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvidos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português*», cit., pp. 190.

⁶⁴ Neste sentido, que aqui seguimos textualmente, RAFAEL VALE E REIS, «*Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvidos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português*», cit., pp. 202.

⁶⁵ Neste sentido, RAFAEL LUÍS VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, cit., pp. 124.

⁶⁶ Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23/06/2009, relatado pelo Exmo. Senhor Desembargador Teles Pereira, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁷ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Gil Galvão, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁸ Neste sentido, PAULA COSTA E SILVA «*A realização coerciva de Testes de ADN em acções de Estabelecimento da Filiação*», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*,

V

A questão (central) neste Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de Maio de 2014, é o argumento de que “*no caso, é particularmente visível a extemporaneidade da propositura da acção, que se reflecte na (i) legitimidade da autora. À data da propositura da acção, como se viu, haviam decorrido já 89 anos sobre o nascimento, 68 anos sobre a data em que atingiu a maioridade e 13 anos sobre a morte da mãe da autora, que manifestamente não quis fazer reconhecer a sua filiação materna*” (itálico nosso).

Deste modo, a questão que se coloca, que não foi, contudo, analisada pelo Supremo Tribunal de Justiça, é a de saber se existe, *fora* do quadro legal dos prazos de caducidade da acção de investigação da maternidade ou da paternidade, uma *relação umbilical* entre o *curso do tempo* e o *decaimento do direito ao conhecimento das origens genéticas*, ergo, do *direito à historicidade pessoal* da investigante/autora; é dizer, se existe uma sanção providenciada pelo sistema jurídico para a *inércia* do titular do *direito ao conhecimento das origens genéticas*, especialmente nos denominados casos de “*caça à fortuna*”, em que esse *direito à historicidade pessoal* é exercido com o intuito de obter um *benefício patrimonial* proveniente do *acervo hereditário do de cuius*, após um longo tempo de (aparente) desinteresse no estabelecimento da filiação materna ou paterna.

Volume II, Coimbra, Almedina, (2002), pp. 587-593, principalmente, pp. 597-599.

⁶⁹ Há quem proceda à valoração da recusa aos exames de ADN, para lá do plano processual, no plano substancial, sendo o recusante parte, no quadro da inversão do ónus da prova, nos termos do art.º 344.º, n.º 2, do Código Civil; Neste sentido, CARLOS LOPES DO REGO, «*O ónus da prova nas acções de investigação da paternidade: prova directa e indirecta do vínculo de filiação*», in *Comemorações do 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*», Volume I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, (2004), pp. 787.

A doutrina mais abalizada tem entendido, com excelentes argumentos, que se subscrevem, que nos casos-limite (em que pareça mais chocante o *exercício do direito de investigar*) deveriam ser tratadas como casos excepcionais⁷⁰, aplicando o instrumento do *abuso do direito*⁷¹ ou outro remédio expressamente previsto, como fez o Código Civil de Macau no art.º 1656.º.

Com efeito, fixando a imprescritibilidade nos arts.º 1677.º e 1722.º, o Código Civil de Macau acrescentou a norma que determina a *ineficácia patrimonial* do estabelecimento da filiação em certos casos⁷².

Esta norma parece, afinal, ser uma *concretização do abuso do direito* no âmbito do estabelecimento da paternidade: pretende afirmar que o *direito de investigar* é concedido para constituir o vínculo familiar em todas as suas dimensões, sem omitir as *consequências patrimoniais* que dele decorrem, mas que é ilegítimo desprezar os *efeitos pessoais* ao ponto de se considerar a *paternidade ou a maternidade como uma vantagem patrimonial, um mero negócio que só se faz quando parece oportuno*⁷³; sendo, por isso, possível, assente a *imprescritibilidade da acção de investigação*, e o *exercício abusivo do direito ao conhecimento das origens genéticas*, recorrer

ao instituto jurídico do abuso do direito e determinar a *ineficácia patrimonial do estabelecimento do vínculo da filiação materna ou paterna*⁷⁴, permanecendo incólume o *dever jurídico de perfilhar* que impende sobre a progenitor (a) fora do casamento⁷⁵.

Por conseguinte, será possível, por via do abuso do direito, afastar uma acção de investigação da paternidade ou da maternidade e consequente reconhecimento da filiação ou *restringir os efeitos do reconhecimento da filiação apenas ao estatuto pessoal do pretensão filho*⁷⁶ (afectando-se, assim, o *princípio da indivisibilidade ou unidade do estado*)^{77/78/79}.

Num plano diametralmente oposto, e criticando os inconvenientes emergentes da solução normativa propugnada pelo Professor GUILHERME DE OLIVEIRA, tem sido perfilhada a interpretação normativa segundo a qual deveria tentar extrair-se do art.º 1817.º, do Código Civil um sentido compatível com os arts.º 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, da CRP, e com o

75

⁷⁰ Neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA «*Caducidade das acções de investigação*», cit., pp. 13.

⁷¹ Neste sentido, muito recentemente, GUILHERME DE OLIVEIRA, «*Caducidade das acções de investigação ou caducidade do dever de perfilhar, a pretexto do acórdão n.º 401/2011 do Tribunal Constitucional*», in Revista Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família, Ano 9, n.ºs 17 e 18 (duplo), 2012, Coimbra, Coimbra Editora, (2014), pp. 111.

⁷² Neste sentido, CRISTINA M. A. DIAS, «*Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09*», cit., pp. 54.

⁷³ Neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA «*Caducidade das acções de investigação*», cit., pp. 13.

⁷⁴ Neste sentido, CRISTINA M. A. DIAS, «*Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09*», cit., pp. 56.

⁷⁵ Neste sentido, muito recentemente, GUILHERME DE OLIVEIRA, «*Direitos fundamentais à Constituição da Família e ao Desenvolvimento da Personalidade*», in Revista Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família, Ano 9, n.ºs 17 e 18 (duplo), 2012, Coimbra, Coimbra Editora, (2014), pp. 7.

⁷⁶ Neste sentido, RAFAEL LUÍS VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, cit., pp. 182.

⁷⁷ Neste sentido, CRISTINA M. A. DIAS, «*Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09*», cit., pp. 56.

⁷⁸ Neste sentido, RAFAEL LUÍS VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, cit., pp. 210-211.

⁷⁹ Neste sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, «*Inconstitucionalidade do art.º 1817.º, n.º 1 do Código Civil – Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, de 10.1.2006, Proc. 885/05*», in Cadernos de Direito Privado (CDP) n.º 15, Julho/Setembro 2006, Cejur, Braga, Coimbra Editora, (2006), pp. 52.

princípio da rejeição do exercício inadmissível de situações jurídicas (subjacente ao art.º 334.º, do CC). Assim, limitar-se-ia o prazo do art.º 1817.º, do CC à propositura de uma *acção de investigação com efeitos sucessórios*, ou seja, a propositura da acção fora dos prazos do art.º 1817.º *não obsta ao estabelecimento da filiação*, sendo assegurado, *sempre*, o *exercício do direito à identidade pessoal e do direito de constituir família*, apenas afasta os *efeitos sucessórios*, dissuadindo a *caça à herança materna* (como expressão de um desolador “*show me the money*”) e traduzindo uma concretização da figura do *abuso de direito*. Fazendo depender os direitos sucessórios do filho da instauração de uma acção de investigação dentro dos prazos previstos no art.º 1817.º, do CC *não afecta o direito à identidade pessoal, nem o direito de constituir família constitucionalmente consagrado*^{80/81}.

Pela nossa parte, para perquirir essa (candente) questão buscaremos (também) o inestimável auxílio hermenêutico da cláusula geral do abuso de direito (art.º 334.º, do Código Civil). Mas com um *foco analítico* diferente. Esse *foco analítico* polarizar-se-á na mobilização, no âmbito do instituto jurídico da boa-fé, das figuras doutrinárias da *surrectio* e da *suppressio*. E a razão de ser uma tal mobilização é, no, fundo, *autoexplicativa*: essas figuras doutrinárias, que se movem no *circuito reflexivo* do abuso de direito, e, num âmbito temático mais geral, no quadro tutelar da boa-fé, estabelecem, justamente, uma *relação íntima* entre o *decurso do tempo*, a *inércia do titular do direito*, e a cor-

respectiva *confiança* que emerge na esfera jurídica da contraparte, e, em última análise, do *sistema jurídico*, tomado no seu todo, que *um tal direito ao conhecimento das origens genéticas*, atento o lapso temporal decorrido, jamais será exercido.

Revertendo ao caso concreto, como afirma o Supremo Tribunal de Justiça, “à data da propositura da acção, como se viu, haviam decorrido já 89 anos sobre o nascimento, 68 anos sobre a data em que atingiu a maioridade e 13 anos sobre a morte da mãe da autora, que manifestamente não quis fazer reconhecer a sua filiação materna” (itálico nosso).

A questão que se coloca é a de saber qual a medida de significado funcional da *inércia* da titular do *direito ao conhecimento das origens genéticas*, e, em última análise, qual o *significado jurídico* que o *sistema jurídico* atribui a um tal comportamento omissivo por parte da autora/investigante.

Com efeito, do *comportamento omissivo*, da *inércia* da investigante/autora derivam um feixe de *significados sociais com relevo jurídico*.

Esses *significados sociais com relevo jurídico*, poder-se-ão subdividir em dois hemisférios: o *hemisfério sociológico* e o *hemisfério jurídico*; este último enquanto *projecção jurídica* daquele.

No *hemisfério sociológico*, a *inércia* da investigante/autora em exercer o seu (inalienável) *direito ao conhecimento das suas origens genéticas* significa um *adiamento* no encontro consigo própria; um desfazamento entre o *ser-em-si* e a *assumpção plena* da sua *identidade ontológica* que, animando o seu ser (*sein*), carece do reconhecimento normativo da comunidade sócio-jurídica.

⁸⁰ Neste sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, «Inconstitucionalidade do art.º 1817.º, n.º 1 do Código Civil – Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, de 10.1.2006, Proc. 885/05», cit., pp. 52.

⁸¹ No mesmo sentido, em artigo doutrinário anterior, JORGE DUARTE PINHEIRO, «Inconstitucionalidade do art.º 1817.º, n.º 4 do Código Civil – Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19.10.2004, Proc. 718/04», in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 13, Janeiro/Março 2006, Cejur, Braga, Coimbra Editora, (2006), pp. 70-71.

Por conseguinte, já no *hemisfério jurídico*, a assumpção plena da *identidade ontológica* da investigante só poderá ser alcançada se, a essa *identidade ontológica*, se juntar uma inarredável *identidade biológica*.

Ora, essa *identidade biológica* só poderá ser realizada através do *estabelecimento da verdade biológica*, que, por sua vez, não dispensa (antes peticiona) o (prévio e incontornável) *estabelecimento da filiação*, de molde a densificar-se o *direito à historicidade pessoal da investigante*, enquanto *realidade instrumental* de um *espartilho* processualmente estabelecido para alcançar um tal fim: a acção de investigação da maternidade ou da paternidade.

Assim, sendo isto certo, denota-se uma *relação de mútua implicação* entre o *decurso do tempo*, a *inércia da investigante*, e um *simétrico* sentimento de *confiança*, que, natural e necessariamente, emerge, por um lado, na esfera jurídica da investigada/ré, e, por outro lado, no *sistema jurídico* na sua globalidade, de que um tal *direito à historicidade pessoal*, enquanto *decorrência imanente do direito ao conhecimento das origens genéticas*, atento o lapso temporal decorrido, jamais será exercido.

Deste modo, quanto *maior* for a *dilatação temporal* entre o *conhecimento integral* dos pressupostos que integram o *direito ao conhecimento das origens genéticas* por parte da investigante/autora, e o *exercício do direito de acção de investigação* da maternidade ou paternidade, *maior* será o *grau de confiança* inculcado na esfera jurídica do investigado/réu, e, por conseguinte, *maior* será a tutela jurídica conferida a essa *confiança* pelo sistema jurídico.

Numa palavra, quanto *mais* tempo decorrer entre aquele *conhecimento integral* e o *exercício do direito de acção*, *menor* será, somente para efeitos

patrimoniais, a tutela conferida pelo *sistema jurídico* à posição jurídica da investigante/autora; o que significa que, em casos de *exercício abusivo do direito ao conhecimento das origens genéticas*, mantém-se o (a nosso ver) *imprescritível direito à historicidade pessoal* e *decaem* os efeitos sucessórios de natureza patrimonial que (não raro) estarão subjacentes à (temporã) vontade de *estabelecimento da filiação*.

Por conseguinte, e entrando na *esfera normativa da boa-fé*, é esta *confiança na estabilidade dos comportamentos*, que mais não é que expressão da actuação de boa-fé – art.º 762º, nº1, do Código Civil – entendida como *comportamento normativo*, ou seja, como um agir respeitador dos direitos alheios (no caso, o direito à intimidade da vida privada e à integridade moral do investigado/réu); é a esta luz que a *inércia* da investigante/autora, no caso julgado pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15/5/2014, é censurável e passível de enquadramento no instituto do abuso do direito – art. 334º do Código Civil – não na modalidade de *venire contra factum proprium*, mas como “*supressio*” do direito da investigante/autora que, assim, deveria ser penalizada, somente para efeitos patrimoniais, pela sua *injustificada passividade*, uma vez que *haviam decorrido já 89 anos sobre o nascimento, 68 anos sobre a data em que atingiu a maioridade e 13 anos sobre a morte da mãe da autora*.

A *omissão*, a *inércia* da investigante/autora, fomentaram a *confiança na situação induzida pelo comportamento omissivo*, pelo que o *exercício de direitos em contradição* é *abusivo* por violador do *princípio da boa-fé* suposto na proibição do abuso do direito (art.º 334.º do CC).

A parte que *abusa do direito* actua a coberto de um poder legal, formal, visando resultados que, clamorosamente, violam os limites impostos pela

boa-fé, pelos bons costumes, ou pelo *fim económico ou social* do direito.

Uma das vertentes em que se exprime tal *actuação*, manifesta-se, quando tal conduta viola o *princípio da confiança*, revelando um comportamento com que, *razoavelmente*, não se contava⁸².

Como bem afirma, a este respeito, o Professor BAPTISTA MACHADO, *dentro da comunidade* das pessoas responsáveis (ou imputáveis), a toda a conduta (conduta significativa, comunicativa) é inerente uma “*responsabilidade*” – no sentido de um “*responder*” pelas *pretensões de verdade*, de *rectitude* ou de *autenticidade* inerentes à *mensagem* que essa conduta transmite.

Desta “*autovinculação*” inerente à nossa *conduta comunicativa* derivam ao mesmo tempo regras de conduta básicas, também postuladas pelas exigências elementares de uma ordem de *convivência* e de *interacção*, que o *próprio direito não pode deixar de tutelar*, já que sem a sua observância nem essa ordem de convivência nem o direito seriam possíveis.

Do exposto, podemos também concluir que o *princípio da confiança* é um *princípio ético-jurídico* fundamentalíssimo⁸³ e que a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a *confiança legítima*⁸⁴ baseada na conduta de outrem⁸⁵.

⁸² Neste sentido, PAULO MOTA PINTO, «*Sobre a proibição do comportamento contraditório (venire contra factum) no Direito civil*», in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC), Volume Comemorativo, Coimbra, Coimbra Editora, (2003), pp. 269-322.

⁸³ Neste sentido, sobre o princípio da confiança no direito privado, na doutrina alemã, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Vertranenshaftung im deutschen Privatrecht*, (1971, reimpressão 1983), pp. 290-367.

⁸⁴ Neste sentido, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Tese de Doutoramento, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, (2004), pp.411 e ss.

⁸⁵ Neste sentido, JOÃO BAPTISTA MACHADO, «*Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*», in *Revista de Legislação e*

A este propósito, o Professor MENEZES CORDEIRO, na sua monumental tese de doutoramento, considera, ainda, a existência de outras categorias de *actos abusivos* – a “*supressio*” e “*surrectio*”.

Há “*supressio*” quando uma posição jurídica, não tendo sido exercida durante certo tempo, não mais possa sê-lo por, de outra forma, se atentar contra a *boa-fé*⁸⁶; ocorreria, pois, uma *supressão* de certas faculdades jurídicas, pela *conjugação do tempo* com a *boa-fé*.

A “*surrectio*”, por seu turno, traduziria, de algum modo, o *inverso* do mesmo fenómeno: uma pessoa veria, por força da *boa-fé*, *surgir* na sua esfera uma possibilidade que, de outro modo, não lhe assistiria⁸⁷. Seria como que a *contraface* da “*supressio*”.

Qual a efectiva sustentação dogmática da *supressio*? Ela visa *proteger* o beneficiário, na sua *confiança*, que não haverá exercício do direito^{88/89/90}.

Com efeito, a *supressio* é uma forma de tutela do beneficiário (investigado/réu), *confiante* na *inacção* do investigador/autor; e que está adstrita a um

Jurisprudência, Ano 119, Coimbra, Coimbra Editora, (1985) pp. 232.

⁸⁶ Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «*Eficiência externa dos créditos e abuso de direito*», in *Revista O Direito*, Ano 141.º, I, Director: Inocêncio Galvão Telles, Coimbra, Almedina, (2009), pp. 83.

⁸⁷ Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Tese de Doutoramento, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 4ª reimpressão da 1ª edição de 1990, (2007), pp.745.

⁸⁸ No mesmo sentido, ainda que no âmbito temático do *venire contra factum proprium*, na doutrina alemã, JOSEF WIELING, *Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst*, AcP, 176, (1976), pp. 343 e ss.

⁸⁹ Sobre o *exercício do direito para prejudicar outrem* (proibição de chicana), RUDOLF VON JHERING, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn*, JhJb 6 (1861), pp. 103-104.

⁹⁰ Sobre a *proibição de chicana* contida, na sequência da reforma do BGB de 2001/2002, no § 226, na doutrina alemã, KARL LARENZ/MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Auflage, (2004), § 16.

modelo de decisão um pouco mais complexo do que a *comum tutela da confiança*, a saber: 1) *um não exercício prolongado*; 2) *uma situação de confiança*, daí derivada; 3) *uma justificação para essa confiança*; 4) *um investimento na confiança*; 5) *a imputação da confiança ao não-exercente*⁹¹.

Quer isto dizer que, no fundo, o investigado/ confiante *ex bona fide* vê *emergir*, na sua esfera jurídica, uma *nova posição jurídica*: será a *surrectio* (surgimento), contraponto da *suppressio* que, no caso concreto, significaria que, como se disse, a investigante/ autora veria *cindido* o estatuto pessoal do estatuto patrimonial, devendo a *acção de investigação da maternidade* prosseguir os seus ulteriores termos, somente para efeitos de *conhecimento das origens genéticas da investigante*, extirpada, por abuso do direito, na modalidade de *suppressio/surrectio*, dos *efeitos sucessórios de natureza patrimonial*.

Por conseguinte, conforme acima se deixou antecipado, o *abuso do direito* apresenta-se, afinal, como uma constelação de situações típicas em que o Direito, *por exigência do sistema*, entende deter uma *actuação* que, em princípio, se apresentaria como *legítima*⁹²; o que significa que, devidamente usado, *ele* opera como um instrumento adequado para a *realização do Direito*. Mais. Ele (o *abuso do direito*, ergo, a *boa fé*) configura um *juízo de validade*. Um *juízo de compatibilidade* entre a *normação privada* e o *sistema jurídico* em que ela visa integrar-se. Esta em causa uma *relação comunicante* entre a *norma convencional* e as *normas do ordenamento geral da colectividade* que de-

limitam imperativamente a *esfera da auto-regulação de interesses*⁹³.

Neste quadro conceptual, a *boa fé* é verdadeiramente “*a juridificação da moral da interacção*”⁹⁴; sendo essa (a *boa fé*) uma *exigência nuclear do sistema jurídico*⁹⁵.

VI

Neste âmbito temático, e como escrevemos noutra local⁹⁶, a questão que se coloca é a de saber se, a ser admitida a *retroconexão total* da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, ela é *aplicada imediatamente ao tempo já passado* desde que o investigante tenha atingido a maioridade ou emancipação. O que significa que, se assim for, esta LN *actuaria para o passado*, relativamente ao decurso do tempo já decorrido desde a maioridade do investigante⁹⁷.

Como bem afirma o Professor REMÉDIO MARQUES, seria o mesmo que dizer *agora* à inves-

79

⁹¹ Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «Eficácia externa dos créditos e abuso de direito», pp. 85.

⁹² Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, *Sivdia Iuridica* 91, *Ad Honorem*-3, Volume II: Direito Privado, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Organizadores: Jorge de Figueiredo Dias/José Joaquim Gomes Canotilho/José de Faria Costa, Coimbra, Coimbra Editora, (2008), pp. 144.

⁹³ Neste sentido, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, «*A boa fé como norma de validades* in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, *Sivdia Iuridica* 91, *Ad Honorem*-3, Volume II: Direito Privado, cit., pp. 675.

⁹⁴ Neste sentido, na doutrina alemã, GÜNTHER TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M., (1989), pp. 145.

⁹⁵ Neste sentido, muito recentemente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «O princípio da *boa fé* e o dever de renegociação em contextos de “situação económica difícil”», in Revista de Direito das Sociedades (RDS), Ano V (2013), Número 3, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, (2014), pp. 492.

⁹⁶ Neste apartado temático, e no que se refere à *perda de chance processual*, seguiremos de muito perto, mesmo textualmente, o que escrevemos em HUGO LUZ DOS SANTOS, «O Direito da União Europeia e o Princípio da Efectividade - sua leitura à luz do princípio da proibição do *défi*ce e da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado-Juiz por violação do Direito da União Europeia - a perda de chance como direito? (ainda) o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14/01/2014», in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (*Lisbon Law Review*), Lisboa, Director: Eduardo Vera-Cruz, (2015), *passim*.

⁹⁷ Neste sentido, J.P. REMÉDIO MARQUES, «*Caducidade de Acção de Investigação da Paternidade: o problema da aplicação imediata da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, às acções pendentes*», cit., pp. 206.

tigante/autora que ela deveria já ter instaurado no passado, a acção de investigação de maternidade (no caso concreto julgado pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15/5/2014) até perfazer os 29 anos de idade, mesmo que estes já tivessem exercido *lícita e tempestivamente* o direito de acção aos 45 ou aos 50 anos de idade, na sequência da revogação, pelo referido acórdão do Tribunal Constitucional, do prazo de caducidade instituído na redacção do n.º 1 do artigo 1817.º saída do Código Civil de 1966⁹⁸. Nesta hipótese, a LN atinge factos (o decurso do tempo) já verificados ao abrigo do regime jurídico anterior, *diminuindo ou extinguindo, sic et simpliciter*, o direito de acção, ainda que já estivessem pendentes acções de investigação da paternidade no momento do seu início de vigência. Nestes termos, e a ser admitida esta solução, a LN *modificaria o passado*⁹⁹.

Numa palavra, a questão resume-se a saber se essa *ablação do direito de acção dos investigadores/ autores* configura uma vera *perda de chance*, e, na afirmativa, se essa *perda de chance processual*^{100/101} poderá volver-se em *direito*, na esteira da doutrina alemã e nacional.

A resposta é de pendor positivo.

⁹⁸ Neste sentido, J.P. REMÉDIO MARQUES, «Caducidade de Acção de Investigação da Paternidade: o problema da aplicação imediata da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, às acções pendentes», cit., pp. 206.

⁹⁹ Neste sentido, J.P. REMÉDIO MARQUES, «Caducidade de Acção de Investigação da Paternidade: o problema da aplicação imediata da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, às acções pendentes», cit., pp. 206.

¹⁰⁰ Na doutrina alemã, pronunciando-se abertamente a favor da admissibilidade da *perda de chance processual*, HELMUT KOZIOL, «*Schadenersatz für den Verlust einer Chance?*», in FS F. STOLL zum 75. Geburtstag, Tübingen, Mohr Siebeck, (2007), pp. 233-250.

¹⁰¹ A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, após uma hesitação inicial, tem-se inclinado pela ressarcibilidade do *dano de perda de chance processual*. Neste sentido, por todos, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06/03/2014, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Pinto de Almeida, disponível em www.dgsi.pt.

Na verdade, a figura da *perda de chance* é muito conhecida e aplicada noutros ordenamentos jurídicos – nomeadamente no francês^{102/103/104} e no italiano^{105/106} - e a questão (candente) que se coloca neste quadrante temático é a de saber se, ao nível do *nexo de causalidade*, o conteúdo do comportamento do terceiro é *conditio sine qua non* para a não obtenção do *resultado final* ou se, diferentemente, a *conditio sine qua non* radica nas *possibilidades existentes* de *aquele resultado final* ser atingido.

No primeiro caso, e voltendo à temática que nos interpela, não se sabe qual seria o *resultado final* do recurso interposto pela investigante/autora, na hipótese de o mesmo ter sido *conhecido* de *mérito* e não ter soçobrado por questões processuais (ilegitimidade); o que significa que, a esta luz, não se lograria estabelecer o *inarredável* *nexo de causalidade* entre

¹⁰² Neste sentido, muito recentemente, no quadro da responsabilidade civil do médico, a jurisprudência francesa admitiu a ressarcibilidade da “*perte d’une de guérison et de survie*”, consubstanciado no reconhecimento do direito à reparação pela *perda de chance* de não ter vivido mais tempo (*perte de chance de n’avoir vécu plus longtemps*); Neste sentido, Acórdão do *Cour de Cassation Français*, de 13 de Março de 2007, disponível em www.courdecassation.fr.

¹⁰³ Aludindo à crescente aplicação da figura da *perda de chance* pelos tribunais franceses e à multiplicidade de funções que é chamada a desempenhar; PATRICE JOURDAIN, «*Responsabilité Civile*», n.º 3, in *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, Avril/Juin 2010, n.º 2, (2010), pp. 330 e ss.

¹⁰⁴ Neste sentido, muito recentemente, reafirmando a ressarcibilidade do *dano de perda de chance*, o Acórdão do Tribunal de Cassação Francês (*Cour de Cassation, première chambre civile*), de 19/12/2013, disponível em http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/.

¹⁰⁵ Para uma acurada análise das querelas doutrinárias no direito italiano, nomeadamente em torno da questão de se saber se a *perda de chance* configura o denominado “*danno ingiusto*” (art.º 2043.º, do Código Civil Italiano), CRISTINA SEVERI, «*Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*», in *RcP*, Volume LXVIII, (2003), n.º 2, Março-Abril, pp. 305 e ss.

¹⁰⁶ A jurisprudência italiana, de forma enfática, reconheceu a ressarcibilidade do *dano de perda de chance di guarigione e di sopravvivenza*. Neste sentido, Acórdão do *Corte di Cassazione*, de 04 de Março de 2004, in *FI*, Ano CXXIX, Maio 2004, n.º 5, (2004), 1407 e ss.

a violação suficientemente caracterizada, emergente da ablação do direito de acção da investigante/autora, e o dano de perda de chance processual de exercício do direito ao conhecimento das origens genéticas por parte da mesma.

No segundo caso, se se deslocar o foco analítico do plano (aleatório) do resultado final^{107/108/109/110/111} para o terreno (seguro) das possibilidades existentes¹¹² de esse resultado final ser atingido, a resposta quanto ao nexo de causalidade será diametralmente oposta^{113/114}.

¹⁰⁷ Neste sentido, RUI CARDONA FERREIRA, «A perda de chance – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática», in Revista O Direito, Ano 144.º, 2012, Volume I, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2012), pp. 36.

¹⁰⁸ Neste sentido, PAULO MOTA PINTO, «O interesse contratual negativo e interesse contratual positivo», Vol. II, Tese de Doutoramento, Coimbra Editora, Coimbra, (2008), pp. 1103 nota 3103.

¹⁰⁹ Neste sentido, JÚLIO GOMES, «Em torno do dano de perda de chance – algumas reflexões», in Ars Judicandi, Ad Honorem, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II, Direito Privado, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, (2008), pp. 289-327.

¹¹⁰ No mesmo sentido, JÚLIO GOMES, «Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou da perda de chances», in Cadernos de Direito Privado, n.º especial-II Seminário dos Cadernos de direito privado-Responsabilidade Civil, Dezembro de 2012, (2012), pp. 17-29.

¹¹¹ Neste sentido, MARIANA LIMA REGO, «Decisões em ambiente de incerteza», in Revista Julgar n.º 21, Quadrimestral, Setembro-Dezembro 2013, Director: José Igreja Matos, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 145-147.

¹¹² O grau ou a intensidade da probabilidade a que alude o art.º 563.º, do Código Civil deveriam ser determinados normativamente, dentro de parâmetros oscilantes a definir, nomeadamente, nos termos da teoria da conexão pelo risco de ROXIN; Neste sentido, RUI CARDONA FERREIRA, «Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)», Tese de Mestrado, Coimbra Editora, Coimbra, (2011), pp. 300-338.

¹¹³ Neste sentido, RUTE TEIXEIRA PEDRO, «A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas acções relativas à responsabilidade civil do profissional médico – Dos mecanismos jurídicos para uma intervenção pró damnato», in Revista do CEJ, 1º Semestre de 2011, Número 15, Dossiê Temático: Crimes contra a autodeterminação sexual e contra a liberdade sexual com vítimas menores de idade, Almedina, Coimbra, (2013), pp. 48.

¹¹⁴ Neste sentido, RUTE TEIXEIRA PEDRO, «A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a

Porquanto, sendo o prejuízo considerado, a perda de chance processual, como expressão de uma ablação de uma possibilidade presente de exercício do direito de acção, respeitante ao conhecimento das suas origens genéticas, à historicidade pessoal da investigante/autora, fere o núcleo essencial do direito fundamental de acesso ao direito e aos tribunais (art.º 20.º, n.º 1, da CRP); porquanto as possibilidades existentes de obtenção do resultado final (estabelecimento da filiação e conhecimento das origens genéticas do investigador/autor) são hoje exponenciais, em face dos avanços científicos que permitem, sem envelhecimento das provas, a determinação da identidade pessoal, surgindo, assim, como um mecanismo idóneo para o conhecimento da verdade biológica^{115/116}.

Por conseguinte, sobre o legislador impende, nos termos acima frisados, um dever de protecção¹¹⁷ dos direitos fundamentais dos cidadãos; e a protecção dos direitos fundamentais seria inadequada ou insuficiente se se exigisse a prova de uma relação de causalidade certa entre um comportamento que coloca em risco os direitos fundamentais e não se aceitasse a

tutela do doente lesado», in Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 15, Novembro de 2008, Tese de Mestrado, Coimbra Editora, Coimbra, (2008), pp. 227 e ss.

¹¹⁵ No mesmo sentido, CRISTINA M. A. DIAS, «Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09», cit., pp. 53.

¹¹⁶ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 247/2012, 22/5/2012, disponível em www.dgsi.pt

¹¹⁷ Referindo, no que se refere ao dever de protecção, que “a perda de chance é indemnizável como dano autónomo sempre que a sua preservação constitua um conteúdo da prestação devida ou de um dever de protecção”; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «Danos societários e governação de sociedades (corporate governance)», in Cadernos de Direito Privado, n.º especial-II Seminário dos Cadernos de direito privado- Responsabilidade Civil, Dezembro de 2012, (2012), pp. 17-29.

prova de uma relação de causalidade (só) possível ou provável^{118/119}.

Numa palavra, trata-se de *convolar* a própria *chance* num direito¹²⁰. Por conseguinte, *todo* o fundamento da *perda de chance* passa a radicar no próprio Direito.

Na medida em que a protecção das *chances* é importante para a protecção dos direitos finalisticamente colocados em perigo, pois em casos em que só resta uma *chance*, não há mais nada a perder senão a própria *chance*¹²¹. Esta é a razão pela qual as pessoas encaram como muito importante que o Direito proteja estas *chances*. O Direito privado não pode ficar *aquém* dessa protecção. Se a responsabilidade civil não protege os cidadãos *contra a perda de chances*, *fica aquém das exigências constitucionais*^{122/123/124}.

Esta *ideia reitora* quadra-se com a mais recente jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do

Homem (TEDH), em matéria de “*perda de chances reais*”^{125/126} do direito de acesso aos tribunais (art.º 6.º, § 1, da CEDH).

Na verdade, o TEDH tem *sistematicamente* firmado jurisprudência que os Estados contratantes não podem criar entraves *desproporcionados* ao exercício *efectivo* do direito de acesso aos tribunais¹²⁷, sendo que as *restrições* criadas pelos mesmos (Estados contratantes), no *dever de legislar*¹²⁸, no que respeita ao direito de acesso aos tribunais estão sujeitos a um ineliminável “*but légitime et s’il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé*”^{129/130}; o que, manifestamente, não sucede, pelos motivos acima apontados, com a *aplicabilidade imediata*, por *retroconexão total* da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, na medida em que, *actuando para o passado*, relativamente ao decurso do tempo já transcorrido desde a maioria do investigador, a LN *diminui* ou *extingue* o direito de acção dos investigadores (art.º 20.º, n.º 1, da CRP), e a sua *correspectiva chance processual* de direito de conhecer as suas origens genéticas, e, logo, a sua *historicidade pessoal* (art.º 26.º, n.º 1, da CRP).

¹¹⁸ Neste sentido, NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, «Responsabilidade pela perda de chance de revitalização?», in II Congresso de Direito da Insolvência, Coordenadora: Catarina Serra, Almedina, Coimbra, (2014), pp. 184.

¹¹⁹ No mesmo sentido, na doutrina alemã, NILS JANSEN, «The idea of a lost chance», in Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 19, (271-296), (1999), pp. 292.

¹²⁰ Neste sentido, NILS JANSEN, «The idea of a lost chance», cit., pp. 285.

¹²¹ Neste sentido, NILS JANSEN, «The idea of a lost chance», cit., pp. 292.

¹²² Neste sentido, NILS JANSEN, «The idea of a lost chance», cit., pp. 292.

¹²³ No mesmo sentido, na doutrina alemã, ainda que fora do âmbito temático do *dano de perda de chance*, sobre o âmbito de protecção normativa dos bens jurídicos; NILS JANSEN, «Die Struktur des Haftungsrechts- Geschichte, Theorie und Dogmatik ausservertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz», Tübingen, (2003), pp. 495 e ss.

¹²⁴ Referindo que “a perda de oportunidade pode desencadear responsabilidade de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa “chance” a bem jurídico pelo contrato)”; Neste sentido, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «Direito Civil-Responsabilidade Civil- O Método do Caso», Almedina, Coimbra, (2006), pp. 104.

¹²⁵ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Philis c. Grécia*, de 27 de Agosto de 1991, considerando n.º 71, disponível em <http://hudoc.echr.coe>.

¹²⁶ Neste sentido, NUNO PIÇARRA, «Recurso de revisão de que “decisões inconciliáveis” com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem?», in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 92, Março/Abril 2012, Cejur, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), pp. 62.

¹²⁷ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Bayar c. Turquia*, de 25 de Março de 2014, considerando n.º 37, disponível em <http://hudoc.echr.coe>.

¹²⁸ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Beles et autres c. République tchèque*, § 69, CEDH 2002-IX; *Zvolnsky et Zvolnská c. République tchèque*, § 55, CEDH 2002-IX; *Nikolaos Kopsidis c. Greece*, § 22, 18 mars 2010, também disponíveis em <http://hudoc.echr.coe> (acesso a 04/09/2014).

¹²⁹ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Erjar-Avef c. Grèce*, de 27 de Março de 2014, considerando n.º 40, disponível em <http://hudoc.echr.coe>.

¹³⁰ No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Edificaciones March Gallego S.A. c. Espagne*, 19 février 1998, § 34, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-1.

VII

Adentrando na questão enunciada em VII, denota-se uma patente inconstitucionalidade material da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, por violação do princípio da proibição do défice ou da insuficiência (art.º 18.º, n.º 2, da CRP, art.º 2.º da CRP, art.º 9.º, alínea b), da CRP).

Como se disse, já é possível vislumbrar a violação do princípio da proibição da insuficiência e do défice (art.º 2.º da CRP, art.º 9.º, alínea b), da CRP), por ausência de mecanismos efectivos de tutela jurisdicional efectiva (art.º 268.º, n.º 4, da CRP), no quadro contextual da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, atenta a sua natureza de norma de protecção.^{131/132}

É consabido, que o legislador não está absolutamente proibido de intervir regulando o exercício do direito ao conhecimento das origens genéticas, mas ao fazê-lo deverá considerar o regime que regula a intervenção legislativa em matéria de direitos fundamentais¹³³.

Para além disso, devemos considerar uma outra dimensão da vinculação do legislador que se prende com a função de imperativo de tutela que do direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas de-

¹³¹ Neste sentido, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais», Coleção Teses, Tese de Doutoramento, Coimbra, Almedina, (2009), pp. 799 e seguintes.

¹³² Sobre a incumbência do Tribunal Constitucional de “protecção dos direitos fundamentais de indivíduos e pessoas jurídicas”, MARIA LÚCIA AMARAL, «Competências complementares do Tribunal Constitucional Português», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Volume II, Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática, *Síndia Iurídica, Ad Honorem, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Coimbra Editora, (2013), p. 55.

¹³³ Neste sentido, RAFAEL LUÍS VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, cit., pp. 104.

corre. Essa vinculação do legislador ao “Schutzgebot” que decorre do direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas traduz-se na imposição de uma atitude proactiva, de tal forma que ele não pode bastar-se com a preocupação de “intervir bem, quando intervier”, estando obrigado a “intervir bem e já”¹³⁴.

Com efeito, e como o Tribunal Constitucional¹³⁵ tem sempre dito, o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso¹³⁶, enquanto princípio vinculativo das acções de todos os poderes públicos¹³⁷, decorre antes do mais das próprias exigências do Estado de direito a que se refere o artigo 2.º da Constituição, por ser consequência dos valores de segurança nele inscritos. Como se sabe, o que através dele se pretende é evitar cargas coactivas excessivas ou ingerências desmedidas na esfera jurídica dos particulares¹³⁸.

No entanto, tal como do princípio do Estado de direito decorre o imperativo constitucional de proibição do excesso (*Übermassverbot*), também do mesmo princípio decorre a proibição da insuficiência ou do deficit¹³⁹: é tão censurável, para a perspectiva constitucional, que o legislador imponha cargas excessivas aos particula-

¹³⁴ Neste sentido, RAFAEL LUÍS VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, cit., pp. 104.

¹³⁵ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional 205/2000, e Acórdão do Tribunal Constitucional 491/2002, disponíveis em www.dgsi.pt.

¹³⁶ Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, «Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976», 3.ª edição, Coimbra, Almedina, (2007), p. 79-110.

¹³⁷ Neste sentido, na doutrina italiana, MASSIMO DONINI, «Un Derecho Penal Fundado en la Carta Constitucional: Razones y Limites. La Experiencia Italiana», in *Revista Penal*, n.º 8, (2001), pp. 56 e ss.

¹³⁸ Neste sentido, GOMES CANOTILHO, «Direito Constitucional e Teoria da Constituição», Coimbra, Almedina, (2003), 7.ª ed., pp. 273.

¹³⁹ Neste sentido, na doutrina italiana, LUIGI FERRAJOLI, «Derecho y Razón – Teoria del Garantismo Penal», 2ª edição, Madrid, Trotta, (2007) pp. 78 e ss.

res, quanto o é que adopte medidas insuficientes^{140/141/142} para proteger ou garantir a realização dos seus direitos, caso decorra da Constituição um dever de legislar¹⁴³ em ordem a essa protecção ou realização^{144/145/146/147}.

¹⁴⁰ Neste sentido, JORGE REIS NOVAIS, «Os Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais», Coimbra Editora, (2010), pp. 94, pp. 310, 312, 370;

¹⁴¹ Neste sentido, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, «A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática da dogmática constitucional», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume III, Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo, *Studia Iuridica, Ad Honorem, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Coimbra Editora, (2013), pp. 34.

¹⁴² No mesmo sentido, JOÃO CURA MARIANO, «A indemnização do dano da morte do nascituro já concebido e os imperativos constitucionais de tutela do Direito à vida», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume II, *Direito Constitucional e Justiça Constitucional*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, (2012), pp. 106-107.

¹⁴³ Sobre o *juízo de ponderação do legislador*, no cumprimento do dever de legislar, GÓMES CANOTILHO, «Cláusulas de rigor e Direito Constitucional», in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 141, Novembro – Dezembro de 2011, Coimbra, Coimbra Editora, (2012), pp. 71.

¹⁴⁴ Neste sentido, GÓMES CANOTILHO, «Direito Constitucional e Teoria da Constituição», cit., pp. 273;

¹⁴⁵ Neste sentido, muito recentemente, referindo-se à relação entre os *deveres estaduais de protecção jusfundamental* e à *proibição do défice*, JORGE PEREIRA DA SILVA, «Interdição de Protecção Insuficiente, Proporcionalidade e Conteúdo Essenciais», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume II, *Direito Constitucional e Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, Lisboa, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, (2012), pp. 188-195.

¹⁴⁶ Aproximadamente neste sentido, afirmando que «a tutela jurisdiccional efectiva carece de conformação através da lei, ao mesmo tempo que lhe é congénita uma incontornável dimensão prestacional a cargo do Estado (e, hoje, também da União Europeia) (...) no sentido de colocar à disposição dos indivíduos uma organização judiciária e um leque de processos garantidores da tutela judicial efectiva»; Neste sentido, RICARDO BRANCO, «Algumas notas de Direito Comparado em torno da Consagração Constitucional da Tutela de Direitos com Recurso aos Tribunais: Um exercício a pretexto da necessidade de interpretar o art.º 20.º da Constituição Portuguesa», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Vol. III, Comissão Organizadora: José Lebre de Freitas/Rui Pinto Duarte/Assunção Cristas/Vitor Pereira das Neves/Marta Tavares de Almeida, Almedina, Coimbra, (2011), pp. 47.

¹⁴⁷ Sobre o núcleo essencial do Direito de acesso aos Tribunais e à tutela jurisdiccional efectiva, com muito interesse, V. PAULA COSTA E SILVA, «De Minimis Non Curat Praetor. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e

Como vimos, a conformação do direito ao conhecimento das origens genéticas, consubstanciado na criação da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, corresponde ao cumprimento de um dever de legislar^{148/149}, que merecerá assim censura constitucional se vier a ser cumprido ou de forma excessiva ou de modo insuficiente ou deficitário¹⁵⁰.

Sobre o que seja o princípio da “proibição do défice”, ou da “proibição da insuficiência” (*Untermassverbot*)¹⁵¹, e sobre as circunstâncias apertadas em que pode o juiz constitucional censurar uma medida legislativa por esta se mostrar, face a *deveres estaduais de protecção* ou de *prestação de normas, deficitária ou insuficiente*, já se pronunciou com clareza o Tribunal Constitucional^{152/153}.

complementariedade», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Vol.III, Direito Privado, Direito Público e Vária, Organizadores: Jorge Miranda/António Menezes Cordeiro/Eduardo Paz Ferreira/José Duarte Nogueira, Coimbra Editora, Coimbra, (2010), pp. 294.

¹⁴⁸ Sobre o perfil do legislador, MENEZES CORDEIRO, «Tratado de Direito Civil Português, Direito das Obrigações», II, Tomo III, Gestão de negócios, Enriquecimento sem causa, Responsabilidade Civil, Coimbra, Almedina, (2010), pp. 652-678.

¹⁴⁹ Sobre o paradigma do legislador razoável, no cumprimento do dever de legislar, VIEIRA DE ANDRADE, «A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função legislativa», in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 142, N.º 3980, Maio – Junho de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, (2013), pp. 294-297.

¹⁵⁰ Neste sentido, na doutrina brasileira, INGO SARLET, «Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência», in Revista dos Estudos Sociais Criminais, n.º 12, ano 3, Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, (2003), pp. 9 e ss.

¹⁵¹ Neste sentido, na doutrina brasileira, LÊNIO LUIZ STRECK, «*Bem Jurídico e Constituição, Da Proibição do Excesso (Übermassverbot) à Proibição da Protecção Deficiente (Untermassverbot)*, ou de como não há blindagem contra Normas Penais Inconstitucionais», in BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (BDUC), VOL. LXXX, (2004), pp. 316 e ss.

¹⁵² Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Sousa Ribeiro, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 166/2010, relatado pela Exma. Senhora Conselheira Maria Lúcia Amaral, disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁵³ Neste sentido, mais recentemente, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 269/2010; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º

Basicamente, na esteira da jurisprudência do Tribunal Constitucional, poderá considerar-se que existe um *deficit* inconstitucional de protecção (ou de prestação normativa), quando as entidades sobre as quais recai o *dever de proteger adoptam medidas insuficientes para garantir a protecção adequada*¹⁵⁴ às posições *jusfundamentais em causa*, sendo que tal sucede sempre que se verificar um *duplo teste*: (i) *sempre que se verificar que a protecção não satisfaz as exigências mínimas de eficiência que são requeridas pelas posições referidas*; (ii) *cumulativamente*, sempre que se verificar que tal não é imposto por um *relevante interesse público*, constitucionalmente tutelado.

Para que se saiba se a *protecção adoptada satisfaz ou não as exigências mínimas de eficiência requeridas pelas posições jusfundamentais em causa* necessário é que se tenha em conta a *intensidade do perigo* ou do *risco de lesão* que pode resultar, para as referidas posições, da *medida legislativa sob juízo*¹⁵⁵.

Com efeito, mostrou-se à saciedade, que o legislador que *editou* a Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, querendo a *retroconexão total* da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, e a sua *aplicação imediata ao tempo já passado* desde que o investigador tenha atingido a maioridade ou emancipação, pugna que esta LN *actue para o passado*, relativamente ao decurso do tempo já decorrido desde a maioridade do investigador; nesta hipótese, a LN atinge factos (o decurso do tempo)

270/2010; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 222/2011, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁵⁴ Neste sentido, LUÍS PEREIRA COUTINHO, «Sobre a Justificação às restrições aos Direitos Fundamentais», in Revista do CEJ, 2º Semestre, Número 12, Almedina, Coimbra, (2010), pp. 20-21.

¹⁵⁵ Na doutrina alemã, no âmbito do *processo legiferante*, sobre as *regras da experiência captadas normativamente* sob uma perspectiva de análise estatística (simples e elementar), no cruzamento reflexivo com a denominada “*injustiça da generalização*”, GABRIELLE BRITZ, «*Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung*», Tübingen, (2008), pp. 23-47.

já verificados ao abrigo do regime jurídico anterior, *diminuindo ou extinguindo, sic et simpliciter*, o *direito de acção ao conhecimento das origens genéticas*, ainda que já estivessem pendentes acções de investigação da paternidade no momento do seu início de vigência; o que significa que o legislador *privou* o referido diploma legal de *mecanismos efectivamente protectores*¹⁵⁶ do *direito à tutela jurisdiccional efectiva*¹⁵⁷ dos investigadores/ autores *directa e pessoalmente afectados*¹⁵⁸ pela *frustração de expectativas*^{159/160} em ver tutelado o seu *direito à sua historicidade pessoal* (art.º 268.º, n.º 4, da CRP,

¹⁵⁶ A este propósito abalizada doutrina afirma que “*o verdadeiro valor (jurídico e social) dos direitos fundamentais traduz-se numa palavra: efectividade (ou seja, realização e protecção efectiva dos bens e interesses básicos da pessoa humana, ao nível da existência, da autonomia e do poder). Ora, se esta efectividade, de facto, em primeira linha, tem de estar articulada com um conjunto de pressupostos reais (os chamados pressupostos dos direitos fundamentais), ela depende em larga medida da existência, do prestígio social efectivo e do bom funcionamento de um sistema jurisdiccional capaz de fazer garantir aquele valor*”; Neste sentido, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, «O papel dos tribunais na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos», in Revista O Direito, Ano 142.º, Volume V, Director: Jorge Miranda, Coimbra, Almedina, (2010), pp. 869.

¹⁵⁷ Sobre a *tutela jurisdiccional diferenciada*, que radica na *garantia constitucional do processo equitativo* estabelecida no n.º 4, do art.º 20.º da Constituição da República, e que “*permite que a uma “diversidade de direitos” corresponda uma “diversidade de remédios jurisdicionais”*”; neste sentido, RUI PINTO, «Urgência procedimental e o direito à tutela jurisdiccional efectiva no art.º 382.º, n.º 1, do Código de Processo Civil – Anotação ao Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 9/2009, de 31.3.2009, Agravo Alargado 4716/17», in Cadernos de Direito Privado (CDP), n.º 31, Julho/Setembro 2010, Cejur, Braga, Coimbra Editora, (2010), pp. 50.

¹⁵⁸ Neste sentido, referindo-se ao “*princípio geral do alterum non laedere: o dever que todo o sujeito da ordem jurídica tem de abstenção de actuação adequada à lesão de qualquer direito alheio*”, monograficamente, RUI PINTO, *A questão de mérito na tutela cautelar. A obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*, Tese de Doutoramento, Coimbra, Coimbra Editora, (2009), pp. 433 e ss.

¹⁵⁹ Sobre esta questão, no cruzamento reflexivo com a “*diversidade de remédios jurisdicionais*”, na doutrina italiana, PROTO PIZANI, *Lezione di diritto processuale civile*, 5ª edição, Napoli, Jovene, (2006), pp. 50.

¹⁶⁰ Neste sentido, na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), entre muitas outras decisões, TEDH *Frydender/França* (27/06/2000); TEDH *Delgado/França* (14/9/2000); TEDH *Kanoun/França* (3/10/2000); TEDH *Koncept-Conselho em Comunicação e Sensibilização de Públicos, Lda/Portugal* (31/10/2002); TEDH *Dactylidi/Grécia* (27/3/2003); TEDH *Guezj/França* (17/5/2005), disponíveis em <http://hudoc.echr.coe>.

art.º 26.º, n.º 1, da CRP)¹⁶¹, não logrando passar o *exame de eficiência* entronizado pela mais autorizada doutrina alemã¹⁶², e, por isso, claudicando, igualmente, no *triplo* teste da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*¹⁶³, uma vez que *esvazia* o núcleo essencial daquele *direito fundamental* nos casos em que, por condicionalismos processuais, é *subtraído* ao cidadão o seu (inalienável) *direito de acesso aos tribunais* (art.º 20.º, n.º 1, da CRP), consubstanciado na insusceptibilidade de exercício do *direito ao conhecimento das suas origens genéticas* (art.º 26.º, n.º 1, da CRP).

VIII

Conforme acima se deixou antecipado, a *retroconexão* é distinta da *retroactividade*, mas alguns limites desta são extensíveis à *retroconexão*. Dentro destes limites, para o aqui interessa, inclui-se a *proibição de retroactividade das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias* (art.º 18.º, n.º 3, da CRP), que determina a impossibilidade de uma LN retirar quaisquer consequências do *exercício lícito* de um direito ou do gozo legítimo de um liberdade ou garantia; a necessidade de a lei retroactiva respeitar o *caso julgado* (art.º 282.º, n.º 3, da CRP) impede que

uma LN o ignore para o futuro¹⁶⁴.

Mas, como é consabido, o legislador que *editou* a Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril dispôs agora *inequivocamente* que os prazos de caducidade das acções de investigação (e de impugnação) da paternidade se aplicavam às *acções pendentes* (art.º 3.º da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril). Acompanhando de perto o preclaro pensamento do Professor REMÉDIO MARQUES, *quid iuris* se se *aplicar imediatamente* a LN e considerar *caduco* o *direito de acção* destinado a constituir o vínculo de filiação paterna, uma vez que já decorreu um prazo superior a 10 anos após a maioria do investigador. Isto ainda quando, *na pendência da acção*, os investigadores tenham passado a desfrutar do *direito de propor a acção a todo o tempo, por motivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do artigo 1817.º/1 do Código Civil, pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, de 10 de Janeiro*^{165/166/167/168/169}.

A resposta, cortante, é clara: a inconstitucionalidade material é patente, por violação do *princípio da confiança ínsito no Estado de direito democrático de-*

¹⁶⁴ Neste sentido, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «*Aplicação da lei no tempo*», cit., pp. 13-14.

¹⁶⁵ Neste sentido, CRISTINA M. A. DIAS, «*Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09*», cit., pp. 53.

¹⁶⁶ Neste sentido, J.P. REMÉDIO MARQUES, «*Caducidade de Acção de Investigação da Paternidade: o problema da aplicação imediata da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, às acções pendentes*», cit., pp. 206.

¹⁶⁷ Neste sentido, RAFAEL VALE E REIS, «*Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português*», cit., pp. 201.

¹⁶⁸ Neste sentido, muito recentemente, GUILHERME DE OLIVEIRA, «*Caducidade das acções de investigação ou caducidade do dever de perfilar, a pretexto do acórdão n.º 401/2011 do Tribunal Constitucional*», pp. 115.

¹⁶⁹ Neste sentido, muito recentemente, GUILHERME DE OLIVEIRA, «*Direitos fundamentais à Constituição da Família e ao Desenvolvimento da Personalidade*», cit., pp. 7.

¹⁶¹ Enfatizando, no que se refere aos prazos de caducidade das acções de investigação da maternidade ou da paternidade, a necessidade de se alcançar “*um justo equilíbrio entre o interesse do investigador em conhecer a sua origem genética e o interesse do investigado e da sua família mais próxima em serem protegidos de demandas respeitantes a factos da sua vida íntima ocorridos há já muito tempo e ainda o interesse público da estabilidade das relações jurídicas*”, Neste sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Mizzi c. Malta* (12/04/2006), disponível em <http://hudoc.echr.coe>.

¹⁶² Neste sentido, na doutrina alemã, ISENSEE, «*Das Grundrecht als Abwehrrecht und als Schutzpflicht*», in ISENSEE/KIRCHHOF (hrsg.), *HGDE*, Band II, Heidelberg, (2006), pp. 232-233.

¹⁶³ Neste sentido, na doutrina alemã, STÖRRING, «*Das Untermassverbot in der Diskussion*», Berlin, (2009), pp. 123 e ss.

corrente do art.º 2.º, da CRP, do art.º 3.º, da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril¹⁷⁰.

Todavia, há uma outra questão que ficou “na sombra” do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, de 10 de Janeiro, a saber: o efeito aditivo que emergiu da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do art.º 1817.º, n.º 1, do Código Civil na versão anterior à conferida pela Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril.

Na verdade, e como escrevemos noutra local¹⁷¹, a Justiça Constitucional no seu domínio central que é o da “fiscalização da constitucionalidade” parifica-se unicamente como uma instância de controlo, assumindo, pois, uma natureza essencialmente “negativa”, no sentido de que aquilo a que em primeira linha é chamada e a tarefa que lhe está cometida é, tão-só, a de paralisar e neutralizar a subsistência e os efeitos dos actos e normas em desconformidade com a Constituição¹⁷².

¹⁷⁰ Neste sentido, entre muitas outras decisões, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23/06/2009 (TELES PEREIRA); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7/07/2009 (OLIVEIRA ROCHA); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25/03/2010 (HÉLDER ROQUE); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8/06/2010 (SERRA BAPTISTA), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁷¹ Neste sentido, HUGO LUZ DOS SANTOS, «Os Fiduciary duties dos Administradores das Sociedades Comerciais e o regime da solidariedade passiva constante do (revogado) art.º 8.º, n.º 7, do RGIT e do (represtinado) art.º 7-A, n.º 2, do RJFNA: cooperação dialéctica entre o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça?», in Revista Fiscal (RF), Maio-Junho 2014, Vida Económica, Porto, (2014), *passim*.

¹⁷² Neste preciso sentido, JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, «Justiça Constitucional e Jurisdição Comum (Cooperação ou Antagonismo?)», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC), Ad Honorem, *Studia Iuridica*, 103, Volume II: Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática, Organizadores Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro, Coimbra, Coimbra Editora, (2013), pp. 193.

Repare-se que, como acima deixámos antecipado, e nas palavras do próprio Tribunal Constitucional, cabe à jurisdição comum determinar a aplicação do direito infraconstitucional: ou seja, em sede do *framework originalism*¹⁷³, cabe a essa jurisdição comum determinar o *original meaning* da norma infraconstitucional¹⁷⁴.

Por conseguinte, determinando o sentido hermenéutico da *norma infraconstitucional*, a jurisdição comum cria uma *norma de decisão*, enquanto proposição final do efeito normativo para o caso concreto e que implica, naturalmente e necessariamente, uma *proposição de qualificação* (“*instantiation*”)¹⁷⁵ dos factos relevantes daquele caso na categoria hipotética de *norma de base*¹⁷⁶.

Desse jeito se compreende que, já no plano constitucional, e como afirma a mais autorizada doutrina norte-americana, “*the test for constitutional obligation arises when one thinks that, all-things-considered, the right thing to do is X, but the Constitution tell us to do not X*”¹⁷⁷.

Por conseguinte, porque a actividade jurisdicio-

¹⁷³ Neste preciso sentido, na doutrina norte-americana, JACK M. BALKIN, «*Framework Originalism and The Living Constitutions*», in *Yale Law Journal*, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Research Paper n.º 82, February 2008, (2008), pp. 4.

¹⁷⁴ Neste preciso sentido, V. JACK M. BALKIN, «*Framework Originalism and The Living Constitutions*», cit., pp. 4.

¹⁷⁵ Neste sentido, na doutrina escocesa, NEIL MACCORMICK, «*Rethoric and the rule of law- A theory of legal reasoning*», (2005), pp. 39-40.

¹⁷⁶ Neste sentido, PEDRO MONIZ LOPES, «*O valor jurídico das normas de decisão jurisprudenciais*», in Revista “*O Direito*”, ano 140, III Volume, 2008, Director: Inocêncio Galvão Telles, Almedina, Coimbra, (2008), pp. 660.

¹⁷⁷ Neste sentido, na doutrina norte-americana, JEREMY WALDRON, «*Book Review Never Mind the Constitution: On Constitution Disobedience*», in *Harvard Law Review*, Volume 127, (2014), pp. 1151.

nal do Tribunal Constitucional cinge-se à “constatação da violação de um direito constitucional específico” derivado de um acto de aplicação da lei ou norma legislativa em questão; e essa violação do direito ao conhecimento das origens genéticas do investigante foi sancionada pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, de 10 de Janeiro, impunha-se que o legislador que editou a Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, reconhecesse ao *stare decisis*, à *ratio decidendi* daquele marcante aresto do Tribunal Constitucional, um efeito aditivo.

Na verdade, a esse respeito, assinala a mais autorizada doutrina, que se denota uma *homologia funcional* entre o efeito aditivo e o efeito repristinatório, na medida em que ambos corporizam uma *consequência da erradicação de um conteúdo normativo inconstitucional*¹⁷⁸, que se traduz na ressurreição da aplicabilidade, aos casos de espécie deixados sem regulação pela erradicação¹⁷⁹, de normas que sempre se lhe aplicariam, não fora a vigência da norma entretanto declarada inconstitucional¹⁸⁰.

Assim, a *consequência da erradicação de um conteúdo normativo inconstitucional*, emergente do efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral emitida pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, de 10 de Janeiro, que procedeu à *sindicação constitucional* do art.º 1817.º,

¹⁷⁸ Neste sentido, CARLOS BLANCO DE MORAIS, «As sentenças com efeitos aditivos», in *As sentenças intermédias da justiça constitucional. Estudos luso-brasileiros de Direito Público*, AAFDL, Lisboa, (2009), pp. 15-17.

¹⁷⁹ Neste sentido, sobre as sentenças interpretativas, na doutrina italiana, ANTONIO D’ATENA, «Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale», in “La Corte, i Giudici e le interpretazioni adeguatrici”, Seminário – Roma, 06 de Novembro de 2009, disponível em www.Cortecostituzionale.it.

¹⁸⁰ Neste sentido, monograficamente, RICARDO BRANCO, *O Efeito Aditivo da Declaração de Inconstitucionalidade com Força Obrigatória Geral*, Tese de Mestrado, Coimbra Editora, Coimbra, (2010), pp. 434.

n.º 1, do CC, na versão anterior à conferida pela Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, traduz-se na possibilidade de, a *todo o tempo*, o investigador poder exercer o seu direito ao conhecimento das suas origens genéticas; esse efeito aditivo consubstanciar-se-ia no acolhimento, pelo legislador que editou a Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, do *stare decisis*, da *ratio decidendi*,¹⁸¹ emergente do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, de 10 de Janeiro, com a configuração acima referida; numa palavra: *não prevendo qualquer prazo de caducidade* para o exercício do direito à *historicidade pessoal* que se desprende do âmbito do direito ao conhecimento das origens genéticas (art.º 26.º, n.º 1, da CRP).

Porquanto, só desse jeito conteria a Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, em si e por si, uma “pretensão de validade” (*Geltungsanspruch*) “contexto-transcendente” (*context-transcendent*) que lhe permitiria realizar uma *acção comunicativa forte*¹⁸²; ao invés de contribuir para a agudização do clima de (*in*)segurança jurídica que, em primeira linha, lhe caberia velar.

Horta (Faial, Açores, com um relance do olhar para a Ilha do Pico), 08 de Setembro de 2014.

¹⁸¹ Neste preciso sentido, na doutrina italiana, LEOPOLDO ELIA, «Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (ottobre 81-luglio 85)», in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, (1985), pp. 756.

¹⁸² Neste sentido, na doutrina alemã, JÜRGEN HABERMAS, «Theorie des kommunikativen Handelns», Volume I, Suhrkamp, Frankfurt am Main, (1981), pp. 135 e ss, pp. 377 e ss, pp. 397 e ss.

Doutrina

OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS DEVIDA A FIOS/AS MAIORES QUE AINDA NÃO COMPLETARAM A SUA FORMAÇÃO - ESTADO DA QUESTÃO (*)

Maria Inês Pereira da Costa

Advogada. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.

Mestre em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto

Palavras-chave: Despesas educacionais, maioridade, qualificação, obrigação de sustento.

Keywords: child support, maintenance, adulthood, qualification, obligation of support.

Resumo: O presente artigo aborda a questão da obrigação de pagar as despesas educacionais devidas a filhos maiores que ainda não completaram a sua formação académica ou profissional. Segundo o disposto no art. 1880.º CC, a obrigação de sustento imposta aos pais é exigível na medida do “razoável”, critério de difícil concretização e que justifica uma reflexão crítica do ponto de vista jurisprudencial.

Abstract: This article addresses the obligation that parents have to provide financial support to their young children who are yet to complete their academic or professional studies. According to the provisions of art. 1880.º CC, the obligation of support imposed on parents is required as far as “reasonable”. This criterion is vague and of difficult understanding, therefore justifying a critical reflection from a jurisprudential point of view.

Introdução

Na sociedade contemporânea portuguesa verifica-se o recurso em massa à formação académica superior e à especialização profissional; assim, é frequente que os pais financiem essa mesma qua-

lificação, que, de uma forma geral, se estende até depois da maioridade.

O art. 1880.º CC estabelece que “*Se no momento em que atingir a maioridade ou for emancipado o filho não houver completado a sua formação profissional, manter-se-á a obrigação a que se refere o número anterior na medida em que seja razoável exigir aos pais o seu cumprimento e pelo tempo normalmente requerido para que aquela formação se complete.*” A obrigação imposta aos pais é exigível na medida do “razoável”, critério de difícil concretização e que justifica uma análise aprofundada.

Do texto legal surge a dúvida de saber se a obrigação referida no art. 1880.º CC se reporta exclusivamente às despesas mencionadas no artigo anterior, cujo âmbito temporal se estende para além da maioridade, ou se são as próprias responsabilidades parentais, que neste caso se protelam¹. Parece certo que, na situação ali especialmente

^(*) O presente texto foi elaborado a partir da dissertação apresentada para conclusão do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Católica – Porto, “*Obrigação de Alimentos Devida a Filhos/as Maiores que Ainda Não Completaram a Sua Formação – Uma Visão Comparada de Crítica ao Critério da Razoabilidade*”, sob a orientação da Senhora Prof. Doutora Rita Lobo Xavier, a quem aproveitamos para renovar os nossos agradecimentos. A suprarreferida dissertação apresenta uma visão comparada da realidade jurídica portuguesa e da espa-

prevista, se mantêm as razões que determinaram a obrigação de sustento do filho, ainda que maior, o que não acontece em relação aos poderes-deveres típicos que integram as responsabilidades parentais².

1. Compreensão do art. 1880.º CC a partir da sua inserção sistemática

O art. 1880.º CC³ prevê o que alguns autores designam por “*alimentos educacionais*”⁴ que, embora enunciados nos arts. 1878.º, 1879.º e 2003.º, n.º 2 CC, surgem aqui com pressupostos de atribuição mais exigentes, em virtude do critério da razoabilidade contido nesta disposição⁵.

O regime especial previsto no art. 1880.º CC afasta as regras gerais relativas aos alimentos previstas no art. 2003.º e ss CC, de modo a favorecer assim os filhos maiores⁶. Para MARIA CLARA

SOTTOMAYOR⁷ será de aceitar a doutrina segundo a qual se deverá proceder a uma interpretação corretiva da norma do arts. 2003.º, n.º 2 CC, de forma a compatibilizar esta disposição com a do arts. 1880.º CC: esta última é uma extensão da obrigação de sustento dos pais para além da maioridade dos filhos, de modo a que seja possível alcançar o término da educação superior iniciada.

Com efeito, o arts. 2003.º CC ao definir como alimentos “*tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário*” (n.º 1), compreende também “*a instrução e educação do alimentado no caso de este ser menor*” (n.º 2). Assim, a obrigação de alimentos devida a maiores apenas abrangia o sustento, a habitação, mas não a educação e a instrução, que o n.º 2 desta disposição reserva ao alimentado menor. Todavia é de notar que a norma do art. 2003.º CC foi transposta do Código de Seabra (art. 171.º) para o Código de 1966, estando adaptada ao século XIX, onde não era frequente os filhos prosseguirem estudos. No entanto, esta norma está desatualizada, atendendo à massificação da educação na nossa época⁸. A manutenção, aquando da reforma de 1977, do carácter limitativo do art. 2003.º, n.º 2 CC, parece ter ficado a dever-se a um lapso do legislador, que se terá esquecido de adequar esta norma ao disposto no art. 1880.º CC, que define a noção de alimentos devidos a maiores por remissão para o art. 1879.º CC, o qual se refere às despesas relativas à sua segurança, saúde e educação⁹.

enquanto subsistam as necessidades do filho maior. Cfr. LÁZARO PALAU, Carmen María, “La pensión alimentícia de los hijos”, *Thomson Aranzadi*, 543, 2008, p. 33.

⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do poder paternal nos casos de Divórcio*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003, p. 133.

⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *op. cit.*, p. 133.

⁹ Cfr. Ac. STJ 23/9/1997: *BMJ*, 469.º, pp. 563 e ss e SOTTOMAYOR, Maria Clara, *op. cit.*, p. 133.

nhol. No presente artigo apenas se enuncia sumariamente a relevância desta questão no ordenamento jurídico espanhol.

¹ VARELA, Pires de Lima/Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, p. 338.

² Neste sentido, *vid.* HÖRSTER, Heinrich E., “A propósito de uma «não leitura» do art. 495.º, n.º 3, I.ª alternativa, do Código Civil feita por quem tenha a sua pré-compreensão jurídica moldada pelo § 844 n.º 2, frase I, do BGB”, *Revista de Direito e Economia*, IX, p. 338.

³ O art. 1880.º foi introduzido no CC pelo DL n.º 496/77 de 25 de Novembro, a chamada reforma de 1977. Segundo, VARELA, Pires de Lima/Antunes, *op. cit.*, p. 338, o art. 1880.º CC é um preceito novo, sem nenhum precedente na legislação anterior, justificando-se tal introdução pela descida da maioridade legal, pelo aumento do número de alunos a frequentar o ensino superior, assim como pela maior duração dos cursos.

⁴ Assim entendeu, MARQUES, J. P. Remédio, *Algumas Notas Sobre Alimentos (Devidos a Menores)*, Coimbra Editora, 2007, pp. 300 e ss.

⁵ Cfr. Ac. TRL 7/12/2011, Processo: 1898/10.OTMLSBL1-2. Doravante, na falta de outra indicação, os acórdãos indicados estão disponíveis in *Base de Dados do MJ*, www.dgsi.pt

⁶ Diferentemente, o direito espanhol não possui nenhum preceito análogo ao do art. 1880.º CC. A obrigação geral de alimentos, semelhante à norma do art. 2003.º CC português, apenas se mantém

2. A concretização dos critérios de normalidade e de razoabilidade realizada pela jurisprudência

2.1. *Crítérios gerais e especiais da fixação da obrigação de alimentos a filhos maiores: tentativa de densificação e abordagem crítica*

Os critérios gerais da obrigação alimentar são a necessidade e a proporcionalidade. A proporcionalidade vem referida no art. 2004.º CC, que refere o *quantum* dos alimentos, em geral¹⁰. Os alimentos são sempre proporcionados quer aos meios daquele que houver de prestá-los, quer à necessidade daquele que houver de recebê-los.

No que respeita à determinação das necessidades do alimentando, serão definidas recorrendo a conceitos económicos, sociais, morais e até físicos¹¹.

A introdução na norma dos critérios da “razoabilidade” e “normalidade” não está apenas relacionada com considerações estritamente económicas, atendendo somente às possibilidades de quem presta e às necessidades de quem pede. Decisivos serão também os padrões familiares que tiverem sido adotados e a permanência das condições subjetivas e objetivas que determinaram a obrigação¹².

O art. 1880.º CC acrescenta outros critérios de ponderação, envolvendo alguma incerteza,

¹⁰ MOTA, Guerra, “Dos alimentos e da sua obrigação”, *Portugal Judiciário*, II, n.º 16, p. 10.

¹¹ MOTA, Guerra, *op. cit.*, III, n.º 25, p. 10.

¹² Diferentemente, no direito espanhol a obrigação de alimentos perdura enquanto subsistam as necessidades sem estar relacionado com a “razoabilidade” da manutenção dessa obrigação. Cfr. MARÍN GARCIA, M^a Teresa, *Crisis matrimoniales: quién solicita los alimentos de los hijos mayores de edad?*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 31.

devida à utilização dos conceitos indeterminados “razoável” e “normalmente”. A concretização destes critérios depende em boa parte do modo como sejam densificados na sua aplicação pelas instâncias judiciais.

Contudo, é de salientar a importância destes critérios especiais, pois contribuem para a definição dos limites da exigibilidade da obrigação dos pais em determinadas situações, assim como para orientar a procura da solução de cada caso concreto, uma vez que cada pessoa está inserida num contexto próprio.

Os critérios de normalidade e de razoabilidade devem ser ponderados atendendo às condições subjetivas e objetivas de cada caso. As primeiras respeitam às circunstâncias relacionadas com o beneficiário em termos pessoais, como a capacidade intelectual, rendimento escolar e capacidade para trabalhar; as condições objetivas referem-se aos possíveis recursos económicos do filho como os rendimentos de bens próprios ou do trabalho remunerado e aos recursos dos progenitores¹³.

2.2. *A capacidade intelectual do filho e o respetivo aproveitamento escolar*

A ponderação dos critérios enfrenta frequentemente a questão do aproveitamento escolar. Na verdade, não será exigível à luz de um critério de razoabilidade manter a obrigação de sustento quando o filho maior não apresenta qualquer aproveitamento escolar, sem causas justificativas¹⁴. A doutrina defende que as capacidades intelectuais

¹³ Cfr. MARQUES, J. P. Remédio, *op. cit.*, pp. 300 e ss.

¹⁴ NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 17.ª Edição Revista e Atualizada, Ediforum, Lisboa, 2010, p. 1397.

do filho e a sua aptidão para prosseguir os estudos devem ser valoradas, cabendo ao Tribunal condicionar as prestações de alimentos educacionais a um certo nível de aproveitamento¹⁵.

Parte da jurisprudência defende que se exige de um adulto uma maior responsabilização no seu aproveitamento escolar¹⁶. Sustenta que o art. 1880.º CC faz referência, não a “*formar*”, mas sim a “*completar*” a formação, atendendo à realidade portuguesa de que aos 18 anos a formação profissional não está normalmente concluída. Logo, o que o legislador pretendeu foi apenas admitir as últimas ajudas e não prolongar o estado de menoridade e consequente responsabilidade dos progenitores¹⁷. Defende que é função dos progenitores gerir a falta de aproveitamento escolar de um filho menor. Tratando-se de um filho maior, apenas lhes é exigível pô-lo perante as suas responsabilidades de pessoa adulta, sendo precisamente a isso que se referem os conceitos “*razoável*”¹⁸ e “*normalmente*”¹⁹ incluídos no art. 1880.º CC.

Os próprios Tribunais poderão condicionar as prestações de alimentos educacionais a um certo nível de aproveitamento, pois o sustento dos estudos por parte dos progenitores não deve entender-se como um direito absoluto dos filhos²⁰.

¹⁵ Neste sentido, MARQUES, J. P. Remédio, *op. cit.*, p. 300.

¹⁶ Assim entendeu, TRL 18/1/2000:CJ, Tomo I, p. 80.

¹⁷ Cfr. Ac. TRL 18/1/2000:CJ, Tomo I, p. 80.

¹⁸ O STJ (8/4/2008), processo: 08A493 exemplifica como causa de extinção da prestação de alimentos, por não ser “*razoável*” exigir aos pais, o caso de um filho maior frequentar há oito anos, sem qualquer êxito, por circunstâncias a si imputáveis, um curso que tinha a duração prevista de cinco anos.

¹⁹ Neste seguimento, o TRP (4/4/2005), Processo: 0551191 decidiu que, numa perspectiva de normalidade, não é razoável que uma filha com 26 anos, e após ter reprovado no 1.º ano do ensino superior durante três anos, exija que o pai suporte as despesas com a sua formação.

²⁰ MARQUES, J. P. Remédio, *op. cit.*, p. 308.

2.3. Conceito de formação profissional

Verifica-se alguma dificuldade em atingir o consenso na definição do conceito de formação profissional. Permanece a dúvida acerca da questão de saber se, nas condições atuais da empregabilidade de jovens adultos, o conceito de formação profissional não permitirá uma interpretação extensiva, por exemplo, aos casos de estágios não remunerados ou cursos de especialização.

Segundo o entendimento de REMÉDIO MARQUES, a obrigação deve cessar no momento em que o filho maior haja completado a sua formação, não devendo perdurar até que este inicie uma atividade profissional adequada com a formação obtida, já que, segundo o disposto no art. 1880.º CC, é de supor que o custeio das referidas despesas só é exigível até ao momento em que esse filho haja completado a sua formação, e pelo tempo normalmente exigido para que aquela formação se conclua²¹. A lei não condiciona a extinção do aludido dever à superveniente aquisição de emprego²². Nesta linha e seguindo REMÉDIO MARQUES, numa situação de desemprego, o filho maior, após a conclusão da formação, pode apenas exigir alimentos aos seus ascendentes nos termos gerais do art. 2003.º CC e 2009.º, n.º1, al. c) CC²³. Posição diferente sustenta MARIA CLARA SOTTOMAYOR²⁴, para quem o conceito de formação profissional deve ser alar-

²¹ MARQUES, J. P. Remédio, *op. cit.*, p. 311.

²² Neste sentido, o Ac. TRC 28/3/2000, CJ, Tomo II, p. 19 entendeu que o filho, após ter terminado a sua licenciatura, continuou, indevidamente, a receber alimentos, pois nessa data concluiu a sua formação.

²³ Tal decisão foi objeto de um voto de vencido, sendo claras as divergências.

²⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 333.

gado para além da licenciatura, de forma a abarcar também o grau de mestrado e estágios profissionais não remunerados, dada a insuficiência da licenciatura na atualidade para a aquisição de formação suficiente que permita uma entrada imediata no mercado de trabalho. Pode questionar-se até que ponto podem admitir-se os mestrados e estágios, sem se confundirem com prolongamentos voluntários da situação de dependência, não merecedores por si só de proteção²⁵.

Apesar de esta excecional obrigação assumir caráter temporário, o *terminus ad quem* não tem de corresponder ao período normal de duração da formação; pode ir mais além, impondo-se aqui alguma razoabilidade que passará, desde logo, pela ponderação de circunstâncias, fatores como a saúde, a capacidade do formando, dificuldades do próprio curso, tipo concreto de família, nomeadamente no que respeita à disponibilidade dos recursos económicos, para o prolongamento no tempo desta obrigação, de modo a que o filho assegure, com a formação obtida, as “circunstâncias favoráveis” para a autonomia de vida²⁶.

Também tem sido objeto de discussão a questão de saber se o limite temporal da obrigação deve ser fixado em função da idade dos filhos maiores. Nestas situações, a jurisprudência²⁷ tem sido unânime no sentido de não fixar um prazo final para os alimentos, pois a pensão findará quando o curso, em condições de normal aproveitamento escolar,

estiver concluído. Apesar disso, esse entendimento não é consensual pois existem ordenamentos jurídicos que defendem os 26 anos como limite temporal da obrigação²⁸. Todavia, se é certo que o decurso do tempo pode aproximar a autonomia económica, também é certo que, por si só, não é um fator decisivo, importando atender ao circunstancialismo do caso concreto. Por outro lado, a realidade quotidiana mostra a eficaz ajuda dos pais aos filhos nos meses imediatamente a seguir à finalização dos estudos.

2.4. A capacidade de trabalho do filho maior

Na hipótese de o filho maior ser trabalhador-estudante, o preceito do art. 1879.º CC apenas permite concluir que a desoneração dos pais possa ocorrer de forma gradual, de acordo com o produto do trabalho do filho. Se o filho dispõe de rendimentos, por mais exíguos que sejam, uma interpretação literal desta norma poderia conduzir à cessação automática da prestação de alimentos²⁹. Questiona-se esta interpretação, uma vez que ela pode levar a situações de carência extrema.

A possibilidade de trabalhar, por parte do filho maior, não deve ser entendida como pressuposto da extinção destes alimentos, pois pode comprometer o sucesso dos estudos superiores. Em decisão do

93

²⁵ Ponto de vista já defendido na doutrina espanhola por LÁZARO PAULAU, Carmen María, *op. cit.*, p. 79.

²⁶ MARQUES, J. P., Remédio, *op. cit.*, p. 294.

²⁷ Negando a limitação temporal da pensão de alimentos *vd.* Ac. TRE 17/6/1993, *BMJ*, 428.º, p. 700; Ac. TRE 27/9/2007, Processo: 585/07-2; Ac. STJ 6/7/2005, Processo: 04B1171; Ac. TRP 6/12/2004, Processo: 0456219.

²⁸ Assim, no direito espanhol, *vd.* MARÍN GARCIA, Mª Teresa, *op. cit.*, p. 30, GARCÍA DE LEONARDO, T.M., *La Temporalidad de los alimentos de los hijos mayores de edad*, SPF, 2003 e ainda a título de exemplo, decisão do SAP de Madrid de 6/2/2013 disponível in *Buscador de Jurisprudência*

²⁹ Exemplo paradigmático deste entendimento é o caso espanhol, em que se um filho dispõe de rendimentos, uma interpretação literal do art. 93.º, parágrafo 2 CC poderia conduzir à cessação da prestação de alimentos, porque a previsão normativa refere expressamente “carência” de rendimentos e não “insuficiência”.

TRE de 18/10/2007³⁰, o progenitor usa como argumento, o facto de a filha frequentar um curso superior em estabelecimento privado, ter optado por estudar ao invés de trabalhar. O Tribunal entendeu que o progenitor não pode demitir-se das suas responsabilidades, pois os argumentos invocados não são contemplados pela lei como causas de exclusão dessa responsabilidade. Numa altura em que a prioridade é completar a formação iniciada, não deve entender-se que o filho tem uma obrigação natural de obter um emprego.

Na situação do mercado laboral contemporânea é duvidoso poder encarar a capacidade objetiva para o trabalho como causa extintiva direta dos alimentos, já que esse mesmo mercado laboral não faculta, na maioria das vezes, um posto de trabalho, gerando assim uma incapacidade objetiva não imputável ao filho maior³¹.

2.5. *Planificação dos estudos: a problemática da tutela da confiança*

O comprometimento dos progenitores na planificação dos estudos implica uma situação de responsabilidade futura para com o filho, merecedora da tutela do direito³²; no caso de os progenitores não cumprirem com o acordado e frustrarem as expetativas legitimamente criadas ao filho, tal comportamento é suscetível de integrar uma situação de *venire contra factum proprium*³³.

³⁰ Cfr. Ac. TRE 18/10/2007, Processo: 2022/07-3.

³¹ Ponto de vista semelhante já tinha sido defendido por GONZÁLEZ CARRASCO, Maria Del Carmen, “Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales. Doctrina de las Audiencias”, *Aranzadi Civil*, Julho 1998, n.º 8, p. 40.

³² CORDEIRO, Menezes, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Coleção Teses, 4.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2011, p. 755.

³³ Assim entendeu, MARQUES, J. P. Remédio, *op. cit.*, p. 309. Quanto aos pressupostos para a proteção da confiança através do *venire*

Exemplo paradigmático disso mesmo é um caso relatado pelo TRP (17/2/1994)³⁴, em que os progenitores, não obstante terem dado o seu consentimento e inclusivamente incentivando a filha a prosseguir os seus estudos, posteriormente a esta decisão vêm recusar a continuação do pagamento de qualquer despesa. Alegam que a filha já completou a sua formação básica com o bacharelato, o que lhe permite aceder ao mercado de trabalho e continuar os seus estudos em regime noturno.

Neste caso, em nosso entendimento o *venire* teria consistido na recusa abrupta de custear a formação académica por parte dos progenitores, destruindo, assim, a confiança que a sua anterior conduta teria gerado na esfera da filha. A confiança criada pela promessa dos progenitores de que continuariam a custear as despesas de formação sem sobressaltos (aqui reside o seu *factum proprium*) sobrepõe-se à maioridade legal da filha, ou à sua capacidade de trabalho. Verificam-se os pressupostos do *venire*, existindo um exercício ilegítimo de um direito, por terem sido excedidos os limites impostos pela boa-fé (art. 334.º CC). Os progenitores nunca declararam, expressa ou tacitamente, a intenção de deixar de custear a referida formação, antes agiram sempre como se estivessem vinculados. Ao aceitarem e, inclusivamente, incentivarem a decisão de prosseguir estudos, justificaram aos olhos da filha a confiança de que o suporte financeiro nunca seria um entrave. A situação de confiança em que a filha alicerçou o seu investimento é imputável aos pais, sendo censurável a sua conduta, pois representa uma abrupta interrupção dos projetos e expetativas legitimamente criadas.

vd. MACHADO, João Batista, “Tutela da Confiança e «*venire contra factum proprium*»”, 1985, *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, *Scientia Iuridica*, 1991, p. 416.

³⁴ Cfr. Ac. TRP 17/2/1994, *CJ*, Tomo I, p. 240.

Os progenitores devem suportar a extensão desta obrigação, pois foram os responsáveis pela planificação da educação.

Todavia, esta planificação da educação, como prévia negociação entre os progenitores³⁵, não assume o caráter de uma imposição legal. Na verdade, não tem natureza jurídica vinculativa, funcionando, ao que parece, como uma espécie de “acordo de cavalheiros”. Na falta de referência normativa, os efeitos do eventual incumprimento advêm das normas aplicáveis no quadro das relações de cortesia, honra, amizade ou comunidade social³⁶. Contudo, ao julgador não devem ser alheios os anteriores compromissos dos progenitores, para manter ou fazer cessar o suporte financeiro das despesas educacionais.

2.6. O problema da imputabilidade dos factos à conduta do filho

Quanto à hipótese de imputabilidade dos factos à conduta do filho, o art.1880.º CC é omissivo no que respeita a conceções de culpa, limitando-se a fazer referência a determinados requisitos objetivos e subjetivos que densificam o critério da razoabilidade.

Certa doutrina³⁷ e jurisprudência portuguesas³⁸ insistem em teorizar conceções de culpa,

quando a letra da lei nada prevê nesse sentido. No entanto, na nossa opinião o entendimento subjacente poderia integrar-se numa situação de possível abuso do direito na modalidade de *tu quoque*, que pretende exprimir que a pessoa que viole uma norma jurídica não pode, sem abuso, vir depois tirar partido da violação, exigindo de outrem a aceitação das consequências daí advenientes³⁹.

A ponderação à luz do critério da razoabilidade permite concluir que não seja exigível que um pai continue a prover ao sustento e educação de um filho após a maioridade quando este não cumpra, em relação a ele, os deveres de respeito, auxílio e assistência a que alude o art. 1874.º CC. Em apoio deste entendimento, a jurisprudência invoca o disposto no art. 2013.º, n.º 1, al. c) CC, onde se dispõe que a obrigação de prestar alimentos cessa quando o credor viole gravemente os seus deveres para com o obrigado⁴⁰. Cabe observar que, em nosso entender, o disposto no art. 2013.º, n.º 1, al. c) CC não é aplicável à obrigação em análise, dada a finalidade educativa da perduração deste dever e dada a característica da não reciprocidade desta específica obrigação alimentar⁴¹.

O TRL na sua decisão de 8/3/2012⁴² considerou que só a violação grave do dever de respeito por parte do filho relativamente ao progenitor poderá constituir causa de cessação da obrigação de

95

³⁵ Cfr. WALLERSTEIN, Judith/CORBIN, Shauna, “Father-Child Relationship After Divorce: Child support and educational Opportunity”, *FamLQ*, 1986, Vol. 20, n.º2, p.109, estudo demonstrativo desta prévia negociação entre os progenitores.

³⁶ Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos I*, 4.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 30 e 31 no que respeita aos “acordos de cavalheiros”.

³⁷ GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato, “Alimentos”, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, 1981, p. 207.

³⁸ Propugnando o critério da culpa grave do filho como causa de cessação da obrigação *vd.* Ac. TRL 27/4/1995, *CJ*, Tomo II, p. 125;

Ac. TRP 19/12/1996, *CJ*, Tomo V, p. 220, TRG 4/4/2013, Processo: 37/10.1TMBRG.G1.

³⁹ Cfr. CORDEIRO, Menezes, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e perspectivas”, *ROA*, ano 65, 2005, pp. 359 ss no que respeita às modalidades do abuso de direito.

⁴⁰ Cfr. Ac. TRP 17/2/1994, *CJ*, Tomo I, p. 240.

⁴¹ MARQUES, J. P. Remédio, *op. cit.*, p. 311.

⁴² Cfr. Ac. TRL 8/3/2012, Processo: 287/10,0TMPDL.L1-6.

prestar alimentos, nos termos do art. 1874.º CC⁴³. O Tribunal entendeu que não integra tal previsão a atitude da filha maior que não fala com o pai com quem não tem qualquer contacto desde os 13 anos. Esta decisão foi objeto de um voto de vencido, argumentando-se que este caso representa uma reprovável exploração de outrem sustentando-se que a filha não pode pretender reduzir as suas relações com o pai a uma relação de mero credor/devedor⁴⁴.

Pode questionar-se até que ponto será aceitável o uso de instrumentos jurídicos para forçar afetos em relação a adultos que não os desejam. É discutível que o critério da razoabilidade possa ser aplicado para permitir que o devedor invoque conflitos com os filhos, normais entre diferentes gerações, para se furtar à sua obrigação⁴⁵. Na atribuição de alimentos parece que não devem jogar considerações de merecimento ou desmerecimento, pois os alimentos em si não são equiparáveis a um prémio ou a uma sanção⁴⁶.

Nos casos em que as violações dos deveres entre pais e filhos são recíprocas, coloca-se a questão de saber se a obrigação de alimentos se extingue pela chamada “reciprocidade das ofensas”. A aplicação das regras gerais dos contratos sinalagmáticos

⁴³ Propugnando o mesmo entendimento *vd.* Ac. TRG 19/6/2012, Processo: 599-D/1998.G1 e Ac. TRG 4/3/2010, Processo: 115/09.0TBMNC.G1. Destaca-se o último Ac. em que o Tribunal considerou que houve violação do dever de respeito, tendo o filho insultado publicamente o pai de “palhaço”.

⁴⁴ No mesmo sentido deste voto de vencido, vão as decisões do TRP 17/2/1994, *CJ*, Tomo I, p. 240 e TRL 18/1/2000, *CJ*, Tomo I, p. 79.

⁴⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *op. cit.*, p. 336.

⁴⁶ Entendimento semelhante tinha GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato, *op. cit.*, p. 210.

não vale nas relações de família aqui em causa.⁴⁷ Em nosso entender, não será legítimo que um deles invoque uma conduta do outro para se eximir do cumprimento das suas próprias obrigações, no sentido de compensação de culpas (“*Tu fazes, eu também faço*”). A existência de ofensas mútuas só revela um estado de mais profundo desentendimento, não podendo nenhum dos intervenientes invocar uma conduta desonrosa ou indigna da parte do outro, se ele próprio também tiver uma conduta desonrosa.

A conduta do filho maior só lhe retirará o direito a alimentos se existir um comportamento da sua parte que se traduza na prática intencional do facto que invoca como fundamento do pedido de alimentos ou na criação intencional de condições propícias à verificação desse facto⁴⁸. Qualquer outro ato do filho ofendido, mesmo a provocação do progenitor ofensor, não lhe tira o direito de pedir alimentos com base nas falhas do outro, embora deva ser tido em conta na apreciação do critério da razoabilidade.

3. Algumas questões controversas de natureza processual

A fixação de alimentos a filhos maiores segue a tramitação processual dos arts. 186.º e ss OTM, tendo ainda em conta o disposto no art. 989.º CPC⁴⁹. Após o DL n.º 272/2001 de 13 de Outubro, os pedidos de alimentos a filhos maiores

⁴⁷ Cfr. COELHO, F.M. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 656.

⁴⁸ Transpomos para esta situação a exposição de COELHO, F.M. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *op. cit.*, p. 656, referente às causas de exclusão do direito ao divórcio.

⁴⁹ Cfr. LEAL, Ana, *Guia Prático da Obrigação de Alimentos*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 48 e Ac. TRG de 20/2/2014, Processo: 438-B/2001.G1.

passaram a ser formulados na competente Conservatória do Registo Civil, com o intuito de desjudicializar as questões que podem ser resolvidas por acordo das partes. O filho maior que pretenda ter direito à prestação de alimentos por parte de um progenitor que não o faça voluntariamente, terá de formular um pedido junto de uma Conservatória, para que assim se obtenha um acordo⁵⁰. Importa salientar a oportunidade, nestes casos ligados a direitos alimentares familiares, da possibilidade de mediação familiar, atendendo ao conflito familiar subjacente a estas relações⁵¹. Na falta de acordo, o processo será remetido para Tribunal. Sendo um processo de jurisdição voluntária as suas decisões são orientadas segundo critérios de oportunidade e de conveniência e não de legalidade estrita.

3.1. *A particularidade das questões processuais relativas à pensão de alimentos fixada por sentença durante a menoridade do filho no contexto do divórcio dos progenitores*

A jurisprudência maioritária⁵² tem perfilhado o entendimento de que a pensão de alimentos fixada por sentença durante a menoridade cessa automaticamente quando o filho atinge a maioridade,

⁵⁰ Cfr. MARQUES, J.P. Remédio, *Obrigação de alimentos e registo civil*, disponível in portal *online* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. *Vd.* jurisprudência recente nesse sentido, Ac. TRP de 12/11/2013, Processo: 114/13.TVPRT.P1.

⁵¹ XAVIER, Rita Lobo, “Mediação familiar e contencioso familiar: articulação da atividade de mediação com um processo de divórcio”, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica* 101, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p.1135.

⁵² Pugnando o entendimento de que a pensão de alimentos fixada por sentença cessa com a maioridade *vd.* Ac. TRL 7/12/2011, Processo: 1898/10.0TMLSBL1-2; Ac. STJ 2/10/2008, Processo: 08B472; Ac. STJ 31/5/2007, Processo: 07B1678; Ac. STJ 22/4/2008, Processo: 08B389; Ac. TRL 10/9/2009, Processo: 6251/08-2; Ac. TRL 6/5/2008, Processo: 2508/2008-1; Ac. TRP 26/2/2009, Processo: 0837762; Ac. TRP 21/2/2008, Processo: 0830752.

esgotando o título executivo a sua coerção, tendo de ser o filho maior a pedir a manutenção desta ou uma nova pensão de alimentos, alegando e provando todos os pressupostos do art. 1880.º CC⁵³. Entende-se que é precisamente por estes pressupostos serem mais exigentes do que os dos alimentos a filhos menores que é necessário o pedido de alimentos junto da Conservatória do Registo Civil (arts. 5.º, n.º 1 al. a) e 7.º DL n.º 272/2001, de 13 de Outubro).

Neste sentido, parte da jurisprudência⁵⁴ tem entendido que os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais terminam com a maioridade, por impossibilidade superveniente da lide, uma vez que as partes e as causas de pedir na regulação do exercício das responsabilidades parentais e na ação de alimentos a filhos maiores são diferentes. Para estas instâncias judiciais, a situação de prolongamento da obrigação de prestar alimentos, quando o filho atinge a maioridade, assume um cariz excepcional. Daí que esta corrente jurisprudencial afirme que uma tal obrigação de alimentos radica não nas responsabilidades parentais em si mesmas, pois já se extinguíram, mas num dever moral de assistência, com vista à completa formação profissional do filho⁵⁵. A obrigação de alimentos devida a filhos que atinjam a maioridade tem de ser fixada segundo o disposto no art. 989.º CPC, mediante a alegação e prova, por parte

⁵³ Diferentemente, no direito espanhol, segundo, PADIAL ALBÁS, Adoración, *La Obligación de Alimentos entre Parientes*, Bosch, Barcelona, 1007, pp. 98, chegados os 18 anos continua a ser devido o prestado no respetivo processo desde que subsistam as circunstâncias de necessidade, de acordo com uma interpretação integradora dos arts. 142.º, 152.º CC.

⁵⁴ Cfr. Ac. STJ 24/10/2000, *CJ*, Tomo III, pp. 90 a 93 e Ac. TRP 16/1/2014, Processo: 262/13.3TBALJP1.

⁵⁵ Assim entenderam, TRP 26/1/2004, Processo: 0356365 e Ac. TRL 6/3/2012, Processo: 109187-A/1995.L1-7.

do filho, dos pressupostos contidos no art. 1880.º CC. Segundo este entendimento, da letra do n.º 2 do art. 989.º CPC não resulta que, enquanto os progenitores não requererem a cessação da obrigação alimentar fixada judicialmente aos filhos, ela se mantém⁵⁶. A existência de numerosos casos em que os filhos não completaram a sua formação aquando da maioridade legal não justifica a presunção dos factos integrantes da causa de pedir relativa ao direito a que se reporta o art. 1880.º CC⁵⁷.

Segundo o entendimento do TRP⁵⁸, os filhos maiores que vêm exigir alimentos terão que fazer prova dos requisitos de que depende a sua atribuição e a decisão que os vier a decretar virá a constituir o novo título executivo. Tais títulos executivos são diferentes, porque assentam em diferentes pressupostos legais.

3.2. Extensão da obrigação dos pais para além da maioridade dos filhos

Para contrariar o entendimento da jurisprudência dominante, quanto à extensão da obrigação dos pais para além da maioridade dos filhos, invoca-se que, apesar de cessarem as responsabilidades parentais com a maioridade, a obrigação de prover à educação dos filhos maiores, segundo o disposto na letra do art. 1880.º CC, “*manter-se-á*”. Logo, se a obrigação se mantém, depreende-se que a obrigação fixada judicialmente, com o seu carácter exe-

cutório, é suscetível de extensão.

O art. 1880.º CC não consagra um direito a alimentos, mas sim uma extensão da obrigação alimentar dos pais para com os filhos⁵⁹. Em decisão do TRG (19/6/2012)⁶⁰ vêm plasmados quatro argumentos consistentes no sentido de que o título formado na menoridade é suscetível de extensão aos filhos maiores segundo o disposto no art. 1880.º CC. Em primeiro lugar, invoca-se que o art. 1880.º CC utiliza a expressão “*manter-se-á a obrigação*”, dando um sinal de que a obrigação alimentícia que foi fixada durante a menoridade se mantém quando chega a maioridade. E, se se mantém, é porque não se exige uma nova fixação a pedido de quem dela beneficia pela razão de que já se encontra fixada; em segundo lugar, conclui-se que, se a obrigação se mantém, a sua imposição judicial, com força executiva, permanece. Pode dizer-se que se presumem os respetivos pressupostos, cabendo ao obrigado promover a cessação, ilidindo essa presunção; em terceiro lugar, entende-se que as normas processuais devem ser aplicadas de acordo com o princípio da economia processual. Havendo dúvida sobre qual a solução a adotar, deverá escolher-se aquela que de forma mais célere, leva à agilização do direito material; em quarto lugar, conclui-se que a interpretação de que a obrigação fixada judicialmente, com o seu carácter executório, se mantém na maioridade, é a que melhor se coaduna com as razões que estiveram na origem do art. 1880.º CC. A supressão da obrigação de os pais concorrerem para o sustento e educação dos filhos, quando estes atingem a maioridade, frustra-

⁵⁶ Seguindo este entendimento, *vd.* Ac. TRL 6/5/2008, Processo: 2508/2008-1; Ac. TRL 12/10/2010, Processo: 1741/09.2TMLSBL1; Ac. TRP 15/4/1999, Processo: 9930223; Ac. STJ 22/4/2008, Processo: 08B389.

⁵⁷ Cfr. Ac. TRL 12/10/2010, Processo: 1741/09.2TMLSBL1.

⁵⁸ Cfr. Ac. TRP 21/2/2008, Processo: 0830752, Ac. TRP 15/1/2013, Processo:344-A/1996.P1 e Ac. TRP 10/7/2013, Processo:1353/06.2TMLSBL-D.P1.

⁵⁹ Contra a cessação automática dos alimentos aderindo por isso à posição da doutrina, *vd.* Ac. TRC 3/5/2011, Processo: 223/06.9TMCBR-D.C1 e Ac. TRP de 19/11/2013, Processo: 119-B/2001.P1.

⁶⁰ Cfr. Ac. TRG 19/6/2012, Processo: 599-D/1998.G1.

ria os propósitos da lei, implicando um custo para o filho que, na maior parte dos casos, perde de forma definitiva a possibilidade de receber a prestação alimentícia a que tinha direito e que era essencial numa altura em que as suas necessidades são cada vez mais avultadas⁶¹.

Para contrariar o entendimento da jurisprudência dominante, podem invocar-se razões de justiça, assim como a incoerência lógica de muitos tribunais acrescentarem às causas de cessação da obrigação de alimentos, previstas no art. 2013.º CC, uma causa que não está contemplada na norma, não existindo por isso qualquer razão válida para a prever. Também as circunstâncias sociais não deixam pensar que, terminadas as responsabilidades parentais, termina consequentemente a obrigação de alimentos.

A doutrina e a jurisprudência minoritária clamam pelo prolongamento da obrigação de alimentos para além da maioridade, na vertente do dever de educação. Atendendo ao fim da norma do art. 1880.º CC, não faria sentido desproteger estes jovens; seria mesmo *contra legem*, pois foi precisamente a proteção destes a finalidade visada pelo legislador, pretendendo não reduzir as oportunidades de adquirirem uma formação, capaz de lhes assegurar, num futuro próximo, estabilidade económica. Entendem que será esta a tendência dominante de qualquer sociedade que pretenda evoluir económica e culturalmente, não estando na esfera do julgador validar cessações automáticas da obrigação de alimentos com a maioridade⁶².

⁶¹ BASTOS, Joaquim Fernandes Rodrigues, *Notas ao Código Civil*, Vol. VII, Lisboa, 2002, p. 107.

⁶² SOTTOMAYOR, Maria Clara, *op. cit.*, p. 341.

De *lege ferenda*, RITA LOBO XAVIER, em face da incerteza em torno da disposição do art. 1880.º CC, entende que esta deve ser alterada no sentido de a pensão de alimentos fixada durante a menoridade do filho continuar a ser devida após a maioridade, cabendo ao progenitor obrigado a iniciativa de fazer cessar tal obrigação, assim como o ónus de alegar e provar as afirmações sobre os factos que integram os pressupostos desta extinção⁶³.

Conclusão

Em nossa opinião, parece ser de aceitar a sugestão de RITA LOBO XAVIER no sentido de que de a lei deveria fazer depender da iniciativa processual dos pais a extinção da sua obrigação de sustento dos filhos maiores que ainda não completaram a sua formação. O ónus de alegar e provar as afirmações sobre os factos que integram os pressupostos da extinção da obrigação deve caber ao progenitor obrigado e não aos filhos, que ainda não completaram a sua formação, uma vez que estes deverão ser considerados, em princípio, como titulares do direito a serem sustentados.

Não obstante a incerteza e os riscos inerentes ao preenchimento dos conceitos indeterminados que constituem os critérios especiais integrados na norma do art. 1880.º CC, estes são importantes por contribuírem para a definição dos limites da exigibilidade da obrigação dos pais em determinadas situações.

Poder-se-á perguntar, se não se deverá ir mais além, propondo uma alteração legislativa, que introduza uma delimitação mais precisa com vista a

⁶³ XAVIER, Rita Lobo, “Responsabilidades Parentais no séc. XXI”, *Lex Familiae*, Ano 5.º, n.º10, 2008, p. 7.

uma maior segurança na aplicação do direito. Uma hipótese poderia consistir na elaboração de tabelas orientadoras com critérios fixos de avaliação, atendendo, por exemplo, aos rendimentos dos progenitores; em alternativa, pode conceber-se a criação de *guide lines* destinadas a uniformizar a jurisprudência⁶⁴.

Parece-nos, contudo, que o modelo das tabelas envolve riscos de rigidez, não sendo adequado à multiplicidade das situações da vida dos jovens, que não se compagina com uma rigorosa previsão e compartimentação.

⁶⁴ Um ponto de vista semelhante já defendido por MADEIRA PINTO, *Fixação de pensão de alimentos a menores*, apud SÓTTOMAYOR, Maria Clara, *op. cit.*, p. 304.

O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DOS REGIMES DE BENS CONVENCIONADOS E LEGALMENTE FIXADOS

Ricardo Monteiro Oliveira

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Palavras-chave: Princípio da imutabilidade, regimes de bens do casamento, relações patrimoniais entre cônjuges

Keywords: Principle of immutability, Matrimonial property regimes, Property relations between spouses

Resumo: O presente artigo convida a uma reflexão crítica sobre a manutenção do princípio da imutabilidade no ordenamento jurídico português, dando um contributo para que o tema não caia no esquecimento *in iure constituendo*.

Antes de reflectirmos sobre essa questão central, ainda serão abordadas várias questões controversas ligadas ao princípio da imutabilidade, entre elas o conteúdo do seu objecto, a sua amplitude e as suas excepções.

Abstract: This article provides a critical reflection on the maintenance of the principle of immutability in Portuguese law, giving a contribution to the theme not to be forgotten *in iure constituendo*.

It also addresses several controversial issues related to the principle of immutability, including its content, of its object, width and exceptions.

I. Nota introdutória¹

O nosso Direito mostra-se um pouco ambíguo relativamente à autonomia privada no âmbito da regulação do casamento. Por um lado, o legisla-

dor concede uma vasta liberdade aos nubentes de poderem modelar os seus futuros interesses patrimoniais, nomeadamente, através da liberdade de escolha de um dos regimes de bens do casamento previstos na lei (salvo alguns casos em que o legislador entendeu preferível, com base nos interesses em jogo, impor um determinado regime de bens – art. 1720.^{o2}), através da possibilidade de criarem e adoptarem um regime de bens misto, ou seja, um regime constituído com disposições legais dos diferentes regimes-tipo e ainda de criarem e adoptarem um regime de bens novo (art. 1698.^o). Por outro lado, esta elevada concessão de autonomia privada parece que se esfuma após a celebração do casamento. Pensamos, naturalmente, no objecto deste nosso estudo, o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e dos regimes de bens do casamento legalmente fixados.

Para rematarmos a ideia enunciada, diríamos que o legislador, repita-se, permite que os nubentes modelem os seus futuros interesses patrimoniais, mas, por sua vez, já não permite que os cônjuges modelem os seus actuais interesses patrimoniais, dando assim a ideia de que aquela tamanha liberdade ficara à “porta” da vida conjugal.

² No texto sempre que sejam citados artigos, sem indicação expressa do diploma a que pertencem, a menção reporta-se ao Código Civil.

¹ O presente artigo não segue o *Novo Acordo Ortográfico*.

a) *O princípio da imutabilidade: seu significado e previsão legal*

O princípio consagrado no Código Civil que impossibilita a alteração das convenções antenupciais e dos regimes de bens do casamento legalmente fixados posteriormente à celebração do casamento é denominado como o *princípio da imutabilidade*, segundo a epígrafe do preceito legal que o prevê e pela maioria da doutrina, ou, segundo algumas vezes, como o *princípio da inalterabilidade*³. Tendo em conta que os termos são sinónimos, entendemos que a escolha de qualquer um deles é irrelevante, pois não influencia o modo como encaramos o dito princípio. Todavia, preferimos manter-nos fiéis à nomenclatura presente na lei.

Como escreve CRISTINA DIAS, o princípio da imutabilidade “constitui uma das pedras angulares em que assenta a construção jurídica das convenções matrimoniais”⁴.

É mediante a celebração de uma convenção antenupcial que os nubentes têm a possibilidade de escolher o regime de bens que irá reger, em termos patrimoniais, a sua vida conjugal (art. 1698.º)⁵. Essa escolha pode recair num dos regi-

mes de bens previstos na lei (o regime da comunhão geral, o regime da comunhão de adquiridos e o regime da separação⁶), ou então, de acordo com o já mencionado artigo 1698.º, num regime *misto* ou *atípico* e ainda num regime novo⁷. Na ausência de celebração deste acordo pré-nupcial, aplicar-se-á o regime da comunhão de adquiridos, que opera na nossa lei como regime supletivo, de acordo com o preceituado do artigo 1717.º⁸.

Celebrada a convenção antenupcial, a mesma pode ser livremente modificada ou revogada até à celebração do casamento, com a condição de todos os intervenientes que nela outorgaram (ou os respectivos herdeiros) consentirem naquelas operações (art. 1712.º). Deste modo, facilmente chegamos à conclusão que o legislador quis dar a oportunidade aos nubentes de poderem corrigir ou mesmo excluir alguma disposição incluída na convenção que, afinal, não era a mais conveniente, isto por motivos de precipitação, alteração das circunstâncias, etc. De modo diverso, celebrada a

J. E. SANTO, *A imutabilidade dos regimes de bens*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977 / Congressos Comemorativos dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*; org. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2004-2007, p. 466.

A este propósito *vide* ainda E. P. MEALHA, *Acordos conjugais para partilha dos bens comuns*, reimp. da ed. de Dezembro de 2003, Coimbra, Almedina, 2009, p. 31.

Daqui retiramos a ideia de que a par do princípio da imutabilidade se encontra o princípio da anterioridade, tendo em conta que os nubentes só podem escolher o regime de bens numa fase anterior à celebração do casamento.

⁶ Regulados, respectivamente, nos artigos 1732.º a 1734.º; 1721.º a 1731.º e 1735.º a 1736.º.

⁷ Note-se que, em caso de o casamento vir a ser celebrado por quem tenha filhos, ainda que maiores ou emancipados, não poderão os nubentes convencionar o regime da comunhão geral (nem estipular a comunicabilidade dos bens referidos no n.º 1 do artigo 1722.º), nos termos do n.º 2 do artigo 1699.º.

⁸ O regime da comunhão de adquiridos aplica-se, ainda, em caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção (art. 1717.º).

³ Neste sentido vide J. C. Mendes, *Direito da família*, ed. rev. por Miguel Teixeira de Sousa, Lisboa, AAFDL, 1993, p. 159 e P. Lima; A. Varela, *Código Civil: anotado*, vol. IV, 2ª ed. rev. e act., Coimbra, Coimbra Editora, 1979, p. 397.

⁴ Cfr. C. DIAS, *Alteração do estatuto patrimonial dos cônjuges e a responsabilidade por dívidas*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 10.

⁵ A este propósito, parte da doutrina, nomeadamente, PAMPLONA CORTE-REAL, extrai do artigo 1698.º, o chamado *princípio da anterioridade das convenções matrimoniais*. Cfr. C. P. CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões*, Relatório de Concurso para Professor Associado, Lisboa, Universidade de Lisboa, 1994, p. 87.

Como bem explica JOÃO ESPÍRITO SANTO, isto deve-se ao facto de o preceito legal conceder tal liberdade de escolha num período anterior à celebração do casamento, em virtude de o mesmo classificar a convenção como sendo *antenupcial* e não como *nupcial* ou *matrimonial*. Cfr.

convenção antenupcial e celebrado o casamento, tanto aquela como os regimes de bens legalmente fixados não podem ser alterados, com excepção dos casos previstos na lei.

Esta proibição, que concretiza o princípio da imutabilidade, tem a sua previsão legal no artigo 1714.º, n.º 1. Vejamos então o significado deste princípio jurídico.

De forma a compreendermos o significado do princípio da imutabilidade é fundamental que apuremos o seu objecto. Por outras palavras, o que é que o legislador pretendeu que fosse imutável à luz daquele princípio?

Em primeiro lugar, ninguém duvida que a imutabilidade recai sobre os regimes de bens *convencionados* pelos nubentes através da celebração de uma convenção antenupcial. É certo que o legislador não diz expressamente que o regime de bens *convencionado* é imutável a partir da celebração do casamento. Todavia, ao usar uma expressão mais ampla (“convenções antenupciais”), é evidente que foi intenção do legislador sujeitar os regimes de bens *convencionados* à proibição do princípio da imutabilidade, em virtude de estes se encontrarem estipulados nas convenções antenupciais.

Nesta ordem de ideias, há uma questão que não podemos deixar de aludir, apesar de se tratar de uma questão que tem passado ao lado da maioria da nossa doutrina. É do conhecimento de todos que os termos “convenção antenupcial” e “regime de bens *convencionado*” não são sinónimos. A primeira expressão é mais ampla que a segunda pelo facto de uma convenção antenupcial poder incluir outras disposições que são alheias à escolha de um regime

de bens, nomeadamente, a estipulação de pactos sucessórios (arts. 1700.º e 2028.º), doações para casamento (art. 1756.º, n.º 1) e ainda a estipulação de disposições de carácter não patrimonial. Com efeito, coloca-se a questão de se saber se estas *disposições alheias à escolha de um regime de bens* também devem ser imutáveis a partir da celebração do casamento. Segundo uma interpretação literal do n.º 1 do artigo 1714.º, a resposta parece ser positiva, isto porque aquelas disposições também se incluem na expressão “convenções antenupciais”. PAMPLONA CORTE-REAL e JOSÉ SILVA PEREIRA sustentam que o artigo 1714.º determina “a imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens adoptado, ou resultante da lei”⁹. Pelo facto de fazerem a distinção entre convenções antenupciais e regime de bens adoptado (ou regime *convencionado*), dão-nos a ideia de que defendem a inclusão das disposições alheias à escolha de um regime de bens na proibição da norma do n.º 1 do artigo 1714.º. Em sentido oposto, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA entendem que tais disposições, quer de cariz patrimonial quer não patrimonial, não estão sujeitas a essa proibição, mas sim às regras gerais dos negócios jurídicos, podendo ser, por conseguinte, objecto de novos acordos entre os cônjuges¹⁰.

Quanto a nós, tendemos a aceitar este segundo entendimento. Em primeiro lugar, entendemos que aquela interpretação literal que vimos não é suficiente para sustentar a inclusão daquelas “dis-

⁹ Cfr. C. P. CORTE-REAL; com colab. J. S. PEREIRA, *Direito da família: tópicos para uma reflexão crítica*, Lisboa, AAFDL, 2008, p. 62.

¹⁰ Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso de direito da família*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 500.

No mesmo sentido vide A. M. R. PAIVA, *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 109 e 110.

posições alheias” na proibição do princípio da imutabilidade. Em segundo lugar, é o próprio legislador que prevê a possibilidade de revogação dos pactos sucessórios nos termos dos artigos 1701.º a 1707.º. E, por último, entendemos que é oportuno chamarmos à colação o artigo 1715.º. O n.º 1 deste preceito legal, que elenca de forma taxativa as várias exceções ao princípio da imutabilidade, dirige-se (segundo a sua letra)¹¹ exclusivamente à alteração do regime de bens. Por outras palavras, o legislador dá-nos a ideia de que o princípio da imutabilidade recai apenas sobre o regime de bens e não sobre as demais disposições estipuláveis em convenção antenupcial. Além disso, seria impensável que se previssem apenas exceções à modificabilidade do regime de bens, ao passo que aquelas outras disposições (digamos, com menos relevo na vida conjugal) ficassem sujeitas ao princípio da imutabilidade em termos absolutos.

Em segundo lugar, a imutabilidade recai sobre os regimes de bens “*resultantes da lei*” ou “*legalmente fixados*” (expressões que encontramos, respectivamente, na epígrafe e na letra do n.º 1 do art. 1714.º). Partimos do pressuposto que ambas as expressões têm o mesmo significado. É evidente que a expressão abrange o regime de bens supletivamente aplicado (art. 1717.º). Por sua vez, parte da doutrina mobiliza o argumento por maioria de razão¹² para abranger o regime de bens imperativo (o regime da separação de bens, quando preenchi-

dos os casos previstos no art. 1720.º)¹³. Pela nossa parte, entendemos que faz todo o sentido que assim o seja, todavia, não vemos muita utilidade em mobilizar aquele argumento. Entendemos que uma interpretação literal é suficiente para alcançar aquele resultado. O preceito legal que estamos a analisar – o n.º 1 do artigo 1714.º – diz-nos que: “(...), não é permitido alterar (...) nem os regimes de bens legalmente fixados”. Tendo em conta que o legislador se dirige no plural na expressão “regime de bens”, julgamos que o mesmo pretendeu abranger tanto o regime de bens supletivo como o imperativo. Para sustentar isto, é preciso ainda considerar que ambos os regimes possam ser considerados como sendo “legalmente fixados”. Pensamos que é isso que acontece, em virtude de a lei usar a mesma linguagem em ambos os artigos (arts. 1717.º e 1720.º)¹⁴.

Em suma, cabem no objecto do princípio da imutabilidade os regimes de bens convenccionados e os regimes de bens supletiva e imperativamente fixados por lei. Nesta ordem de ideias, entendemos que a designação “princípio da imutabilidade

¹³ Nesta linha de orientação vide R. L. XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 115 e A. VARELA, *Direito da família*, vol. I: Direito matrimonial, Lisboa, Livraria Petrony, 1982, p. 357.

Da opinião de que o regime imperativo também está abrangido pelo princípio da imutabilidade, mas sem invocar o argumento por maioria de razão vide C. DIAS, *Alteração...*, ob. cit., p. 10; G. PROENÇA, *Direito da família*, 4ª ed., rev. e act., Lisboa, Universidade Lusíada, 2008, p. 250 e A. M. R. PAIVA, *A comunhão...*, ob. cit., pp. 99 e 100.

Sem fazer qualquer referência que o regime imperativo de bens está sujeito ao princípio da imutabilidade vide S. HENRIQUES, *Estatuto patrimonial dos cônjuges: reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 171; F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, ob. cit., p. 490 e D. L. CAMPOS, *Lições de direito da família e das sucessões*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 384.

¹⁴ Tanto o artigo 1717.º, como o artigo 1720.º usam a expressão “considera(m)-se celebrado(s) sob o regime...”.

Apesar de não invocarem qualquer argumento, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA também entendem que a expressão “legalmente fixados” englobe o regime supletivo e o regime imperativo. Cfr. P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, ob. cit., p. 399.

¹¹ Tendo em conta a letra do n.º 1 do artigo 1715.º e com base no conteúdo da alínea *d*) do mesmo preceito legal, chegamos à conclusão que houve um lapso por parte do legislador, isto porque os pactos sucessórios, que podem ser estipulados em convenção antenupcial, nada têm a ver com o conteúdo de um regime de bens matrimonial.

¹² A ideia deste argumento é a seguinte: se os cônjuges não puderem alterar o regime de bens que convenccionaram, também não poderão alterar o regime de bens que a lei lhes impôs.

dos regimes de bens convencionados e legalmente fixados” é a mais acertada para designar o princípio da imutabilidade¹⁵.

Concluimos, assim, que os cônjuges estão impedidos de modificar directamente o regime de bens do seu casamento¹⁶.

b) Breve alusão à evolução do princípio da imutabilidade no ordenamento jurídico português

Reservamos as seguintes linhas para apurarmos o percurso histórico do princípio da imutabilidade no nosso ordenamento jurídico.

Em primeiro lugar, destaca-se a ausência de uma previsão legal expressa daquele princípio nas Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas). Contudo, como afirma RITA LOBO XAVIER, “desde sempre os nossos juristas sustentaram a irrevogabilidade dos contratos antenupciais depois de celebrado o matrimónio”¹⁷.

Segundo a mesma Autora, no período que medeia as Ordenações até à entrada em vigor do primeiro Código Civil português (Código Civil de 1867 ou Código de Seabra) não se registaram nenhuma alteração significativa relativamente ao âmbito do nosso objecto de estudo¹⁸.

¹⁵ Assim sendo, quando nos referimos ao “princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e dos regimes de bens legalmente fixados”, estamos a interpretar a expressão “convenções antenupciais” no sentido de “regimes de bens convencionados”.

¹⁶ Veremos mais adiante se os cônjuges também estão impedidos de modificar indirectamente o regime de bens do seu casamento. Esta questão prende-se com a amplitude do princípio da imutabilidade.

¹⁷ Cfr. R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 79.

Sobre algumas regras matrimoniais de cariz patrimonial previstas nas Ordenações, vide R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, pp. 79 e 80, n. 80.

¹⁸ Cfr. R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 81.

Concluimos, assim, que o princípio da imutabilidade brotou, de forma expressa, no nosso ordenamento jurídico no Código de Seabra, “alojando-se” no seu artigo 1105.^o¹⁹²⁰. Segundo a doutrina, este preceito legal foi inspirado no Direito consuetudinário francês que, nas palavras de CUNHA GONÇALVES, “os nossos praxistas se puseram a imitar”²¹. Posteriormente, a referida solução consuetudinária foi expressamente consagrada no artigo 1395.^o do *Code Civil* de 1804, e deste “se propagou à generalidade das legislações latinas”²².

O actual artigo 1714.^o²³ (que não sofreu qualquer alteração com a *Reforma de 1977*²⁴ e mantendo a sua redacção originária) dá, assim, continuidade ao artigo 1105.^o do Código de Seabra, embora com algumas alterações. Apesar disso, importa ainda referir que a continuidade do princípio da imutabili-

¹⁹ Cfr. C. DIAS, *Alteração...*, *ob. cit.*, p. 10 e J. D. FERREIRA, *Código Civil Português Anotado*, vol. I, 2ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1894, p. 334.

²⁰ Segundo aquele preceito legal: “As convenções ante nupciais não podem ser revogadas, nem alteradas por nova convenção, depois da celebração do casamento.”

²¹ Cfr. L. C. GONÇALVES, *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, p. 294.

Cfr. ainda a este propósito R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 88; P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, pp. 396 e 397 e A. VARELA, *Direito...*, *ob. cit.*, pp. 357 e 358.

²² Palavras de PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA. Cfr. P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 397.

RITA LOBO XAVIER refere que o artigo 1395.^o do *Code Civil* foi aplicado em Portugal, na qualidade de Direito subsidiário, durante mais de meio século. Cfr. R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 88.

²³ O artigo 1714.^o corresponde, embora com algumas alterações, ao artigo 43.^o do Livro II, Título III, Capítulo I do Anteprojecto do Código Civil de 1966. Cfr. G. B. CRUZ, *Regimes de bens do casamento: disposições gerais - regimes de comunhão: disposições gerais e regime supletivo: anteprojecto para o Novo Código Civil*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n.º 122 (Jan. 1963), p. 212.

²⁴ Mais adiante faremos uma breve alusão às razões que levaram o legislador de 77 a manter o princípio da imutabilidade no nosso Direito.

dade no nosso Direito gerou algumas dúvidas nos trabalhos preparatórios do actual Código Civil²⁵.

c) *O princípio da imutabilidade em ordenamentos jurídicos estrangeiros*

Passemos agora a uma brevíssima análise do Direito comparado para verificarmos a (in)existência do princípio da imutabilidade em certos ordenamentos jurídicos estrangeiros, mais precisamente, a nível europeu²⁶.

Como afirmam PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, certos países (como a França, Bélgica, Holanda, Itália e Espanha), que “acolham a regra oposta [a regra da imutabilidade] têm-se encaminhado para sistemas que permitem a modificação do regime de bens durante o casamento”²⁷.

O Direito francês, como vimos, foi o grande inspirador da consagração expressa do princípio da imutabilidade no nosso ordenamento jurídico. No entanto, o princípio tem sofrido uma forte atenuação naquele país, apresentando-se em termos cada vez menos rígidos. Senão vejamos. A primeira metamorfose, digamos assim, do princípio da imutabilidade ocorreu em 1965, com a entrada em vigor da Lei n.º 65-570, de 13 de Julho de 1965. O artigo 1397.º do *Code Civil*, em vigor à data daquele

diploma, consagrava o chamado princípio da *imutabilidade atenuada*, ou de acordo com outra parte da doutrina, o princípio da *mutabilidade controlada*²⁸. De acordo com aquele preceito legal, os cônjuges podiam, passados dois anos após a celebração do casamento e mediante homologação judicial, modificar o regime de bens do seu casamento, de acordo com os interesses da família²⁹. A segunda metamorfose ocorreu com a entrada em vigor da Lei n.º 2006-768, de 23 de Junho de 2006, que veio alterar a redacção do artigo 1397.º³⁰. A grande alteração que decorreu daquele diploma legal diz respeito à intervenção judicial. A homologação judicial deixou de ser um requisito essencial e passou a ser visto como uma excepção, sendo exigido apenas em certos casos³¹.

No Direito holandês, por sua vez, a intervenção judicial continua a ser um requisito para a alteração de uma convenção antenupcial durante o casamento (art. 1:119 do *Burgerlijk Wetboek*)³².

Nos Direitos espanhol, italiano, belga, alemão

²⁸ Cfr. P. SIMLER, *Pour la suppression des présomptions de fraude pesant sur les époux communs en biens et du principe d'immutabilité dont elles résultent*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser* / [avant-propos, Marie Lamarche], Paris, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 674.

²⁹ Cfr. N. PETRONI-MAUDIERE, *Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 17, n. 44.

³⁰ O preceito legal conta, actualmente, com a redacção dada pela Lei n.º 2007-308 de 5 de Março de 2007, registando poucas alterações relativamente à Lei anterior. Cfr. G. VENANDET... [et al.], *Code civil*, 110e. éd., Paris, Dalloz, 2011, pp. 1806 e ss.

³¹ São os casos previstos nas als. 4 e 5 do artigo 1397.º. A alteração do regime bens está ainda sujeita a uma autorização prévia do juiz no caso previsto na al. 7 do mesmo preceito legal.

³² Cfr. I. SUMNER; H. WARENDORF, *Family law legislation of the Netherlands : a translation including book 1 of the dutch civil code, procedural and transitional provisions and private international law legislation*, Antwerp, Oxford, New York, Intersentia, 2003, p. 71.

²⁵ Cfr. G. B. CRUZ, *Novo Código Civil: problemas relativos aos regimes de bens do casamento sobre que se julga necessário ouvir o parecer da comissão redactora do Novo Código Civil*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n.º 52 (Jan. 1956), pp. 343 e 344.

²⁶ Para um maior desenvolvimento sobre Direito comparado nesta matéria, vide J. GOMES, *Modificação do regime matrimonial: algumas observações de direito comparado*, Separata de Revista do Notariado, 1987, Lisboa, Associação Portuguesa dos Notários, 1987, pp. 321 a 555.

²⁷ Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 499. Parêntesis nosso.

e suíço vigora o sistema da livre mutabilidade, ou seja, a alteração do regime de bens na constância do casamento não carece de um controlo judicial, como resulta, respectivamente, dos artigos 1325.º e ss. do Código Civil espanhol³³, do artigo 163.º do *Codice Civile*³⁴, do artigo 1394.º do *Burgerlijk Wetboek*, do § 1408 e ss. do *Bürgerliches Gesetzbuch*³⁵ e do artigo 182.º do *Code Civil suisse*³⁶.

Tivemos já oportunidade de verificar que, desde o seu aparecimento expresso no nosso ordenamento jurídico, o princípio da imutabilidade não sofreu alterações significativas. Agora, com esta passagem pelo Direito comparado, podemos verificar que o nosso Direito não se deixou influenciar pelos “ventos” de mudança vindos da Europa mostrando-se, assim, um Direito verdadeiramente “imutável” no que diz respeito a esta matéria.

II. Amplitude do princípio da imutabilidade

Confrontamo-nos, de seguida, com uma questão de saber qual a amplitude que o princípio da imutabilidade deve ter. Tal questão não suscita um

entendimento unânime na doutrina portuguesa³⁷.

Como verificámos no ponto precedente, os cônjuges estão impedidos de alterar directamente o regime de bens do seu casamento, seja ele convencional ou legalmente fixado. Até aqui, não se levantam quaisquer dúvidas ou diferendos por parte da doutrina nacional.

Pois bem, se a nossa interpretação do princípio da imutabilidade se ficar por este entendimento estamos a atribuir-lhe um sentido restrito. Este entendimento, que é determinado pela doutrina como sendo o sentido mais natural e imediato do princípio³⁸, é sustentado por PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA³⁹ e seguido, entre outros, por ADRIANO DE PAIVA⁴⁰ e por CRISTINA DIAS⁴¹.

Por outro lado, é possível atribuir um sentido mais amplo ao princípio da imutabilidade de modo a que este proíba, também, a alteração indirecta do regime de bens através da celebração de certos negócios jurídicos. Este entendimento é acolhido, nomeadamente, por ANTUNES VARELA⁴²,

³³ Cfr. M. ANDERSON, *El régimen económico matrimonial*, in Derecho de familia: procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales / coord. Carlos Villagrasa Alcaide; aut. Alfonso Hernández-Moreno... [et al.], Barcelona, Bosch, 2011, pp. 167 e ss.

³⁴ Cfr. A. TESTA, *Rapporti patrimoniali e famiglia: nell'evoluzione interpretativa della riforma del diritto di famiglia*, Milano, Wolters Kluwer, 2010, pp. 7 e ss.

³⁵ Cfr. N. DETHLOFF, *Familienrecht: ein Studienbuch*, 29., wesentlich überarbeitete Auflage, des von Günther Beitzke begründeten und in der 26. und 27. Auflage von Alexander Lüderitz bearbeiteten Werkes, München, C.H. Beck, 2009, pp. 102 e ss.

³⁶ Cfr. SWITZERLAND, *Swiss law : Civil Code, Code of Obligations, Private International Law : arbitration*, Bern, Federal Office of Justice, 2012, p. 46.

³⁷ Sobre os vários sentidos teóricos que podem ser atribuídos ao princípio da imutabilidade vide F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 490 e 491.

³⁸ Cfr. R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 20.

³⁹ Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 454 e 492 a 493.

Na vigência do Código de Seabra, CUNHA GONÇALVES dá-nos a entender que também atribua um sentido restrito ao princípio da imutabilidade. Cfr. L. C. GONÇALVES, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 295.

⁴⁰ Cfr. A. M. R. PAIVA, *A comunhão...*, *ob. cit.*, pp. 111 e 112.

⁴¹ Cfr. C. DIAS, *Alteração...*, *ob. cit.*, p. 57.

⁴² Entende o Autor que “o princípio da imutabilidade abrangem, não só as cláusulas constantes da convenção ou as normas do regime legalmente fixado, relativas à administração ou disposição de bens, mas também, como se depreende do n.º 2 do artigo 1714.º, a situação concreta dos bens dos cônjuges que interessa às relações entre estes”. Cfr. A. VARELA, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 359.

PIRES DE LIMA⁴³, RITA LOBO XAVIER⁴⁴ e por JOÃO ESPÍRITO SANTO⁴⁵.

Feita esta breve descrição dos diferentes sentidos que podem ser atribuídos ao princípio da imutabilidade, vejamos os argumentos ditados pela doutrina para sustentar as suas diferentes posições.

Começando por aqueles que defendem que o princípio da imutabilidade deve ter um sentido restrito, invoquemos o pensamento de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA. Segundo estes Autores, o legislador, no n.º 1 do artigo 1714.º, teve exclusivamente a intenção de proibir a alteração (directa) do regime de bens após a celebração do casamento, não abrangendo, deste modo, qualquer negócio jurídico que possa influenciar a situação concreta de um bem, ou seja, que contribua para uma deslocação de um bem concreto entre as diferentes massas patrimoniais existentes. Para evitar este resultado, que os cônjuges facilmente obteriam através da celebração de certos contratos entre si, entendem os Autores que o legislador criou o n.º 2 do artigo 1714.º⁴⁶. Desta forma, todos os restantes negócios jurídicos que não estejam expressamente proibidos podem ser livremente cele-

brados entre os cônjuges, ao abrigo do princípio da autonomia privada⁴⁷. Para se apoiarem nesta ideia, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA sustentam o seguinte: em primeiro lugar, desvalorizam a primeira parte da letra do n.º 2 do artigo 1714.º, entendendo que o mesmo não dá garantias de que o n.º 1 já proíba os negócios jurídicos previstos no n.º 2 (a compra e venda e a sociedade) e que, no caso de aquele primeiro preceito legal ter sido redigido com uma maior clareza, o segundo deixava de ter utilidade; em segundo lugar, dizem ser “excessivo” a inclusão no n.º 1 de todos os negócios jurídicos celebrados entre os cônjuges que possam modificar a *situação patrimonial relativa*; e, em terceiro lugar, duvidam que o n.º 1 possa incluir todos os negócios jurídicos que, com base numa *avaliação casuística*, possam alterar a composição das massas patrimoniais, ficando isento dessa apreciação os casos previstos no n.º 2⁴⁸, como entende RITA LOBO XAVIER⁴⁹. Por conseguinte, os Autores interpretam o n.º 2 do artigo 1714.º como um alargamento ou uma extensão da proibição prevista no n.º 1⁵⁰.

Dirigimos agora a nossa atenção para a tese que atribui um sentido amplo ao princípio da imutabilidade. Vejamos quais os argumentos a favor desta tese, para a qual nos inclinamos.

⁴³ Entende o Autor que “[n]ão podem bens próprios entrar na comunhão; não podem bens comuns ser atribuídos em propriedade exclusiva a qualquer deles; não podem ser transmitidos, onerosa ou irrevogavelmente, os bens de um para o outro”. Cfr. P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 399 e P. LIMA, *Anotação ao acórdão da Relação do Porto de 29 de Abril de 1966*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 99.º – 1966 e 1967, n.ºs 3310-3333, Coimbra, Coimbra Editora, 1967, p. 172.

⁴⁴ Cfr. R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 135 e R. L. XAVIER, *Sociedades entre cônjuges. Sociedade de capitais. Responsabilidade por dívidas sociais. Código das Sociedades Comerciais. Lei interpretativa. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 1990*, in *Revista de direito e de estudos sociais*, Ano 35.º, Lisboa, LEX, 1993, pp. 253 e 254.

⁴⁵ Cfr. J. E. SANTO, *A imutabilidade...*, *ob. cit.*, pp. 468 a 470.

⁴⁶ Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 454.

⁴⁷ Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 492.

⁴⁸ A este propósito, acrescentam os Autores que é “difícil aceitar como é que uma compra e venda poderia, numa apreciação casuística segundo o n.º 1, revelar-se umas vezes modificadora da composição das massas patrimoniais do casal, e outras vezes não; sendo certo que, por definição, o bem vendido havia de se transferir sempre de um património para outro”.

Cfr., em tudo o que foi dito relativamente aos argumentos de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 493.

⁴⁹ Cfr. R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 233.

⁵⁰ Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 493.

No mesmo sentido *vide* A. M. R. PAIVA, *A comunhão...*, *ob. cit.*, p. 112.

O principal argumento (e o mais comum entre a doutrina) é o facto de os cônjuges, através da celebração de negócios jurídicos entre si, poderem contornar a proibição do n.º 1 do artigo 1714.º⁵¹.⁵² Para compreendermos melhor este argumento, com o qual concordamos inteiramente, torna-se necessário chamarmos à colação o significado de *regime matrimonial*. Como nos ensinam PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, um regime matrimonial consiste num “conjunto de regras cuja aplicação define a propriedade sobre os bens do casal”⁵³, dando origem à formação de diferentes massas patrimoniais (a massa de bens comuns e as massas de bens próprios de cada cônjuge). Tendo em conta que o legislador proibiu a alteração do regime de bens após a celebração do casamento — ou seja, falamos de uma alteração directa e formal mediante celebração de nova convenção (neste caso, pós-nupcial) — não faz sentido que os cônjuges possam transmitir, entre si e de forma irrevogável, a propriedade dos seus bens, alcançando, deste modo, o mesmo resultado que obteriam através daquela alteração directa^{54 55}. Segundo a nossa

opinião, esta conclusão é perfeitamente alcançável com base numa interpretação teleológica do n.º 1 do artigo 1714.º. Pensamos que este sentido amplo é o que melhor se coaduna com o espírito do legislador, diferentemente daquela visão “sistemática” de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA.

De acordo com este sentido (amplo) do princípio da imutabilidade, o n.º 2 do artigo 1714.º deixa de ser visto como uma extensão do n.º 1 e passa a ser considerado como uma mera aclaração⁵⁶.

Com efeito, quem atribui um sentido amplo ao princípio da imutabilidade considera que as proibições elencadas no n.º 2 já estarão incluídas no espírito do n.º 1, assim como os demais negócios jurídicos que possam alterar indirectamente o regime de bens. Sob este prisma, o n.º 2 apresenta um cariz exemplificativo. A favor desta tese, podemos contar com um argumento literal que já foi mencionado anteriormente. Trata-se da primeira parte da letra do n.º 2 do artigo 1714.º. Ao referir-se que “Consideram-se abrangidos pelas proibições do número anterior...”, dá-nos a entender que a amplitude do n.º 1 é mais lata do que aquela que extraímos da simples leitura da sua letra e que é evidente a forte ligação entre as proibições que elenca com a proibição do n.º 1 e, daí, não podermos atribuir um sentido próprio ao n.º 2 como fazem os defensores do sentido restrito. Por último, ainda podemos contar com um argumento histórico que realce esta íntima ligação entre as proibições do n.º 2 com a do n.º 1. Trata-se de o facto de o legislador do Código Civil de 1966 ter previsto ambas as proibições no mesmo artigo, diferentemente do que ocorria no Código de Seabra,

109

⁵¹ Neste sentido *vide* R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 136; P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 399 e A. VARELA, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 360.

⁵² Rita Lobo Xavier ainda destaca outro argumento para a atribuição de um sentido amplo ao princípio da imutabilidade. A Autora apela à figura dos *negócios jurídicos indirectos*. Cfr. R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, pp. 135 e 136, n. 46. A ideia geral deste argumento é a seguinte: se os cônjuges celebrarem um determinado negócio jurídico que lhes possibilite alcançar os mesmos efeitos que provinham da alteração (directa) do regime de bens, estamos perante um negócio jurídico indirecto, que, por sua vez, também estará sujeito à proibição do n.º 1 do artigo 1714.º.

⁵³ Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 475.

⁵⁴ Com a mesma linha de pensamento *vide* R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, pp. 135 e 136.

⁵⁵ Concordamos com Rita Lobo Xavier quando sustenta que, a ser extinto o princípio da imutabilidade, devem continuar os cônjuges a estarem impedidos de alterar indirectamente o regime de bens. Cfr. R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 138, n. 50.

⁵⁶ Neste sentido *vide* A. CAEIRO, *Sobre a participação dos cônjuges em sociedades por quotas*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 1986, p. 10.

em que o princípio da imutabilidade se encontra previsto no artigo 1105.º e a proibição de os cônjuges celebrarem contratos de compra e venda entre si no artigo 1564.⁵⁷.

Para concluirmos este assunto, resta-nos ainda aludir a uma pequena questão teórica, a saber: o n.º 3 do artigo 1714.º, que admite a celebração de certos negócios jurídicos onerosos entre os cônjuges, constitui uma excepção ao n.º 2 ou ao n.º 1 do mesmo artigo? No seguimento daquilo que já vimos, para os defensores do sentido restrito, o n.º 3 constitui uma excepção ao n.º 2, enquanto para os defensores do sentido amplo aquele preceito legal constitui uma excepção ao n.º 1⁵⁸.

III. Proibições legais respeitantes ao princípio da imutabilidade: o artigo 1714.º, n.º 2 do Código Civil

Vejamos agora quais as proibições legais (expressas) que estão associadas ao princípio da imutabilidade.

O legislador consagrou no n.º 2 do artigo 1714.º a proibição de os cônjuges celebrarem, entre si, contratos de compra e venda e contratos de sociedade, salvo se estiverem separados “judicialmente” de pessoas e bens⁵⁹.

⁵⁷ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA são de opinião de que a inclusão da proibição de compra e venda entre cônjuges no âmbito do princípio da imutabilidade se explica pelo facto de aquele contrato “envolver uma alteração concreta (...) na distribuição de poderes e deveres entre os cônjuges, dentro do estatuto patrimonial do casal”, alteração essa que “seria manifestamente introduzida ao arrepio do princípio da imutabilidade, se atendermos à razão principal que serve de fundamento a este”. Cfr. P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 399.

⁵⁸ A este propósito *vide* F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 494.

⁵⁹ De acordo com a opinião de JOÃO ESPÍRITO SANTO, “a qualificação *judicial* parece hoje desadequada uma vez que, nos termos do

Numa primeira aproximação a esta temática, pode perguntar-se qual a natureza jurídica daquelas proibições. Segundo o entendimento de MOTA PINTO, as proibições do n.º 2 do artigo 1714.º resultam de uma *posição*, “de um modo de ser para com outros” e não de um “modo de ser do sujeito em si”. Acrescenta o Autor que as pessoas abrangidas naquele preceito legal “têm plena capacidade para a prática de quaisquer actos [,sendo-lhes] vedada, simplesmente, a prática de certos negócios, definidos não pela sua categoria genérica, mas em razão de uma certa relação com o objecto do negócio e com a outra parte”. Por outras palavras, os cônjuges podem celebrar contratos de compra e venda e contratos de sociedade, desde que não o façam entre si, pois é a sua qualidade de cônjuge que o impede. Por conseguinte, o Autor entende que a noção de *incapacidade jurídica relativa* adequa-se mais às proibições n.º 2 do artigo 1714.º do que a de *ilegitimidade*^{60 61}.

a) Contrato de compra e venda entre cônjuges

A proibição da celebração de contratos de compra e venda entre cônjuges encontra-se prevista no artigo 1714.º, n.º 2 e já tinha consagração expressa no Código de Seabra, no seu artigo 1564.º.

DL n.º 272/2001, de 13-10 [cfr. o art. 12.º, n.º 1, al. b)], o processo de separação de pessoas e bens *por mútuo consentimento* é da exclusiva competência das conservatórias do registo civil”. Cfr. J. E. SANTO, *A imutabilidade...*, *ob. cit.*, p. 469, n. 18.

Destes modos, apesar de continuarmos a usar a expressão (“judicial”) presente na lei, iremos citá-la entre aspas.

⁶⁰ Cfr., em tudo o que foi dito, C. A. M. PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 225 e 226. Parêntesis nosso.

⁶¹ Este entendimento parece ser seguido também por EWALD HÖRSTER e por SANTORO-PASSARELLI. Cfr. H. E. HÖRSTER, *A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil*, 5.ª reimp. da ed. de 1992, Coimbra, Almedina, 2009, p. 348 e ss. e F. SANTORO-PASSARELLI, *Teoria geral do direito civil*, tradução de Manuel de Alarcão, prefácio de Rui de Alarcão, Coimbra, Atlântida Editora, 1967, pp. 7 e 8.

Apesar desta proibição se justificar pela salvaguarda do princípio da imutabilidade⁶², evitando-se, por exemplo, que bens próprios de um cônjuge passem para a titularidade do outro, a doutrina ainda invoca outros argumentos que a justificam.

O principal argumento baseia-se no facto de os cônjuges, mediante a celebração simulada de contratos de compra e venda entre si, poderem celebrar, na verdade, verdadeiros contratos de doação, contornando, deste modo, a regra da livre revogabilidade das doações entre cônjuges prevista no artigo 1765.º, n.º 1⁶³. Outro argumento, embora com menor expressão, reside no intuito de impedir que os credores do cônjuge vendedor ficassem impossibilitados de fazer valer os seus créditos com base nos bens alienados⁶⁴.

De acordo com a parte final do n.º 2 do artigo 1714.º, os cônjuges podem celebrar, entre si, contratos de compra e venda (e contratos de sociedade) desde que se encontrem separados “judicialmente” de pessoas e bens. Neste quadro, não havendo propriamente um regime de bens entre os cônjuges⁶⁵, não há o receio de defraudar o prin-

cípio da imutabilidade e, deste modo, encontra-se justificada a referida excepção⁶⁶.

Além da excepção que acabámos de referir, existem outros casos em que os cônjuges podem celebrar contratos de compra e venda entre si.

Em primeiro lugar, e apesar de não se tratar, em rigor, de uma compra e venda, a lei admite a *dação em cumprimento* feita pelo cônjuge devedor ao seu consorte (art. 1714.º, n.º 3, 2ª parte)⁶⁷. A razão que leva à sua admissão tem um carácter essencialmente prático, a saber: é perfeitamente legítimo que o cônjuge devedor queira dar um bem em pagamento ao cônjuge credor evitando, assim, a celebração de um contrato de compra e venda com um terceiro para posteriormente entregar a quantia em dinheiro ao cônjuge credor⁶⁸. Desta forma, é ainda possível conservar o bem no seio familiar. Além disso, não existe na *dação em cumprimento* os receios que existem na compra e venda e, portanto, não existe o receio de defraudar o princípio da imutabilidade. O que existe no âmbito da *dação em cumprimento* é a satisfação de um crédito mediante um bem, que deverá ter um valor equivalente ao primeiro, não existindo, assim, uma transferência injustificada de um bem de uma massa patrimonial para outra⁶⁹.

111

⁶² PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA entendem que a compra e venda envolve uma translação de poderes, translação essa que “operar-se-ia por meio de um acto realizado entre os cônjuges, sobre o qual acertam em cheio todos os dardos mortais disparados do parapeito da *imutabilidade* sobre as modificações da convenção, posteriores à celebração do casamento”. Cfr. P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 400.

⁶³ Neste sentido *vide* L. M. LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III – Contratos em especial, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 47; F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 463; A. M. R. PAIVA, *A comunhão...*, *ob. cit.*, p. 293; C. A. M. PINTO, *Teoria...*, *ob. cit.*, p. 225 e R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 619.

⁶⁴ Assim o entende ADRIANO DE PAIVA. Cfr. A. M. R. PAIVA, *A comunhão...*, *ob. cit.*, pp. 292 e 293.

⁶⁵ Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 566 e 567. Sob um diferente ponto de vista *vide* R. L. XAVIER, *Sociedades entre cônjuges...*, *ob. cit.*, p. 255, n. 5.

⁶⁶ Parte da nossa doutrina também não encontra qualquer objecção à referida excepção. Neste sentido *vide* L. M. LEITÃO, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 47; F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 465 e P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 400.

⁶⁷ Esta admissibilidade também estava prevista no Código de Seabra, no § único do seu artigo 1564.º.

⁶⁸ No mesmo sentido *vide* F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 494; G. OLIVEIRA, *Sobre o contrato-promessa de partilha de bens comuns: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de Novembro de 1995*, Temas de direito da família, 2ª ed. aum., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 260 e 261; R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 235, n. 228 e P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 400.

⁶⁹ PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA são de opinião de que ao admitir-se a *dação em cumprimento* se evita que esta possa

Em segundo lugar, é reconhecido ao cônjuge, não separado “judicialmente” de pessoas e bens, o direito de remição na venda executiva de todos os bens do outro cônjuge adjudicados ou vendidos ou de parte deles (art. 842.º do Código de Processo Civil⁷⁰). Entende a doutrina que, pelo facto de o cônjuge remidor ter que pagar o “preço por que tiver sido feita a adjudicação ou a venda”, não se justifica incluir esta venda no n.º 2 do artigo 1714.º⁷¹.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA entendem que a proibição de compra e venda entre os cônjuges é derogada pelo artigo 228.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais⁷², na medida em que é permitida a cessão de quotas entre os cônjuges⁷³. RITA LOBO XAVIER é de opinião de que no caso de a cessão de quotas ser realizada através de um contrato de compra e venda, esta só será válida caso os cônjuges estejam separados “judicialmente” de pessoas e bens. Deste modo, a Autora interpreta o artigo 228.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais juntamente com o artigo 1714.º, n.º 2⁷⁴.

A proibição de compra e venda entre os cônjuges, repita-se, salvaguarda o princípio da imutabilidade. Trata-se de uma proibição que impede a alteração indirecta do regime de bens, como já

ser confundida com uma compra e venda e, por conseguinte, que possa ser “liminarmente arrastada pela proibição do n.º 2 [do artigo 1714.º]”. Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, ob. cit., p. 494. Parêntesis nosso.

Já MENEZES DE LEITÃO entende que o legislador vê a dação em cumprimento como um “negócio de simulação mais difícil”, sendo essa uma das razões da sua admissibilidade. Cfr. L. M. LEITÃO, *Direito...*, ob. cit., p. 48.

⁷⁰ Designado “CPC”, *infra*.

⁷¹ Neste sentido *vide* L. M. LEITÃO, *Direito...*, ob. cit., p. 48 e F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, ob. cit., p. 465.

⁷² Designado “CSC”, *infra*.

⁷³ Cfr. P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, ob. cit., p. 400.

⁷⁴ Cfr. R. L. XAVIER, *Limites...*, ob. cit., p. 222, n. 206.

No mesmo sentido *vide* J. C. MENDES, *Direito...*, ob. cit., p. 178.

tivemos oportunidade de referir. A pergunta que se pode colocar agora é a seguinte: caso o princípio da imutabilidade venha a ser abolido, continuará aquela proibição a fazer sentido? A resposta que se nos afigura mais acertada é a seguinte: caso continue em vigor a regra da livre revogabilidade das doações entre casados, entendemos que aquela proibição deve continuar a vigorar, sob pena de os cônjuges poderem defraudar esta regra⁷⁵.

b) *Contrato de sociedade entre cônjuges*

A segunda proibição que encontra expressão no n.º 2 do artigo 1714.º é a proibição de o contrato de sociedade entre cônjuges, salvo se estiverem separados “judicialmente” de pessoas e bens.

Contrariamente à proibição que analisámos no ponto anterior, a proibição de os cônjuges celebrarem contratos de sociedade entre si não tinha uma previsão expressa no Código de Seabra⁷⁶. Com efeito, estes contratos, de acordo com uma parte da doutrina, só não seriam válidos se contivessem cláusulas que violassem determinadas normas legais imperativas, nomeadamente, as que consagravam o princípio do poder marital e o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais⁷⁷.

Quais foram as razões que levaram o legislador do Código Civil de 1966 a proibir expressamente o

⁷⁵ No mesmo sentido *vide* R. L. XAVIER, *Limites...*, ob. cit., pp. 619 e 620.

⁷⁶ Já o Código de Ferreira Borges (o Código Comercial Português de 1833) consagrava expressamente a validade dos contratos de sociedade entre cônjuges e entre cônjuges e terceiros no seu artigo 22.º. Cfr. M. COSTA, *Sociedade entre cônjuges*, in *Lex familiae*: revista portuguesa de direito da família, Ano 1, n.º 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 80.

⁷⁷ Cfr. P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, ob. cit., pp. 400 e 401 e A. CAEIRO, *Sobre a participação...*, ob. cit., pp. 8 e 9.

contrato de sociedade entre cônjuges? Parece evidente que a dita proibição visa salvaguardar o princípio da imutabilidade. Mas em que medida é que uma sociedade entre cônjuges poderá violar o princípio da imutabilidade, ainda que indirectamente?

Em primeiro lugar, com a constituição de uma sociedade pode ocorrer uma alteração das massas patrimoniais existentes, alterando-se a qualificação dos bens do casal e confundindo-se bens próprios ou comuns dos cônjuges com o património da sociedade⁷⁸. ANTUNES VARELA entende que os cônjuges, casados no regime da separação, poderiam facilmente iludir “os efeitos práticos do regime estabelecido, pondo *em comum*, numa sociedade em nome colectivo de que fossem os únicos ou os principais sócios, os mais importantes dos bens que integram o seu património”^{79 80}.

Em segundo lugar, pode ainda ocorrer uma alteração das regras relativas à administração e à disposição dos bens próprios e comuns do casal⁸¹, “colocando nas mãos de um dos cônjuges, como sócio, poderes de administração que ao outro não fosse possível revogar ou alterar nos termos em que é revogável ou alterável o simples mandato”⁸².

⁷⁸ Cfr. R. MARQUES, *Código das Sociedades Comerciais em comentário* / Alexandre Mota Pinto ... [et al.]; coord. Jorge M. Coutinho de Abreu, vol. I, Coimbra, Almedina, 2013, p. 145; F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 456 e 457; PETRONI-MAUDIERE, *Le déclin...*, *ob. cit.*, p. 220; M. COSTA, *Sociedade...*, *ob. cit.*, p. 80; P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 401 e J. C. MENDES, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 160.

⁷⁹ Cfr. A. VARELA, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 360.

⁸⁰ Já RITA LOBO XAVIER alerta-nos para o facto de os cônjuges poderem alterar a composição das massas patrimoniais em momentos distintos da vida de uma sociedade (na sua constituição, no seu funcionamento e na sua liquidação). Analisando os casos em que tal pode ocorrer, *vide* R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, pp. 236 e 237. São casos relativos ao desvio de regras que digam respeito ao valor dos bens objecto da obrigação de entrada, à repartição dos lucros e às quotas de liquidação.

⁸¹ Cfr. M. COSTA, *Sociedade...*, *ob. cit.*, p. 80.

⁸² Cfr. A. VARELA, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 360.

De um diferente ponto de vista, há quem entenda que a constituição de sociedades entre cônjuges poderá ofender o princípio da imutabilidade pela eventual responsabilidade ilimitada e solidária de ambos os cônjuges perante uma dívida da sociedade, na medida em que “podia, só por si, causar graves e irremediáveis alterações na composição das diversas massas patrimoniais do casal”⁸³.

Há, ainda, quem entenda que a proibição de constituição de sociedades entre cônjuges visa impedir, tanto a alteração do regime jurídico da responsabilidade por dívidas dos cônjuges previsto no Código Civil (arts. 1690.º e ss.)⁸⁴, como a violação das “legítimas expectativas na satisfação dos direitos de crédito adquiridos por terceiros sobre a pessoa de um dos cônjuges (ou de ambos) antes do registo da constituição do novo ente social”⁸⁵.

A proibição de os cônjuges celebrarem contratos de sociedade entre si prevista no n.º 2 do artigo 1714.º tem que ser entendida, actualmente, em articulação com o n.º 1 do artigo 8.º do Código das Sociedades Comerciais. Antes da entrada em vigor deste último preceito legal, a doutrina e a jurisprudência dividiam-se quanto a duas questões particulares que os n.ºs 2 e 3 do artigo 1714.º suscitavam, a saber: 1) poderiam os cônjuges ser os únicos sócios de uma sociedade (quer desde o momento da sua constituição, quer em momento superveniente

⁸³ Cfr. A. CAEIRO, *Sobre a participação...*, *ob. cit.*, p. 31.

No mesmo sentido *vide* V. L. XAVIER; M. A. COELHO, Ónus da impugnação especificada; sociedade de dois cônjuges e validade das transmissões de partes sociais a ela conducentes, *in* Revista de Direito e Economia, Anos X/XI, Coimbra, 1984/1985, p. 322.

⁸⁴ Cfr. R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 622.

A Autora ainda se refere ao facto de a proibição conseguir impedir que os cônjuges constituam uma sociedade com a intenção fraudulenta de obterem uma poupança fiscal ou de realizarem liberalidades entre si durante a vida societária.

⁸⁵ Cfr. R. MARQUES, *Código...*, *ob. cit.*, p. 140.

em que o grémio social se reduza aos dois cônjuges)? e 2) seria admissível a constituição de sociedades por quotas entre cônjuges, entrando estas na designação “sociedades de capitais” (prevista no n.º 3 do art. 1714.º)?

Segundo o n.º 1 do artigo 8.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC) “É permitida a constituição de sociedades entre cônjuges, bem como a participação destes em sociedades, desde que só um deles assuma responsabilidade ilimitada”.

Deste modo, podemos aferir que, actualmente, os cônjuges apenas não poderão constituir ou participar em sociedades em nome colectivo e em sociedades em comandita (simples e por acções) em que ambos sejam sócios comanditados, isto porque são os únicos casos em que os cônjuges podem responder ilimitadamente (arts. 175.º, n.º 1 e 465.º, n.º 1, 2ª parte, CSC, respectivamente), ou seja, podem ser chamados a responder pelas dívidas da própria sociedade. Além disso, importa referir que a proibição do n.º 2 do artigo 1714.º continua a vigorar para as sociedades civis sob forma civil, tendo em conta que estas não são consideradas sociedades de capitais e, portanto, não cabem no âmbito do n.º 3 do artigo 1714.º⁸⁶.

⁸⁶ Neste sentido *vide* R. MARQUES, *Código...*, *ob. cit.*, p.141; R. L. XAVIER, *Sociedades entre cônjuges...*, *ob. cit.*, p. 267, n. 22 e J. C. MENDES, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 162.

PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA entendem que as razões que levaram o legislador a admitir determinadas sociedades entre cônjuges por via do n.º 1 do artigo 8.º do Código das Sociedades Comerciais não justificam a admissibilidade das sociedades civis sob forma civil entre cônjuges, mantendo-se, por isso, a proibição do n.º 2 do artigo 1714.º.

Segundo estes Autores, exclusivamente no âmbito das sociedades comerciais “o legislador de 1986 terá entendido que os interesses do comércio e da Economia em geral deviam sobrepor-se às regras do Direito patrimonial da Família”. Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 457. Assim, o n.º 1 do artigo 8.º do Código das Sociedades Comerciais aplica-se às sociedades comerciais e às sociedades civis sob forma comercial.

RITA LOBO XAVIER é de opinião, por nós aplaudida, de que, a ser abolido o princípio da imutabilidade e mantendo-se o regime da livre revogabilidade das doações entre cônjuges, “continuará a justificar[-se] o tratamento especial das sociedades entre cônjuges”, de forma a salvaguardar-se aquele regime das liberalidades entre cônjuges⁸⁷.

IV. Excepções ao princípio da imutabilidade: o artigo 1715.º do Código Civil

No artigo 1715.º, n.º 1⁸⁸, que conta hoje com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, encontram-se previstas, de forma taxativa, as excepções ao princípio da imutabilidade^{89 90}.

De acordo com a al. a) daquele preceito legal, são admitidas alterações ao regime de bens pela *revogação* (unilateral e bilateral) *de disposições por morte*, inseridas em convenção antenupcial, consideradas lícitas ao abrigo do artigo 1700.º, nos casos e sob a forma em que é permitida pelos artigos

⁸⁷ Cfr. R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 262. Parêntesis nosso.

⁸⁸ O artigo 1715.º corresponde, embora com algumas alterações, ao artigo 44.º do Livro II, Título III, Capítulo I do Anteprojecto do Código Civil de 1966. Cfr. G. B. CRUZ, *Regimes de bens...*, *ob. cit.*, pp. 212 e 213.

Note-se que o Código de Seabra não consagrava nenhum preceito legal que prevesse expressamente as excepções ao princípio da imutabilidade, à semelhança do actual artigo 1715.º. Sobre as excepções ao princípio da imutabilidade na vigência do Código de Seabra *vide* L. C. GONÇALVES, *Tratado...*, *ob. cit.*, pp. 297 e 298.

⁸⁹ Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 490. Dissemos que as excepções ao princípio da imutabilidade se encontram taxativamente previstas no artigo 1715.º. Todavia, há um reparo a fazer. Como nos ensina RITA LOBO XAVIER, para os defensores do sentido amplo do princípio da imutabilidade, a admissibilidade de os cônjuges realizarem doações entre si (arts. 1761.º a 1766.º), salvo nos casos em que entre eles vigorar imperativamente o regime da separação de bens (arts. 1762.º e 1720.º), deve ser vista como uma excepção ao princípio da imutabilidade. Cfr. R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 123, n. 20.

⁹⁰ Sobre o aumento das excepções ao princípio da imutabilidade e o seu contributo para o declínio do princípio da imutabilidade no Direito francês *vide* R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 161, n. 95.

1701.º a 1707.º. Todavia, como defende ANTUNES VARELA, nem todos os casos de revogação daquelas disposições “constituirão necessariamente alterações ao regime de bens estabelecido, no amplo sentido em que a lei usa a expressão”, pensando, designadamente, nos casos de revogação previstos nos artigos 1704.º e 1705.º, n.º 2⁹¹.

Com base na al. b), são admitidas alterações ao regime de bens pela *simples separação judicial de bens* (arts. 1767.º e ss.), tendo em conta que, nos termos do artigo 1770.º, o regime de bens entre os cônjuges (casados segundo um regime de comunhão) passa a ser o da separação, após o trânsito em julgado da sentença que decretar a dita separação.

A excepção prevista na al. c) reporta-se à *separação “judicial” de pessoas e bens* (arts. 1794.º e ss.), que produz os mesmos efeitos da dissolução do casamento, nos termos do artigo 1795.º-A, 2ª parte.

Por último, diz-nos a al. d) do n.º 1 do artigo 1715.º que são admitidas alterações ao regime de bens “em todos os demais casos, previstos na lei, de separação de bens na vigência da sociedade conjugal”. A doutrina não apresenta dificuldades em apontar quais os casos que cabem nesta previsão legal. São os casos de *ausência* (arts. 108.º e 115.º), *insolvência* (art. 141.º, n.º 1, al. b) do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas)⁹² e *execução movida contra um dos cônjuges em que se penhorem bens comuns do casal* (art. 740.º, CPC)^{93 94}.

⁹¹ Cfr. A. VARELA, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 362, n. 137.

⁹² Este artigo corresponde ao artigo 201.º, n.º 1, al. b) do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, revogado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março.

⁹³ Este artigo corresponde ao artigo 825.º do Código de Processo Civil antigo.

⁹⁴ Cfr. S. HENRIQUES, *Estatuto patrimonial...*, *ob. cit.*, p. 178; F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 490, n. 228; R. L. XAVIER,

Todos os casos presentes no n.º 1 do artigo 1715.º, a que tivemos oportunidade de aludir *supra*, serão, à partida, excepções ao princípio da imutabilidade, caso contrário seria estranho que o legislador os tivesse previsto naquela norma. Todavia, parte da doutrina entende, e bem, que nem todos os casos são verdadeiras excepções ao princípio da imutabilidade⁹⁵, tendo sido, como entende ANTUNES VARELA, intenção do legislador “solucionar dúvidas que poderiam suscitar-se em virtude do princípio da imutabilidade”⁹⁶. Na opinião de PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA e de LEITE DE CAMPOS, apenas o caso previsto na al. a) é que constitui uma alteração directa à convenção antenupcial⁹⁷. Por outro lado, JOÃO ESPÍRITO SANTO nota que um “*trânsito entre regimes de bens*” apenas se verifica no caso da al. b)⁹⁸.

Pela nossa parte, entendemos que existe uma verdadeira excepção ao princípio da imutabilidade quando a lei permite que os cônjuges alterem directa ou indirectamente o regime de bens do seu casamento. Deste modo, apenas os casos da alínea b) e d) é que são, a nosso ver, verdadeiras excepções. Não o é o caso da alínea a) porque, tal como vimos anteriormente, as disposições por morte que podem ser estipuladas em convenção antenup-

Limites..., *ob. cit.*, p. 116, n. 8; P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, pp. 404 e 405 e A. VARELA, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 362.

⁹⁵ Neste sentido *vide* P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 404 e A. VARELA, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 362.

Acrescenta JOÃO ESPÍRITO SANTO que em nenhum dos casos previstos no n.º 1 do artigo 1715.º “contempla a possibilidade de a vontade dos cônjuges ser suficiente para proceder ao trânsito de um regime de bens para outro”. Cfr. J. E. SANTO, *A imutabilidade...*, *ob. cit.*, pp. 468 e 469.

⁹⁶ Cfr. A. VARELA, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 362. O mesmo é defendido em P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 404.

⁹⁷ Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 490, n. 228 e D. L. CAMPOS, *Lições...*, *ob. cit.*, p. 384.

⁹⁸ Cfr. J. E. SANTO, *A imutabilidade...*, *ob. cit.*, p. 469 e n. 19.

cial não cabem, sequer, no objecto do princípio da imutabilidade e também não o é o caso da alínea c) porque no caso da separação “judicial” de pessoas e bens deixa de vigorar, verdadeiramente, um regime de bens entre os cônjuges.

Nos termos do n.º 2 do artigo 1715.º (e pela expressa remissão que este preceito legal faz para o art. 1711.º), as alterações à convenção antenupcial e do regime legal de bens (admitidas à luz do n.º 1 do art. 1715.º) têm que ser registadas para que possam produzir efeitos em relação a terceiros⁹⁹. Como sustentam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, a publicidade destas alterações visa salvaguardar os legítimos interesses de terceiros que com os cônjuges queiram contratar, à semelhança do que se pretende com a publicidade das próprias convenções antenupciais (art. 1711.º, CC e arts. 1.º, n.º 1, al. e) e 189.º a 191.º do Código do Registo Civil)¹⁰⁰.

V. Admissibilidade do princípio da imutabilidade

Avizinhandos-se o fim do nosso estudo acerca do princípio da imutabilidade, é tempo de nos debruçarmos sobre a sua admissibilidade no nosso ordenamento jurídico. Para tanto, iremos fazer, primeiro, o levantamento dos argumentos que sustentam a sua manutenção (ao mesmo tempo que tentaremos contra-argumentá-los) e, depois, dos argumentos que sustentam o seu afastamento¹⁰¹.

⁹⁹ Acrescente-se que este registo é obrigatório (art. 1.º, n.º 1, al. e) e é feito por averbamento ao assento de casamento (arts. 70.º, n.º 1, al. h) e 190.º, n.º 2, todos do Código do Registo Civil).

¹⁰⁰ Cfr. P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 405.

¹⁰¹ Sobre os fundamentos do princípio da imutabilidade na vigência de legislação anterior ao actual Código Civil *vide* S. HENRIQUES, *Estatuto patrimonial...*, *ob. cit.*, pp. 170 e 171; E. P. MEALHA, *Acordos...*, *ob. cit.*, p. 30, n.º 47; R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, pp. 79 a 80 e 120 e ss; E. SANTOS, *Direito da família*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 301; G. B. CRUZ,

Tradicionalmente têm-se apontado, sobretudo, três ordens de razão que fundamentam a manutenção do princípio da imutabilidade¹⁰².

Em primeiro lugar, tem-se invocado que as convenções antenupciais revestem natureza de *pac- tos de família*. Como nos explica ADRIANO DE PAIVA, “segundo este argumento antigo, a convenção antenupcial não diria respeito apenas aos nubentes, mas sobretudo aos seus ascendentes, que não só lhes prestariam auxílio económico para o início da vida conjugal, como os aconselhariam sobre a escolha do concreto regime de bens do casamento”. Acrescenta o Autor que, “por outro lado, os bens referidos na convenção pertenceriam, muitas vezes, às famílias dos nubentes, que lhes determinariam um certo destino, na convicção da sua inalterabilidade”¹⁰³. Trata-se, no fundo, de impedir que os cônjuges pudessem, por si sós, alterar uma convenção que fora “celebrada” também por outros sujeitos¹⁰⁴. Na nossa opinião, dada a actual predominância da chamada “pequena família” nas

Direitos de Família, 2ª ed., rev. e act. pelo Prof. Dr. Pires de Lima, e em harmonia com as lições feitas ao curso do IV ano jurídico de 1941-42, vol. II – Efeitos jurídicos do casamento; doações matrimoniais, Coimbra, Coimbra Editora, 1943, pp. 79 e ss e J. D. FERREIRA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 335.

¹⁰² Cfr. C. DIAS, *Alteração...*, *ob. cit.*, pp. 51 e ss.; F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 495; H. MOTA, *Algumas considerações sobre a autonomia da vontade consensual em matéria de efeitos patrimoniais do casamento, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria / colab. Alexandre Libório Dias Pereira... [et al.]; [org.] Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Faculdade de Economia da Universidade do Porto, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 327; E. SANTOS, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 301; J. GOMES, *Modificação...*, *ob. cit.*, pp. 551 e 552 e A. VARELA, *Direito...*, *ob. cit.*, pp. 358 e ss.*

¹⁰³ Cfr., em tudo o que foi dito, A. M. R. PAIVA, *A comunhão...*, *ob. cit.*, p. 100.

No mesmo sentido *vide* N. PETRONI-MAUDIERE, *Le déclin...*, *ob. cit.*, p. 10 e L. C. GONÇALVES, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 294.

¹⁰⁴ Cfr. P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 397 e A. VARELA, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 359.

modernas sociedades industriais¹⁰⁵, tenderíamos a admitir que o papel das famílias é cada vez menor nestas matérias. Isto leva-nos a pensar que muito dificilmente uma convenção antenupcial possa ser vista, hoje, como um pacto de família.

Este argumento, diferentemente dos outros que se seguem, não é acolhido, actualmente, pela maioria da doutrina¹⁰⁶.

Em segundo lugar, sustenta-se que através do princípio da imutabilidade se evita que um dos cônjuges consinta numa eventual alteração de regime de bens que lhe é prejudicial, em virtude de ter sido influenciando pelo outro cônjuge que adquiriu, durante a vida conjugal, um *ascendente psicológico* sobre o primeiro^{107 108}. Este argumento, que à primeira vista parece defensável, não está, todavia, isento de críticas. Pense-se, primariamente, na consagração do princípio da igualdade entre cônjuges (arts. 1671.º, CC e 36.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa) — princípio constitucio-

nal de direito da família — em contraposição ao, já abolido, princípio do poder marital¹⁰⁹, que torna o dito argumento cada vez menos relevante^{110 111}. Depois, como reflecte LEITE DE CAMPOS, a existir um ascendente psicológico de um dos cônjuges sobre o outro, é possível que o primeiro obtenha vantagens sobre o segundo mediante negócios jurídicos que são inevitáveis, como é o caso das doações manuais “não controláveis externamente”¹¹². Desta forma, pode, até, dar-se o caso de um cônjuge poder adquirir, de forma irrevogável, um bem próprio do outro. É o caso, por exemplo, de um cônjuge, munido de um ascendente psicológico, que convence o outro cônjuge a entregar-lhe, mediante uma doação manual, o montante pecuniário da venda de um bem próprio, pertencente a este último, com a intenção de poder, posteriormente, comprar o bem ao terceiro. Conclui-se, assim, que o princípio

¹⁰⁵ Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 34.

¹⁰⁶ Neste sentido vide C. DIAS, *Alteração...*, *ob. cit.*, p. 66; P. SIMLER, *Pour la suppression...*, *ob. cit.*, p. 674; F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 495; A. M. R. PAIVA, *A comunhão...*, *ob. cit.*, p. 113; R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, pp. 106 e 107, n. 142 e E. SANTOS, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 302.

¹⁰⁷ Segundo PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, esta situação “traduzir[-se-ia] numa verdadeira liberalidade [entre cônjuges] (...) à qual se não aplicaria o princípio geral da livre revogabilidade das doações entre cônjuges (art. 1765.º, n.º 1)”. Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 495. Parêntesis nosso.

¹⁰⁸ Este argumento, segundo parte da doutrina, é o que melhor fundamenta a manutenção do princípio da imutabilidade no nosso Direito. Neste sentido vide E. SANTOS, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 302; P. LIMA; A. VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, pp. 397 e 398; D. L. CAMPOS, *Lições...*, *ob. cit.*, p. 384; A. VARELA, *Direito...*, *ob. cit.*, pp. 358 e 359; P. LIMA, *Algumas questões sobre a dação em cumprimento*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 99.º, n.º 3320, Coimbra, Coimbra Editora, 1966, p. 172 e M. ANDRADE, *Sobre as disposições por morte a favor de terceiros, feitas por esposados na respectiva escritura antenupcial*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 69.º, n.º 2582, Coimbra, Coimbra Editora, 1937, p. 337.

¹⁰⁹ Segundo JOÃO ESPÍRITO SANTO este princípio “estruturava as relações familiares-conjugais em torno de um poder de comando do marido, que se manifestava quer no âmbito das relações pessoais, quer no âmbito das relações patrimoniais (neste último caso, tendencialmente apenas nos regimes de comunhão)”. Cfr. J. E. SANTO, *A imutabilidade...*, *ob. cit.*, p. 474.

¹¹⁰ Neste sentido vide C. DIAS, *Alteração...*, *ob. cit.*, p. 64; S. HENRIQUES, *Estatuto patrimonial...*, *ob. cit.*, p. 174; F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 496; A. M. R. PAIVA, *A comunhão...*, *ob. cit.*, pp. 112 e 113; M. COSTA, *Sociedade...*, *ob. cit.*, p. 80, n. 4; H. MOTA, *Algumas considerações...*, *ob. cit.*, p. 327; R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 139; R. L. XAVIER, *Sociedades entre cônjuges...*, *ob. cit.*, p. 253, n. 4 e J. GOMES, *Modificação...*, *ob. cit.*, pp. 553 e 554.

De acordo com a opinião de RITA LOBO XAVIER, “a consagração do princípio da igualdade entre cônjuges, em consequência da emancipação da mulher, parece ser incompatível com a existência de normas que, aparentemente, têm o objectivo de proteger um dos cônjuges contra o outro”. Cfr. R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, pp. 26 e 27. Para um maior desenvolvimento sobre este assunto vide R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, pp. 141 e ss.

¹¹¹ JOÃO ESPÍRITO SANTO é de opinião de que a “razão substancial” que fez com que o legislador de 1977 mantivesse o princípio da imutabilidade no nosso Direito “foi a da verificação empírica da existência, no Portugal de época, de uma estrutura sociológica que estava, genericamente, longe de corresponder ao princípio da igualdade, então proclamado, e que traduzia ainda, em termos de facto, a supremacia do marido”. Cfr. J. E. SANTO, *A imutabilidade...*, *ob. cit.*, p. 475.

¹¹² Cfr. D. L. CAMPOS, *Lições...*, *ob. cit.*, p. 385.

da imutabilidade não resolve, na prática, todos os problemas que podem advir de uma eventual supremacia adquirida por um dos cônjuges.

A nosso ver, ainda existem dois contra-argumentos relevantes. O primeiro é o facto de o legislador não se ter apercebido que um ascendente psicológico também pode ser adquirido antes da celebração do casamento. Com efeito, o princípio da imutabilidade obrigará a que, durante toda a vida conjugal, um dos cônjuges veja as suas relações patrimoniais reguladas por um regime de bens que lhe é prejudicial e que foi convencionado em virtude de uma influência exercida pelo outro cônjuge. O segundo contra-argumento é o facto de, a existir um sistema de mutabilidade das convenções antenupciais, o “cônjuge mais fraco” poder impugnar a nova convenção antenupcial por erro, dolo ou coação, nos termos dos negócios jurídicos em geral (arts. 247.º, 254.º e 256.º).

Por tudo o que foi dito, entendemos que este segundo argumento não é suficiente para sustentar a manutenção do princípio da imutabilidade¹¹³.

Em terceiro lugar, tem-se entendido que o princípio da imutabilidade salvaguarda interesses de terceiros (credores do casal e outros), uma vez que, por exemplo, os cônjuges, através da alteração (com efeitos retroactivos) do regime de bens do seu casamento, poderiam diminuir a massa de bens que responderiam por uma eventual dívida que um ou ambos os cônjuges tivessem contraído, lesando, assim, as expectativas de terceiros que com eles

houvessem contratado¹¹⁴. Na nossa opinião, apesar de entendermos que este argumento é mais convincente relativamente aos anteriores, concordamos inteiramente com a doutrina que entende que a mutabilidade das convenções antenupciais e dos regimes de bens legalmente fixados pode ser perfeitamente compatível com a protecção dos interesses de terceiros, desde que exista um adequado sistema de publicidade e que as alterações não produzam efeitos relativamente a terceiros “que tenham adquirido anteriormente os seus direitos”^{115 116}. No fundo, aquilo que a doutrina propõe é a aplicação (a um futuro sistema de mutabilidade) de soluções já previstas na nossa lei, mais precisamente as normas previstas nos artigos 1715.º, n.º 2 e 1713.º, n.º 2. CRISTINA DIAS acrescenta ainda, e bem, que “os credores dos cônjuges não estão impedidos de utilizar os meios tradicionais da impugnação pauliana, da fraude à lei ou do negócio indireto”¹¹⁷.

Além destes três argumentos que a maioria da doutrina não tem dificuldade em identificar, outros ainda podem ser chamados à colação em defesa do princípio da imutabilidade. Por um lado, poderia-

¹¹⁴ Este argumento é o que melhor fundamenta a manutenção do princípio da imutabilidade na opinião de PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA e BRAGA DA CRUZ. Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 496 e G. B. CRUZ, *Novo Código Civil: problemas...*, *ob. cit.*, p. 343.

¹¹⁵ Palavras de PEREIRA COELHO e de GUILHERME DE OLIVEIRA. Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 496.

¹¹⁶ Neste sentido vide C. DIAS, *Alteração...*, *ob. cit.*, p. 64; S. HENRIQUES, *Estatuto patrimonial...*, *ob. cit.*, p. 175; E. P. MEALHA, *Acordos...*, *ob. cit.*, p. 33; A. M. R. PAIVA, *A comunhão...*, *ob. cit.*, p. 113; J. E. SANTO, *A imutabilidade...*, *ob. cit.*, pp. 473 e 474; H. MOTA, *Algumas considerações...*, *ob. cit.*, p. 327; R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, pp. 139 e 140; D. L. CAMPOS, *Lições...*, *ob. cit.*, p. 385; J. GOMES, *Modificação...*, *ob. cit.*, p. 552; G. B. CRUZ, *Novo Código Civil: problemas...*, *ob. cit.*, p. 344 e M. R. SANATIER, *De la portée et de la valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, in Revue trimestrielle de droit civil, année 1921, Librairie de la société du Recueil Sirey*, p. 119.

¹¹⁷ Cfr. C. DIAS, *Alteração...*, *ob. cit.*, p. 64.

mos ser levados a pensar que este princípio é um corolário do *pacta sunt servanda* (art. 406.º, n.º 1), na medida em que a convenção antenupcial ou os regimes de bens legalmente fixados devem ser pontualmente cumpridos e, por conseguinte, imutáveis. RITA LOBO XAVIER entende, e bem, que aquele princípio “só valeria totalmente para a alteração unilateral, não explicando porém o facto de os cônjuges não poderem modificar a convenção por mútuo acordo”¹¹⁸, indo ao encontro da primeira ressalva presente no artigo 406.º, n.º 1. Por outro lado, há quem considere que o princípio da imutabilidade “é uma decorrência natural da própria convenção antenupcial, feita no pressuposto de a sua aplicação acompanhar toda a vida conjugal, ou, mesmo, de uma forma de prevenir discussões e desavenças”¹¹⁹ que poderiam advir da possibilidade de os cônjuges poderem alterar o regime de bens do seu casamento¹²⁰. Refira-se, por último, o entendimento de RITA LOBO XAVIER. Segundo a Autora, apenas um princípio mais geral, um princípio de equidade que consagre a proibição de ocorrências de enriquecimentos injustificados de um dos cônjuges à custa do outro, é que pode fundamentar a manutenção do princípio da imutabilidade no nosso Direito¹²¹.

¹¹⁸ Cfr. R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, p. 107, n. 142.

¹¹⁹ Palavras de ADRIANO DE PAIVA. Cfr. A. M. R. PAIVA, *A comunhão...*, *ob. cit.*, p. 101.

¹²⁰ Sobre esta questão *vide* ainda L. C. GONÇALVES, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 294.

¹²¹ Cfr. R. L. XAVIER, *Limites...*, *ob. cit.*, pp. 174 e ss. No mesmo sentido *vide* C. DIAS, *Alteração...*, *ob. cit.*, p. 53. Todavia, CRISTINA DIAS é de opinião de que tal fundamento “é alcançável por força de uma mutabilidade sujeita a certas regras e por outros mecanismos menos agressivos para a livre regulamentação das relações patrimoniais entre os cônjuges” e que “se esse eventual enriquecimento tiver uma causa (o negócio celebrado pelos cônjuges) então deixa de ter razão de ser o referido princípio”. Cfr. C. DIAS, *Alteração...*, *ob. cit.*, p. 53 e 59.

Contra o argumento da proibição de enriquecimentos injustificados *vide* F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 497.

É tempo agora de fazermos o levantamento e a apreciação de alguns argumentos que vão no sentido da abolição do princípio da imutabilidade.

No início do nosso estudo, começámos por fazer o confronto entre a liberdade negocial de que beneficiam os nubentes na celebração da convenção antenupcial (art. 1698.º) e o princípio da imutabilidade (art. 1714.º, n.º 1), enquanto restrição a um princípio mais geral que domina grande parte do nosso Direito que é o princípio da autonomia privada.

Voltamos a colocar uma questão já formulada anteriormente: faz sentido que os nubentes possam regular as suas relações patrimoniais futuras, enquanto que os cônjuges estão impedidos de alterar as suas relações patrimoniais presentes, mesmo que uma eventual alteração das circunstâncias o requeira, como se ficassem reféns de uma decisão (prévia) que irá perdurar durante toda a sua vida conjugal? É importante realçar que a grande maioria dos casamentos (cerca de 90%)¹²² é celebrada sem convenção antenupcial, aplicando-se nestes casos (e em caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção) o regime supletivo de comunhão de adquiridos (art. 1717.º) ou o regime imperativo da separação de bens (art. 1720.º), se for o caso. Como afirma ESPERANÇA PEREIRA MEALHA, “a experiência comum e os litígios que chegam aos tribunais demonstram que os interessados, quando alertados pela emergência de um conflito, estão muitas vezes inconformados ou desconhecem o estatuto patrimonial especial do seu casamento e as regras de administração e responsabilidade por dívidas que este acarreta”¹²³. A ser assim, é injusto

¹²² Dados relativos a 2001. Cfr. *www.ine.pt*.

¹²³ Cfr. E. P. MEALHA, *Acordos...*, *ob. cit.*, p. 20.

que os cônjuges estejam impedidos de alterar o regime de bens do seu casamento quando se apercebam que o conjunto de regras desse regime não se adequa à sua vontade ou às suas necessidades, que podem, naturalmente, variar durante a vida conjugal, que apresenta, cada vez mais, uma maior dinâmica patrimonial¹²⁴. Neste sentido, já BRAGA DA CRUZ entendia que só através da “livre alteração dos pactos nupciais na constância do matrimónio (...) se respeita, verdadeiramente, a liberdade dos cônjuges acerca do seu regime de bens (...) [e] se respeitam os interesses dos cônjuges, já que estes podem ter-se equivocado ao escolher determinado regime, ou podem ter visto alterada profundamente a sua situação patrimonial, ficando prejudicados pela manutenção forçada do regime que primitivamente pactuaram”¹²⁵. Portanto, como primeiro argumento contra o princípio da imutabilidade, citando PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, “milita o puro e simples respeito pela autonomia privada”¹²⁶.

A própria evolução do nosso Direito pode ser encarada como um argumento em desfavor ao prin-

cípio da imutabilidade¹²⁷. Para tanto, relembramos, o já mencionado, artigo 8.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais e a consagração do princípio da igualdade entre cônjuges (art. 1671.º). E relembramos ainda, embora não o possamos considerar como um argumento, a nossa breve passagem pelo Direito comparado, onde verificámos que o princípio da imutabilidade tem sido abolido em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Há um dado que nos mostra que o legislador não reprime, de todo, a possibilidade de os cônjuges alterarem o regime de bens do seu casamento durante o casamento. É o facto de os cônjuges poderem celebrar convenções antenupciais sob condição ou a termo, nos termos do artigo 1713.º¹²⁸. Somos de opinião de que se os cônjuges podem, mediante uma decisão prévia, alterar o regime de bens do seu casamento durante o casamento, subordinando essa alteração a um acontecimento futuro e incerto (*condição*) ou a um acontecimento futuro e certo (*termo*), então também deveriam ter a possibilidade de alterar o regime de bens do seu casamento no presente, quando as circunstâncias assim o exigissem.

Apesar da proibição do princípio da imutabilidade, um casal pode na prática, face ao Direito vigente, alterar o regime de bens do seu casamento recorrendo à dissolução do casamento através do divórcio para depois voltar a contrair casamento com a celebração prévia de uma convenção antenupcial em que conste o novo regime de bens¹²⁹.

¹²⁴ Neste sentido vide C. DIAS, *Alteração...*, *ob. cit.*, pp. 61 e 66; E. P. MEALHA, *Acordos...*, *ob. cit.*, pp. 31 e 32; S. HENRIQUES, *Estatuto patrimonial...*, *ob. cit.*, p. 175; N. PETRONI-MAUDIERE, *Le déclin...*, *ob. cit.*, p. 13; M. COSTA, *Sociedade...*, *ob. cit.*, p. 80; J. E. SANTO, *A imutabilidade...*, *ob. cit.*, p. 474; R. L. XAVIER, *Límites...*, *ob. cit.*, p. 141; D. L. CAMPOS, *Lições...*, *ob. cit.*, p. 385 e J. GOMES, *Modificação...*, *ob. cit.*, pp. 549 e 550.

Um exemplo que retrata aquilo que estamos a dizer é, nas palavras de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, o caso “em que um dos cônjuges pretende iniciar uma profissão economicamente arriscada (p. ex. o comércio) e não quer que as dívidas assumidas no exercício dessa actividade comprometam os bens comuns do casal e os do outro cônjuge”. Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 497.

Segundo a opinião de HELENA MOTA, os cônjuges podem sentir a necessidade de adequarem a sua situação patrimonial ao sistema jurídico em que vivem, “o qual pode não dar suficientes garantias a nível sucessório”. Cfr. H. MOTA, *Algumas considerações...*, *ob. cit.*, p. 328.

¹²⁵ Cfr. G. B. CRUZ, *Novo Código Civil: problemas...*, *ob. cit.*, pp. 343 e 344. Parêntesis nosso.

¹²⁶ Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 498.

¹²⁷ No mesmo sentido vide C. DIAS, *Alteração...*, *ob. cit.*, p. 62 e P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 498.

¹²⁸ No mesmo sentido vide E. P. MEALHA, *Acordos...*, *ob. cit.*, p. 36 e C. P. CORTE-REAL; com colab. J. S. PEREIRA, *Direito da família: tópicos...*, *ob. cit.*, p. 62.

¹²⁹ Cfr. S. HENRIQUES, *Estatuto patrimonial...*, *ob. cit.*, p. 177 e L. C. GONÇALVES, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 296.

Trata-se de um esquema que é legalmente admissível mas que não deixa de ser irrisório e fraudulento. Se isto é possível, porque não haverá o legislador de permitir que os cônjuges alterem o regime de bens do seu casamento durante o casamento, sem terem que voltar a casar entre si tantas as vezes que queiram alterar o regime de bens?

RITA LOBO XAVIER entende que “a vulgarização das transferências encobertas de bens entre cônjuges esvazia o princípio da imutabilidade” e “não (...) vê porque se há-de manter um princípio que hoje é apenas formal”¹³⁰. Além disso, a Autora ainda critica o princípio da imutabilidade pelo facto de uma aplicação rígida do mesmo poder implicar uma paralisação da comunhão de vida conjugal¹³¹.

Já CRISTINA DIAS defende que a possibilidade de os cônjuges poderem alterar o regime de bens do seu casamento poderia evitar ou resolver alguns problemas postos pelo regime da responsabilidade por dívidas regulado no Código Civil (arts. 1690.º e ss.)¹³². Podemos pensar, por exemplo, no caso em que um casal, casado num regime de comunhão, querer optar, durante o casamento, pelo regime da separação de bens de forma a poder beneficiar da segunda ressalva presente na al. d) do n.º 2 do artigo 1691.º, ou seja, as dívidas contraídas por qualquer um dos cônjuges no exercício do comércio deixariam de ser da responsabilidade de ambos.

¹³⁰ Cfr. R. L. XAVIER, *Limites...*, ob. cit., p. 141. Em moldes análogos vide S. HENRIQUES, *Estatuto patrimonial...*, ob. cit., p. 175.

Já SAVATIER era da opinião de que através da celebração de mandatos e doações, os cônjuges alcançariam o efeito de um novo regime de bens. Cfr. M. R. SAVATIER, *De la portée...*, ob. cit., p. 94.

¹³¹ Cfr. R. L. XAVIER, *Limites...*, ob. cit., p. 376.

¹³² Cfr. C. DIAS, *Alteração...*, ob. cit., p. 9.

Chegados aqui, é tempo de nos pronunciarmos acerca da manutenção do princípio da imutabilidade de no nosso Direito.

Por um lado, consideramos que os argumentos contra o princípio da imutabilidade são mais convincentes do que os argumentos a favor. Por outro lado, chegámos à conclusão que os receios que o princípio da imutabilidade visa salvaguardar estão, de certa forma, ultrapassados (caso da natureza de *pactos de família* das convenções antenuptiais e da protecção do cônjuge “mais fraco” perante um eventual *ascendente psicológico* de que o outro beneficia) ou podem ser facilmente ultrapassados (caso da *protecção de terceiros*). Com efeito, somos de opinião, a par da esmagadora maioria da doutrina, que o princípio da imutabilidade deve ser abolido¹³³.

No entanto, entendemos que o princípio da imutabilidade deve permanecer válido em determinadas situações, embora, em moldes diferentes.

¹³³ Cfr. E. P. MEALHA, *Acordos...*, ob. cit., p. 32; S. HENRIQUES, *Estatuto patrimonial...*, ob. cit., p. 175; F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, ob. cit., p. 498; A. M. R. PAIVA, *A comunhão...*, ob. cit., p. 119; J. E. SANTO, *A imutabilidade...*, ob. cit., p. 476; N. PETRONI-MAUDIERE, *Le déclin...*, ob. cit., p. 13; M. COSTA, *Sociedade...*, ob. cit., p. 90; R. L. XAVIER, *Limites...*, ob. cit., p. 178; G. OLIVEIRA, *Um direito da família europeu? (Play it again, and again... Europe!)*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 133.º, n.ºs 3913 e 3914, Agosto-Setembro, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 109; G. OLIVEIRA, *A Reforma do Direito da Família de Macau, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 132.º, n.ºs 3901 e 3902, Agosto-Setembro, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 107; G. OLIVEIRA, *O direito da família*, Temas de direito da família, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 198; C. P. CORTE-REAL, *Direito...*, ob. cit., p. 87 e D. L. CAMPOS, *Lições...*, ob. cit., p. 385.*

A ser abolido o princípio da imutabilidade, a doutrina divide-se quanto ao sistema que o legislador deve adoptar. A favor da chamada *mutabilidade controlada*, ou seja, no caso em que a alteração do regime de bens se dá mediante homologação judicial vide E. P. MEALHA, *Acordos...*, ob. cit., p. 32 e D. L. CAMPOS, *Lições...*, ob. cit., p. 385.

Contra vide A. M. R. PAIVA, *A comunhão...*, ob. cit., p. 122; J. GOMES, *Modificação...*, ob. cit., pp. 547 e 548 e A. VARELA, *Direito...*, ob. cit., p. 359. Sobre os pontos estruturais de um sistema de mutabilidade vide E. P. MEALHA, *Acordos...*, ob. cit., pp. 32 e 33.

Sobre os problemas que podem advir daquele sistema vide R. L. XAVIER, *Limites...*, ob. cit., pp. 179 e ss.

Deve valer em termos absolutos para os cônjuges que estejam casados no regime imperativo da separação de bens (art. 1720.º) e nos casos em que haja decretamento da simples separação judicial de bens (arts. 1767.º e ss.). No primeiro caso, tendo em conta que o legislador impõe aos cônjuges um determinado regime de bens, não poderão os mesmos alterá-lo para um regime de bens diverso. No segundo caso, dado que o decretamento da simples separação judicial de bens é uma decisão irrevogável nos termos do artigo 1771.º, não pode aquela ser modificada nem por nova decisão judicial nem por vontade dos cônjuges¹³⁴. E, por último, entendemos que o princípio da imutabilidade deve continuar a valer em termos relativos para os cônjuges que estejam sujeitos ao regime do artigo 1699.º, n.º 2. Neste caso, o legislador apenas restringe, em certas condições, que seja convencionado um determinado regime de bens (o regime da comunhão geral) e, por isso, os cônjuges poderão alterar o regime de bens do seu casamento para qualquer outro que não o da comunhão geral.

¹³⁴ Cfr. F. P. COELHO; G. OLIVEIRA, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 557.

ANTEPROJETO DE LEI DE PROCESSO DAS PROVIDÊNCIAS TUTELARES CÍVEIS

Catarina Fernandes (pelo OPA)

CAPÍTULO I – Disposições gerais

Artigo 1.º

Objecto

O presente diploma tem por objecto a regulamentação processual das providências tutelares cíveis previstas na lei.

Artigo 2.º

Definições

Criança ou jovem – a pessoa com menos de 18 anos.

Guarda de facto – a relação que se estabelece entre a criança ou o jovem e a pessoa que com ele vem assumindo, continuamente, as funções essenciais próprias de quem tem responsabilidades parentais.

Artigo 3.º

Princípios orientadores

O processo tutelar cível rege-se pelos seguintes princípios orientadores:

a) Interesse superior da criança ou jovem – a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança ou jovem, sem prejuízo da consideração que for devida a outros in-

teresses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto.

b) Privacidade – a intervenção deve ser efectuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da vida privada da criança ou jovem.

c) Princípio da prevalência de família – na intervenção deve ser dada prevalência às providências que integrem a criança ou jovem em ambiente familiar.

d) Responsabilidade parental – a intervenção deve ser efectuada de modo a que os pais ou quem legalmente exerça as responsabilidades parentais assumam os seus deveres para com a criança ou jovem.

e) Cooperação em matéria familiar – os pais, o representante legal ou quem tiver a guarda de facto têm o dever de cooperar entre si e com o tribunal com vista à satisfação do superior interesse da criança.

f) Audição obrigatória e participação – a criança ou jovem têm direito a ser ouvidos e a participar no processo.

g) Obrigatoriedade da informação – a criança,

os pais, o representante legal ou a pessoa que tenha a sua guarda de facto têm direito a ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa.

h) Atualidade – a decisão deve tomar em conta a situação em que a criança ou jovem se encontra no momento em que é proferida.

i) Proporcionalidade – A intervenção deve ser a necessária e a adequada à situação em que a criança ou jovem e só pode interferir na sua vida e na da sua família na medida do que for estritamente necessário a essa finalidade.

j) Eficiência processual – O tribunal deve tomar a melhor decisão no menor prazo e com os menores custos.

Artigo 4.º

Processamento

Todos os incidentes das ações da competência dos Tribunais de Família e Menores correm nos próprios autos em que tenha sido decretada a providência principal, com exceção da conversão, revogação e revisão da adoção e da prestação de contas, que correm por apenso.

Artigo 5.º

Competência por conexão

1 – Se forem instaurados sucessivamente processo tutelar cível e processo de promoção e proteção, processo tutelar educativo, relativamente à mesma criança ou jovem, é competente para conhecer de todos eles o tribunal do processo que tiver sido instaurado em primeiro lugar.

2 – No caso previsto no número anterior os processos correm por apenso.

3 – O disposto no n.º 1 não se aplica às providências tutelares cíveis da competência das conservatórias do registo civil.

4 – Estando pendente ação de divórcio ou de separação judicial sem consentimento do outro cônjuge, as providências tutelares cíveis relativas à regulação do exercício das responsabilidades parentais, à prestação de alimentos e à limitação e inibição do exercício das responsabilidades parentais correm por apenso àquela ação.

5 – Quando a providência que segue a forma tutelar cível comum respeitar a mais do que uma criança ou jovem, pode ser instaurado um único processo e, tendo sido instaurados processos distintos, pode proceder-se à apensação de todos eles ao que foi instaurado em primeiro lugar, se as relações familiares assim o justificarem.

6 – A incompetência territorial não impede a observância do disposto nos n.ºs 1, 4 e 5.

Artigo 6.º

Competência territorial

1 – Para decretar as providências é competente o tribunal da área de residência da criança ou jovem no momento em que o processo é instaurado.

2 – Sendo desconhecida a área de residência da criança ou jovem, é competente o tribunal da residência dos titulares das responsabilidades parentais.

3 – Se os titulares das responsabilidades paren-

tais tiverem residências diferentes, é competente o tribunal da residência daquele a cuja guarda a criança ou jovem estiver confiado ou, no caso de exercício conjunto das responsabilidades parentais, com quem ele residir.

4 – Se alguma das providências disser respeito a dois ou mais crianças ou jovens, filhos dos mesmos progenitores e residentes em comarcas diferentes, é competente o tribunal da residência do maior número deles; em igualdade de circunstâncias, é competente o tribunal em que a providência tiver sido requerida em primeiro lugar.

5 – Se, no momento da instauração do processo, a criança ou jovem ou jovem não residir no País, é competente o tribunal da residência do requerente ou do requerido; quando também estes residirem no estrangeiro e o tribunal português for internacionalmente competente, pertence ao tribunal de Lisboa conhecer da causa.

6 – São irrelevantes as modificações de facto que ocorrerem posteriormente ao momento da instauração do processo.

Artigo 7.º

Exceção de incompetência territorial

1 – A incompetência territorial pode ser deduzida até decisão final, devendo o tribunal conhecer dela oficiosamente.

2 – Para julgar a exceção, o tribunal pode ordenar as diligências que entender necessárias.

Artigo 8.º

Conjugação de decisões

1 – As decisões que apliquem medidas tutelares cíveis, de proteção e tutelares educativas, ainda que provisórias, devem conjugar-se e harmonizar-se entre si, tendo em conta o interesse superior da criança ou jovem.

2 – Para efeitos do disposto no número anterior, o juiz, por despacho fundamentado, se necessário, oficiosamente ou a requerimento, dá início aos procedimentos de revisão das medidas anteriormente decretadas.

3 – No caso de, em processo tutelar cível, se verificar uma situação de perigo para o criança, o Ministério Público:

a) Comunica a situação à comissão de proteção de crianças e jovens territorialmente competente; ou

b) Instaura o processo judicial de promoção e proteção, podendo o juiz tomar de imediato uma medida provisória.

Artigo 9.º

Natureza do processo

O processo tutelar cível comum é de jurisdição voluntária.

Artigo 10.º

Composição do tribunal

As providências tutelares cíveis são julgadas por juiz singular.

Excepcionalmente pode ser requerida a intervenção de juízes sociais pelo Ministério Pú-

blico, pelos pais, representantes legais ou outras pessoas cujo interesse na causa seja entendido como relevante, nomeadamente quem detiver a guarda de facto.

Artigo 11.º

Ministério Público

O Ministério Público tem a seu cargo a promoção e a defesa dos direitos da criança ou jovem, orientado pelo seu superior interesse, competindo-lhe, especialmente, representá-la em juízo, intentando providências tutelares cíveis e deduzindo incidentes necessários àquela defesa.

1 – O Ministério Público tem a seu cargo defender os direitos e velar pelos interesses das crianças ou jovens, nos termos definidos no seu estatuto.

2 – Compete especialmente ao Ministério Público representar as crianças e jovens em juízo, intentando ações, requerendo providências tutelares cíveis e usando de quaisquer meios judiciais necessários à defesa dos seus direitos e interesses.

Artigo 12.º

Advogado

1 – Os pais, os representantes legais ou quem tiver a guarda de facto podem, em qualquer fase do processo, constituir advogado ou requerer a nomeação de patrono que o represente, a si ou à criança.

2 – O tribunal nomeia patrono à criança ou jovem, sempre que tal se mostre necessário à defesa dos seus interesses ou quando este, com a maturidade adequada, o solicitar.

3 – No julgamento é obrigatória a constituição de advogado ou a nomeação de patrono aos pais, ao representante legal ou a quem tiver a guarda de facto.

4 – A nomeação do patrono é efectuada nos termos da lei do acesso ao direito e deve recair preferencialmente entre advogados com formação especializada.

Artigo 13.º

Audição da criança

1 – A criança é ouvida pelo tribunal, salvo quando não tenha capacidade para compreender o sentido da intervenção ou quando a audição for manifestamente desnecessária.

2 – A criança tem direito a ser ouvida individualmente ou acompanhada pelos pais, pelo representante legal, pelo advogado ou por pessoa da sua confiança.

3 – O tribunal determina a audição individual da criança ou jovem sempre que os seus interesses ou as necessidades do processo o imponham.

Artigo 14.º

Contraditório

1 – A criança ou jovem, os seus pais, representante legal, quem tiver a guarda de facto ou for parte no processo têm direito a requerer diligências e oferecer meios de prova.

2 – A criança ou jovem, os seus pais, representante legal, quem tiver a guarda de facto ou for parte no processo têm direito a conhecer as informações, relatórios, exames e pareceres constantes do processo, podendo pedir esclarecimentos, juntar outros

elementos ou requerer a solicitação das informações que considerem necessários.

3 – O Tribunal indefere as diligências requeridas que considere inúteis, de realização impossível ou com intuito manifestamente dilatatório.

4 – O contraditório é sempre assegurado em todas as fases do processo.

Artigo 15.º

Caráter reservado do processo

1 – As providências tutelares cíveis são de caráter reservado.

2 – Os pais, o representante legal e outras pessoas cujo interesse na causa seja entendido como relevante, nomeadamente quem detenha a guarda de facto, podem consultar o processo pessoalmente ou através de advogado.

3 – A criança ou jovem pode consultar o processo pessoalmente se o juiz o autorizar, atendendo à sua maturidade, capacidade de compreensão e natureza dos factos.

4 – Pode ainda consultar o processo quem manifeste outro interesse legítimo, diretamente ou através do seu advogado, quando autorizado e nas condições estabelecidas em despacho do juiz.

Artigo 16.º

Consulta para fins científicos

1 – O juiz pode autorizar a consulta dos processos por instituições credenciadas no domínio científico, ficando todos aqueles que lhe tiverem acesso obrigados a dever de segredo relativamente àquilo

de que tomarem conhecimento.

2 – A divulgação de quaisquer estudos deve ser feita de modo que torne impossível a identificação das pessoas a quem a informação disser respeito.

3 – Para fins científicos podem, com autorização do juiz, ser publicadas peças de processos, desde que se impossibilite a identificação da criança ou jovem, seus familiares e restantes pessoas nelas referidas.

Artigo 17.º

Comunicação social

1 – Os órgãos de comunicação social, sempre que divulguem factos relativos a crianças ou jovens em apreciação no âmbito de processos tutelares cíveis, não podem identificar, nem transmitir elementos, sons ou imagens que permitam a sua identificação, sob pena de os seus agentes incorrerem na prática de crime de desobediência.

2 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, os órgãos de comunicação social podem relatar o conteúdo dos atos públicos do processo tutelar cível.

3 – Sempre que tal seja solicitado e sem prejuízo do disposto no n.º 1, o juiz do processo informa os órgãos de comunicação social sobre os factos, decisão e circunstâncias necessárias para a sua correta compreensão.

Artigo 18.º

Processos urgentes

O tribunal atribui natureza urgente aos processos cuja demora possa causar prejuízo aos interesses das crianças ou jovens.

Artigo 19.º**Decisões provisórias e cautelares**

1 – A título preliminar ou em qualquer estado do processo tutelar, a requerimento ou oficiosamente, o juiz pode decidir, a título provisório, relativamente a matérias que devam ser apreciadas a final, bem como ordenar as diligências que se tornem indispensáveis para assegurar a execução efetiva da decisão.

2 – Prossequindo o processo para a fase contenciosa e salvo casos excepcionais devidamente fundamentados, o juiz deve fixar um regime provisório relativamente a matérias que devam ser apreciadas a final.

3 – Para o efeito do disposto no presente artigo, o tribunal procederá às averiguações sumárias que tenha por convenientes.

4 – As providências decretadas a título preliminar, ficam sem efeito nos mesmos casos e termos previstos no código do processo civil.

Artigo 20.º**Casos omissos**

Nos casos omissos são de observar, com as devidas adaptações, as regras de processo civil que não contrariem os fins da jurisdição tutelar cível.

Artigo 21.º**Informações e inquéritos**

1 – Para fundamentação da decisão, o juiz pode solicitar informações e a realização de inquérito e relatório social sobre a situação da criança ou jovem, do seu agregado familiar e de outras pessoas relevantes para a decisão da causa.

2 – A informação é solicitada pelo juiz aos serviços sociais competentes ou a outras entidades públicas ou privadas, que a remetem ao tribunal no prazo de 10 dias.

3 – A realização de inquérito e elaboração de relatório social é solicitada pelo juiz aos serviços sociais competentes, que o remete no prazo de 30 dias.

4 – Só há lugar a inquérito quando a sua realização se revelar indispensável, nomeadamente se forem insuficientes as informações a que se refere o nº2.

5 – As entidades públicas e privadas têm o dever de colaborar com o tribunal, prestando as informações de que disponham e que lhes forem solicitadas.

6 – O tribunal deve fornecer os elementos necessários à elaboração das informações e dos relatórios solicitados.

7 – O tribunal pode dirigir-se aos agentes consulares portugueses e requisitar a sua intervenção ou auxílio quanto a medidas e providências relativas a crianças ou jovens sob sua jurisdição, bem como solicitar o auxílio e os bons ofícios dos agentes consulares estrangeiros em Portugal quanto a crianças ou jovens de outros países residentes em território nacional.

Artigo 22.º**Assessoria técnica**

1 – Em qualquer fase do processo tutelar cível, o juiz pode nomear ou requisitar assessores técnicos, a fim de assistirem a diligências, prestarem esclarecimentos, realizarem exames ou elaborarem pareceres.

2 – Quando o juiz nomear ou requisitar assessores que prestem serviços em instituições públicas ou privadas, devem estas prestar toda a colaboração, prevalecendo o serviço do tribunal sobre qualquer outro, salvo o caso de escusa justificada.

3 – Aos assessores podem ser opostos os impedimentos e recusas que é possível opor aos peritos em processo civil.

Artigo 23.º

Mediação familiar

1 – Em qualquer estado da causa e sempre que o entenda conveniente, oficiosamente, com o consentimento dos interessados, ou a requerimento destes, pode o juiz determinar a intervenção de serviços públicos ou privados de mediação.

2 – O juiz homologa o acordo obtido por via de mediação se este satisfizer o interesse da criança ou jovem.

3 – No início de qualquer processo ou incidente relativo à regulação do exercício das responsabilidades parentais, o juiz deve informar os interessados sobre a existência e os objetivos dos serviços de mediação familiar.

Artigo 24.º

Recursos

1 – Cabe recurso das decisões que, definitiva ou provisoriamente, se pronunciem sobre a aplicação, alteração ou cessação de medidas tutelares cíveis.

2 – Podem recorrer o Ministério Público e os interessados na causa.

Artigo 25.º

Processamento e efeito dos recursos

1 – Os recursos são processados e julgados como em matéria cível, sendo o prazo de alegações e de resposta de 15 dias.

2 – Os recursos têm efeito devolutivo, salvo se fundamentamente lhes for fixado outro.

Artigo 26.º

Direito subsidiário

Ao processo tutelar cível comum são aplicáveis subsidiariamente, com as devidas adaptações, na fase contenciosa e de recursos, as normas relativas ao processo civil de declaração sob a forma sumária.

129

CAPÍTULO II – Do Processo Tutelar Cível Comum

Secção I – Generalidades

Artigo 27.º

Iniciativa processual

1. Sem prejuízo das disposições seguintes, a iniciativa processual cabe ao Ministério Público, aos pais e ao representante legal da criança ou jovem.

2. Nos casos de limitação e inibição do exercício das responsabilidades parentais, têm ainda legitimidade qualquer parente da criança ou jovem, pessoa a cuja guarda aquela esteja confiada e quem detenha a sua guarda de facto.

Artigo 28.º**Fases do processo**

1 – O processo tutelar cível comum é constituído pelas fases conciliatória e contenciosa.

2 – O juiz, quando se mostre manifestamente improvável a obtenção de acordo e nos casos de inibição do exercício das responsabilidades parentais, determina que o processo prossiga para a fase contenciosa.

3 – O juiz, em qualquer fase do processo e sempre que o entenda conveniente, pode convocar uma conferência com vista à obtenção de acordo sobre o objecto da causa.

Secção II – Fase conciliatória**Artigo 29.º****Conferência**

1 – Recebido o requerimento inicial, o juiz designa data para a conferência, com vista à obtenção de acordo, convocando as pessoas que tenham interesse direto na causa, bem como outras pessoas cuja presença seja entendida como relevante.

2 – A conferência pode ser adiada ou interrompida sempre que faltar um dos convocados, seja necessária a audição de outras pessoas não convocadas inicialmente ou se mostre conveniente a recolha de informações relevantes.

3 – A conferência não pode ser adiada mais do que uma vez por falta de qualquer dos convocados.

4 – Na segunda data designada para a conferência, se faltar algum dos convocados e não se fizer representar, o juiz ouvirá as pessoas presentes, fazendo exarar em ata as suas declarações, mandará proceder a inquérito social e, ouvido o Ministério Público, decidirá.

5 – Se algum dos convocados estiver ausente em parte incerta, após o tribunal se ter assegurado de que não é conhecida a sua residência, será citado para a conferência por meio de editais.

Artigo 30.º**Acordo**

Se, na conferência, os interessados chegarem a acordo que corresponda aos interesses da criança ou jovem e não houver oposição do Ministério Público, o juiz fará constar da ata o acordo, que é subscrito por todos, e homologa-o por decisão judicial.

Secção III – Fase contenciosa**Artigo 31.º****Alegações escritas**

1 – Se não tiver sido possível obter acordo, ou quando este se mostre manifestamente improvável, o juiz declara aberta a fase contenciosa e notifica o Ministério Público e os interessados para alegarem, por escrito, querendo, e apresentarem prova no prazo de 10 dias.

2 – O juiz pode também notificar para alegar outras pessoas cuja intervenção seja entendida como relevante, nomeadamente quem tiver a guarda de facto.

Artigo 32.º**Termos posteriores às alegações**

1 – Recebidas as alegações e se com elas forem arroladas testemunhas, o juiz, sempre que o julgar conveniente, pode solicitar as necessárias informações ou relatórios sociais relativos à situação da criança ou jovem e do seu agregado familiar.

2 – Recebidas as informações ou relatórios, o juiz designa dia para audiência de discussão e julgamento, nomeia patrono aos interessados que não tenham constituído advogado e ordena a notificação das pessoas que devam comparecer, nomeadamente os técnicos cuja audição se revele necessária.

3 – Com a notificação da data para a audiência de discussão e julgamento é dado conhecimento aos interessados das alegações e prova já apresentadas.

4 – Se não forem apresentadas alegações ou se com elas não se arrolarem testemunhas, o juiz determina as diligências e solicita as informações ou os relatórios sociais relativos à situação da criança ou jovem e do seu agregado familiar necessários à boa decisão da causa, e após, ouvido o Ministério Público, profere sentença.

Artigo 33.º**Organização da audiência de discussão e julgamento/Debate**

1 – No início da audiência, o juiz procurará obter, por acordo, uma solução que corresponda aos interesses da criança ou jovem.

2 – Não sendo possível o acordo, o juiz procederá à audição da criança ou jovem e dos interessados, e à inquirição das demais pessoas convocadas.

3 – A audiência de discussão e julgamento só pode ser adiada uma vez por falta de algum dos interessados cuja presença seja considerada relevante, ou por falta do mandatário ou patrono, sem prejuízo do nº3 do artigo 12.º.

Artigo 34.º**Regime das provas**

Para a formação da convicção do tribunal e para a fundamentação da decisão valem apenas as provas produzidas ou examinadas em audiência de discussão e julgamento.

Artigo 35.º**Documentação**

A audiência de discussão e julgamento é gravada sempre que alguma das partes o requeira, por não prescindir da documentação da prova nela produzida, e quando o tribunal oficiosamente determinar a gravação.

Artigo 36.º**Alegações orais**

Produzida a prova, o juiz concede a palavra ao Ministério Público e aos advogados para alegações, por 30 minutos cada um.

Artigo 37.º**Decisão**

1 – A decisão inicia-se por um relatório sucinto, em que se identifica a criança ou jovem e os interessados, e se identifica o pedido e respetivos fundamentos.

2 – Ao relatório segue-se a motivação, que consiste na enumeração dos factos provados e não

provados, bem como na sua valoração e na exposição das razões de facto e de direito, concluindo pela parte dispositiva.

3 – A decisão deve ser proferida no prazo de 15 dias.

Secção IV

Levantamento de Providências

Artigo 38.º

(Levantamento da limitação ou inibição do exercício das responsabilidades parentais)

1 – O requerimento para levantamento da inibição ou de medida limitativa do exercício das responsabilidades parentais é autuado por apenso.

2 – Se tiver sido instituída tutela ou administração de bens, será notificado, além do curador, o tutor ou o administrador dos bens, para contestar.

3 – Feita a notificação, observar-se-ão os termos prescritos para a inibição.

CAPÍTULO III – Dos Processos Tutelares Cíveis Especiais

Secção I – Adoção

Artigo 39.º

Consentimento prévio

1 – O consentimento prévio para a adoção pode ser prestado em qualquer tribunal competente em matéria de família, independentemente da residência da criança ou jovem ou das pessoas

que o devam prestar.

2 – A prestação do consentimento pode ser requerida pelas pessoas que o devam prestar, pelo Ministério Público ou pelos organismos de segurança social.

3 – Recebido o requerimento, o juiz designa imediatamente dia para prestação de consentimento no mais curto prazo possível.

4 – Requerida a adoção, o incidente é apensado ao respetivo processo.

Artigo 40.º

Suprimento do exercício das responsabilidades parentais na confiança administrativa

1 – O candidato a adotante que, mediante confiança administrativa, haja tomado a criança ou jovem a seu cargo com vista a futura adoção pode requerer ao tribunal a sua designação como curador provisório da criança ou jovem até ser decretada a adoção ou instituída a tutela.

2 – A curadoria provisória pode ser requerida pelo Ministério Público, o qual deverá fazê-lo se, decorridos 30 dias sobre a decisão de confiança administrativa, aquela não for requerida nos termos do número anterior.

3 – O processo é apensado ao de confiança judicial ou de adoção.

Artigo 41.º**Requerimento inicial e citação no processo de confiança judicial**

1 – Requerida a confiança judicial da criança ou jovem, são citados para contestar, salvo se tiverem prestado consentimento prévio, os pais e, sendo caso disso, os parentes ou o tutor referidos no artigo 1981.º do Código Civil e o Ministério Público, quando não for o requerente.

2 – A citação é feita nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 233.º do Código de Processo Civil.

3 – Se for lavrada certidão negativa por incerteza do lugar em que o citando se encontra, o processo é de imediato concluso ao juiz, que decidirá sobre a citação edital, sem prejuízo das diligências prévias que julgar indispensáveis.

4 – A citação edital não suspende o andamento do processo até à audiência final.

5 – A citação deverá sempre salvaguardar o segredo de identidade previsto no artigo 1985.º do Código Civil, para o que serão feitas as adaptações adequadas ao caso.

Artigo 42.º**Instrução e decisão no processo de confiança judicial**

1 – O juiz procede às diligências que considerar necessárias à decisão sobre a confiança judicial, designadamente à prévia audição do organismo de segurança social da área da residência da criança ou jovem.

2 – Se houver contestação e indicação de prova

testemunhal, é designado dia para audiência de discussão e julgamento.

3 – O tribunal comunica à conservatória do registo civil onde esteja lavrado o assento de nascimento da criança ou jovem cuja confiança tenha sido requerida ou decidida as indicações necessárias à preservação do segredo de identidade previsto no artigo 1985.º do Código Civil.

4 – O processo de confiança judicial é apensado ao de adoção.

Artigo 43.º**Guarda provisória**

1 – Requerida a confiança judicial, o tribunal, ouvido o Ministério Público e o organismo de segurança social da área da residência da criança ou jovem, quando não forem requerentes, poderá atribuir a guarda provisória da criança ou jovem a candidato à adoção, sempre que, face aos elementos dos autos, for de concluir pela probabilidade séria de procedência da ação.

2 – Ordenada a citação edital, o juiz decide sobre a atribuição da guarda provisória.

3 – Antes de proferir decisão, o tribunal ordena as diligências que entender por convenientes, devendo averiguar da existência de processo de promoção e proteção.

Artigo 44.º**Suprimento do exercício das responsabilidades parentais**

1 – Na sentença que decida a confiança judicial, o tribunal designa curador provisório da criança ou

jovem, o qual exercerá funções até ser decretada a adoção ou qualquer outra providência tutelar cível.

2 – O curador provisório será a pessoa a quem a criança ou jovem tiver sido confiada, sendo, em caso de confiança a instituição, de preferência, aquela que tenha um contacto mais direto com a criança ou jovem.

3 – Se a criança ou jovem for confiada a uma instituição, a curadoria provisória da criança ou jovem deve, a requerimento do organismo de segurança social, ser transferida para o candidato a adotante logo que selecionado.

Artigo 45.º

Requerimento inicial

1 – No requerimento para adoção, o requerente deve alegar os factos tendentes a demonstrar os requisitos gerais previstos no n.º 1 do artigo 1974.º do Código Civil, bem como as demais condições necessárias à constituição do vínculo.

2 – Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 1985.º do Código Civil, com o requerimento são oferecidos todos os meios de prova, nomeadamente certidões de cópia integral do registo de nascimento do adotando e do adotante e certificado comprovativo das diligências relativas à prévia intervenção dos organismos previstos na lei.

Artigo 46.º

Inquérito

Se o inquérito previsto no n.º 2 do artigo 1973.º do Código Civil não acompanhar a petição, o tribunal solicita-o ao organismo de segurança social competente, que o deverá remeter no prazo

máximo de 15 dias, prorrogável por igual período, em caso devidamente justificado.

Artigo 47.º

Diligências subsequentes

1 – Junto o inquérito, o juiz, com a assistência do Ministério Público, ouve o adotante e as pessoas cujo consentimento a lei exija e ainda o não tenham prestado.

2 – Independentemente do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 1981.º do Código Civil, o adotando, tendo em atenção a sua idade e grau de maturidade, deverá ser ouvido pelo juiz.

3 – A audição das pessoas referidas nos números anteriores é feita separadamente e por forma a salvaguardar o segredo de identidade.

4 – O juiz deve esclarecer as pessoas de cujo consentimento a adoção depende sobre o significado e os efeitos do ato.

Artigo 48.º

Averiguação dos pressupostos da dispensa do consentimento

1 – A verificação da situação prevista no n.º 2 do artigo 1978.º, para os efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 1981.º, ambos do Código Civil, bem como a dispensa do consentimento nos termos do n.º 3 do artigo 1981.º do mesmo diploma, dependem da averiguação dos respetivos pressupostos pelo juiz, no próprio processo de adoção, officiosamente ou a requerimento do Ministério Público ou dos adotantes, ouvido o Ministério Público.

2 – Para efeitos do disposto no número ante-

rior, o juiz ordena as diligências necessárias e assegura o contraditório relativamente às pessoas cujo consentimento pode ser dispensado.

Artigo 49.º

Sentença

1 – Efectuadas as diligências requeridas e outras julgadas convenientes e ouvido o Ministério Público, será proferida sentença.

2 – A decisão que decretar a adoção restrita fixa o montante dos rendimentos dos bens do adotado que pode ser despendido com os seus alimentos, se for caso disso.

Artigo 50.º

Conversão

O disposto nos artigos anteriores é aplicável, com as necessárias adaptações, à conversão da adoção restrita em adoção plena.

Artigo 51.º

Revogação e revisão

1 – Nos incidentes de revogação ou de revisão, bem como no recurso extraordinário de revisão, a criança ou jovem é representado pelo Ministério Público.

2 – Apresentado o pedido nos incidentes de revogação ou de revisão da adoção, são citados os requeridos e o Ministério Público para contestar.

3 – Aos incidentes é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 2 do artigo 195.º e nos artigos 196.º a 198.º

Artigo 52.º

Caráter secreto

1 – O processo de adoção e os respetivos procedimentos preliminares, incluindo os de natureza administrativa, têm caráter secreto.

2 – Por motivos ponderosos e nas condições e com os limites a fixar na decisão, pode o tribunal, a requerimento de quem invoque interesse legítimo, ouvido o Ministério Público, se não for o requerente, autorizar a consulta dos processos referidos no número anterior e a extração de certidões; se não existir processo judicial, o requerimento deve ser dirigido ao tribunal competente em matéria de família e menores da área da sede do organismo de segurança social.

3 – A violação do segredo dos processos referidos no n.º 1 e a utilização de certidões para fim diverso do expressamente alegado constituem crime a que corresponde pena de prisão até 1 ano ou multa até 120 dias.

Artigo 53.º

Consulta e notificações no processo

No acesso aos autos e nas notificações a realizar no processo de adoção e nos respetivos procedimentos preliminares, incluindo os de natureza administrativa, deverá sempre ser preservado o segredo de identidade, nos termos previstos no artigo 1985.º do Código Civil.

Artigo 54.º

Caráter urgente

Os processos relativos ao consentimento prévio para adoção, à confiança judicial de menor e à adoção têm caráter urgente

Artigo 55.º**Averbamento**

Os requerimentos relativos ao consentimento prévio e à confiança judicial não dependem de distribuição, procedendo-se ao seu averbamento diário até às 12 horas.

Artigo 56.º**Prejudicialidade e suspensão**

1 – Os processos de averiguação oficiosa da maternidade ou paternidade não revestem carácter de prejudicialidade face ao processo de adoção e respetivos procedimentos preliminares, bem como face ao processo de promoção e proteção.

2 – A decisão de confiança judicial e a aplicação de medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção suspendem o processo de averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade e impede o estabelecimento da filiação.

Artigo 57.º**Apensação**

O processo de promoção e proteção é apensado ao de adoção quando naquele tenha sido aplicada a medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção, aplicando-se disposto nos artigos 173.º-B e 173.º-C.

Artigo 58.º**Intervenção dos organismos de segurança social**

As normas previstas nesta secção não prejudicam a aplicação das regras legais sobre a intervenção dos organismos de segurança social.

SECÇÃO II**Averiguação oficiosa de maternidade ou de paternidade****Artigo 59.º****Competência**

A averiguação oficiosa para investigação de maternidade ou paternidade é da competência do Ministério Público.

Artigo 60.º**Instrução**

1 – Podem ser realizadas quaisquer diligências probatórias, incluindo exames científicos.

2 – A realização e o conteúdo dos atos processuais são sumariamente documentados.

Artigo 61.º**Carácter secreto**

1 – O processo é secreto e será conduzido com respeito pela dignidade das pessoas.

2 – As pessoas podem ser assistidas por advogado nas diligências para que forem convocadas.

Artigo 62.º**Decisão**

1 – Finda a produção de prova, o Ministério Público profere despacho final, mandando arquivar o processo ou ordenando a sua remessa ao magistrado do Ministério Público junto do tribunal competente, a fim de ser proposta a ação de investigação ou de impugnação.

2 – O despacho de arquivamento é notificado aos interessados e comunicado à conservatória do registo civil.

3 – Quem nisso revelar interesse pode requerer a reapreciação hierárquica do despacho de arquivamento.

Artigo 63.º**Termo de perfilhação**

Quando a maternidade ou a paternidade sejam voluntariamente reconhecidas, é lavrado termo de perfilhação, na presença do Ministério Público.

SECÇÃO III**Tutela e Administração de bens****Artigo 64.º****Iniciativa para a ação**

1. Sempre que a criança ou jovem se encontre numa das situações previstas nos artigos anteriores, os pais, qualquer parente da criança, a pessoa a quem aquela esteja confiada, quem detenha a sua guarda de facto ou o Ministério Público podem

propor a instauração da tutela ou da administração de bens.

2. Qualquer entidade administrativa ou judicial, bem como os funcionários do registo civil, que no exercício do cargo tenham conhecimento de tais situações devem comunicar o facto ao Ministério Público junto do tribunal competente.

Artigo 65.º**Ação de remoção**

A remoção do tutor é decretada pelo tribunal, ouvido o conselho de família, a requerimento do Ministério Público, da criança ou jovem com capacidade natural para o ato, de qualquer parente da criança ou jovem, ou da pessoa a cuja guarda esta esteja confiada de facto ou de direito.

Pelo Observatório Permanente da Adoção,

Catarina Fernandes

Crónica Legislativa

BREVE EXPLICAÇÃO SOBRE UM ANTEPROJETO DE UM PROCESSO TUTELAR COMUM E DE PROCESSOS TUTELARES CÍVEIS

Catarina Fernandes

Membro do Centro de Direito da Família da FDUC

O grupo do Centro de Direito da Família propunha-se: a) analisar o atual desenho legal dos diferentes processos tutelares cíveis constantes da OTM, partindo das fragilidades que a prática judiciária tem evidenciado e atendendo às orientações mais recentes em matéria de direito da família e das crianças; b) analisar a coerência do atual desenho dos diferentes processos tutelares cíveis constantes da OTM com o desenho do processo de promoção dos direitos e de proteção de crianças e jovens em perigo, criado em 1999; c) analisar a disciplina dos processos tutelares cíveis à luz da Lei nº61/2008, de 31 de Outubro, que “alterou o regime jurídico do divórcio” e que veio introduzir profundas modificações no que respeita a diversos aspectos da regulação do exercício das responsabilidades parentais; d) rever o atual articulado da Organização Tutelar de Menores.

O anteprojeto que agora se apresenta consagra como princípios orientadores o interesse superior da criança, a privacidade, a prevalência de família, a co-responsabilização parental, a cooperação em matéria familiar, a audição obrigatória e a participação da criança, a obrigatoriedade da informação, a atualidade, proporcionalidade e eficiência processual.

O estatuto de sujeito processual da criança é claramente reconhecido, conferindo-se e regulando-se o direito desta a ser ouvida, bem como a participar no processo, a ser informada e a ser representada por advogado.

O anteprojeto estrutura-se em torno de um “Processo Tutelar Cível Comum”, complementado por “Processos Tutelares Cíveis Especiais”.

O Processo Tutelar Cível Comum encontra-se dividido numa fase conciliatória e numa fase contenciosa. A fase conciliatória privilegia a celeridade e a simplicidade, sem descuidar o direito de todos os intervenientes processuais à informação e ao contraditório, e visa a obtenção de acordo, subscrito por todos os intervenientes e homologado por decisão judicial, com a concordância do Ministério Público. Apenas quando se mostre inviável a obtenção duma solução consensual, segue-se a fase contenciosa, com intervenção de todos os interessados e orientada para a obtenção de uma decisão judicial que atenda ao superior interesse da criança. Atendendo às especificidades das matérias tutelares cíveis, continua a consagrar-se a possibilidade, em qualquer estado do processo, de existir mediação familiar e de serem proferidas decisões

139

provisórias e cautelares. Realça-se a importância da assessoria técnica, que permite uma abordagem multidisciplinar e abrangente dos problemas suscitados no âmbito da jurisdição de família e crianças.

Finalmente, prevêem-se os “Processos Tutelares Cíveis Especiais”, aplicáveis a alguns institutos com características particulares, como sejam a Adoção, a Averiguação Oficiosa da Paternidade e Maternidade e a Tutela.

O grupo procurou renovar e simplificar estes institutos, centrando-os no superior interesse das crianças e no respeito dos direitos e interesses de todos os intervenientes processuais.

APRECIACÃO CRÍTICA DO ANTEPROJECTO DE LEI DE PROCESSO DAS PROVIDÊNCIAS TUTELARES CÍVEIS

António José Fialho

Juiz de Direito

I - SUGESTÕES E ALTERAÇÕES

Artigo 1.º

Esta disposição normativa prevê o objecto do diploma como dizendo respeito à “regulamentação processual das providências tutelares cíveis prevista na lei”.

Parece-me que a expressão “regime processual” será mais adequada na medida em que terá um significado valorativo mais elevada face à expressão adoptada no anteprojecto.

Assim, sugere-se a seguinte redacção para este artigo:

«Artigo 1.º

Objecto

O presente diploma tem por objecto o regime processual das providências tutelares cíveis.»

Artigo 2.º

Prevê este artigo duas definições: a de criança ou jovem e a de guarda de facto.

No primeiro caso, refere que a criança ou jovem é a criança com menos de dezoito anos.

Parece-me adequado que este diploma procure introduzir o conceito de “criança” por contraposição ao conceito de “menor” pela carga valorativa desta expressão.

Contudo, ao longo do anteprojecto, verifica-se que não parece que esse objectivo seja seguido na medida em que algumas disposições continuam a referir a expressão “menor” (*e.g.* artigos 5.º, n.º 1, 6.º, n.ºs 1 e 2, 44.º, 51.º, n.º 1 e 54.º) existindo mesmo uma situação em que no mesmo artigo (44.º, n.º 3) se refere “menor” e “criança ou jovem”.

Por outro lado, parece-nos que a referência a criança ou jovem como sendo a pessoa com menos de 18 anos será inadequada já que este é o conceito de criança (artigo 1.º da Convenção dos Direitos da Criança) e, por outro lado, as providências tutelares cíveis a que se refere este projecto referem-se todas à titularidade e ao exercício das responsabilidades parentais que, como é sabido, apenas é exercida em relação aos filhos menores de idade, ou seja, com menos de 18 anos (artigos 122.º, 1877.º, 1878.º, n.º 1 e 1881.º, todos do Código Civil).

Acresce que esta definição é contraditória com a definição constante do artigo 5.º, alínea *a*) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo que estabelece a diferenciação entre a criança (de

acordo com o conceito estabelecido nos diversos instrumentos de direito internacional e nacional).

Assim, *eliminaría todas as referências ao conceito de “jovem” que são realizadas ao longo de todo o anteprojecto.*

No segundo caso, o conceito de guarda de facto é igual àquele que se encontra estabelecido na alínea b) do artigo 5.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, não correndo o risco de contradição de conceitos, o que se afigura positivo.

Contudo, talvez se afigurasse igualmente positivo procurar dar uma definição de responsabilidades parentais, de residência da criança ou mesmo procurando dar uma definição de novas modalidades de coparentalidade que este anteprojecto deveria acolher, designadamente a “residência alternada”.

O conceito de responsabilidades parentais que é acolhido é aquele que resulta da Recomendação n.º R (84) sobre as Responsabilidades Parentais adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 28 de Fevereiro de 1984 enquanto que o conceito de residência da criança corresponde, no essencial, ao que se encontra acolhido pela doutrina e pela jurisprudência nacional, bem como pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Em relação ao conceito de residência alternada, não se afirma que este modelo de coparentalidade deve ser adoptado pelos progenitores no âmbito de uma regulação do exercício das responsabilidades parentais mas reconhece-se a sua existência em termos sociais (no plano jurídico encontra-se já previsto no artigo 43.º do Estatuto do Aluno e Ética Escolar), dando-se as pistas consideradas essenciais para que esse modelo possa ser ponderado

e utilizando-se os critérios normalmente adoptados no âmbito da literatura internacional sobre o assunto.

Assim sugere-se a seguinte redacção para este artigo:

«Artigo 2.º

Definições

Para efeitos da presente lei, considera-se:

a) Criança - a pessoa com menos de 18 anos;

b) Responsabilidades parentais - conjunto de poderes e deveres destinados a assegurar o bem-estar moral e material do filho menor de idade, designadamente tomando conta da sua pessoa, mantendo relações pessoais com ele, assegurando a sua educação, o seu sustento, a sua representação legal e a administração dos seus bens;

c) Residência da criança - o local que, não sendo temporário nem ocasional, revelar uma determinada integração da criança num ambiente social e familiar, tendo-se em conta a duração, a regularidade, as condições e as razões da sua permanência, evidenciando um carácter estável que o permita considerar como o centro permanente ou habitual dos seus interesses;

d) Guarda de facto - a relação que se estabelece entre a criança e a pessoa que com ela vem assumindo, continuamente, as funções essenciais próprias de quem tem responsabilidades parentais;

e) Residência alternada - a divisão rotativa e tendencialmente simétrica dos tempos da criança com os seus pais após a separação ou o divórcio

com vista a possibilitar a produção de um quotidiano familiar e social com a criança durante os períodos em que se encontra com cada um deles.»

Artigo 4.º

Esta disposição normativa prevê que todos os incidentes das acções da competência dos tribunais de família e menores corram nos próprios autos em que tenha sido decretada a providência principal, com excepção da conversão, revogação e revisão da adopção e da prestação de contas, que correm por apenso.

Conforme decorre do conteúdo do próprio anteprojecto, são estabelecidas outras excepções a esta regra relativamente a processos que correm por apenso.

Esta medida, que parece visar a simplificação de procedimentos, pode revelar-se contraproducente já que a tramitação de um determinado incidente nos próprios autos do processo principal, pela sua complexidade pode revelar-se mais difícil de manusear.

Por outro lado, julgo que não devemos esquecer os estudos já realizados sobre a tramitação processual de processos cíveis que referem que, em média, o aumento de uma folha no corpo do processo corresponde a cerca de um dia de atraso na duração desse processo.

Assim sendo, *optaria pela regra da autuação dos incidentes por apenso.*

Artigo 5.º

Os n.ºs 1 e 2 prevêem a competência por conexão estabelecendo uma regra de apensação dos

processos de promoção e protecção, processo tutelar cível e processo tutelar educativo ao processo que tenha sido instaurado em primeiro lugar.

Trata-se de um instrumento importante de harmonização de decisões semelhante ao que já decorre do artigo 81.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, o qual deve merecer a mesma redacção com vista a que não ocorram dúvidas interpretativas.

Outra solução - que considero mais adequada - consistirá na sua eliminação por desnecessidade já que a mesma se encontra contemplada na disposição normativa referida, importando apenas estabelecer as regras que actualmente resultam do artigo 154.º da Organização Tutelar de Menores.

Assim, sugere-se a seguinte redacção para este artigo:

«Artigo 5.º

Competência por conexão

1 - Estando pendente acção de divórcio ou de separação judicial sem consentimento do outro cônjuge, as providências tutelares cíveis relativas à regulação do exercício das responsabilidades parentais, à prestação de alimentos e à limitação e inibição do exercício das responsabilidades parentais correm por apenso àquela acção.

2 - Quando a providência que segue a forma tutelar cível comum respeitar a mais do que uma criança, pode ser instaurado um único procedimento e, tendo sido instaurados processos distintos, pode proceder-se à apensação de todos eles ao que foi instaurado em primeiro lugar, se as relações familiares assim o justificarem.

3 - O disposto nos n.ºs 1 e 2 não se aplica às providências tutelares cíveis da competência das conservatórias do registo civil.

4 - A incompetência territorial não impede a observância do disposto nos n.ºs 1 e 2 do presente artigo.»

Artigo 6.º

Esta disposição refere as regras sobre competência territorial previstas no artigo 155.º da Organização Tutelar de Menores.

Julgo que se justificaria uma regra de competência territorial que preveja os casos em que a criança se encontra em residência alternada com cada um dos progenitores e estes residam em comarcas diferentes, estabelecendo-se a regra de que qualquer um dos tribunais será competente para apreciar e julgar a providência.

O n.º 5 merece alguma reflexão particularmente quando a criança se encontra a residir em país estrangeiro e ainda que o requerente ou o requerido estejam a residir em Portugal.

Com efeito, deve ser dada prevalência para apreciar e julgar questões relativas às responsabilidades parentais por parte de tribunais que se encontrem em melhores condições para apreciar a situação da criança.

Na verdade, embora o faça de forma excepcional, o artigo 15.º, n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 estabelece que os tribunais de um Estado Membro podem, se considerarem que um Estado Membro com o qual a criança tenha uma ligação particular, se encontra mais bem colocado para conhecer do processo ou de alguns dos seus

aspectos específicos, e se tal servir o superior interesse da criança.

Parece-me que o processo deve ser centrado na criança e, de igual modo, a competência para decidir quaisquer questões relacionadas com o exercício das responsabilidades parentais não deve ser excessivamente generosa, principalmente quando não exista qualquer factor de conexão entre o pedido formulado e a ordem jurídica portuguesa, devendo eliminar-se o n.º 5, restringindo-se a competência dos tribunais portugueses apenas aos casos em que a criança resida em território nacional.

Com efeito, os elementos de conexão da competência internacional devem ter por base uma ligação próxima e estável dos sujeitos intervenientes e com o objecto da acção com a ordem jurídica aplicável.

Neste caso, o elemento de conexão mais adequado será a residência habitual da criança, critério que releva especialmente de diversos instrumentos de direito internacional, apenas se admitindo excepções se o sistema do foro não aceitasse essa competência, passando então a ser considerados critérios subsidiários que deverão ser igualmente assentes em conexões de proximidade (a residência de qualquer um dos progenitores).

Julgo que se deve aproveitar a oportunidade para se abandonar o sistema extraordinariamente excessivo de competência internacional dos tribunais portugueses sem que exista qualquer conexão relevante com a causa de pedir e o objecto da providência, tal como tem sido evidenciado pela doutrina processualista mais recente.

Assim, sugere-se a seguinte redacção para este artigo:

«Artigo 6.º**Competência do tribunal**

1 Para decretar as providências previstas na presente lei, é competente o tribunal da área de residência da criança no momento em que o processo é instaurado.

2 - Sendo desconhecida a residência da criança, é competente o tribunal da residência dos titulares das responsabilidades parentais.

3 - Se os titulares das responsabilidades parentais tiverem residências diferentes, é competente o tribunal da residência daquele a quem a criança esteja confiada ou, no caso de exercício conjunto das responsabilidades parentais, com quem a criança estiver a residir.

4 - Estando estabelecida ou acordada a residência alternada da criança, é competente qualquer um dos tribunais da área de residência de qualquer um dos progenitores.

5 - Se alguma das providências disser respeito a duas ou mais crianças, filhos dos mesmos pais e residentes em comarcas diferentes, é competente o tribunal da residência do maior número deles; em igualdade de circunstâncias, é competente o tribunal em que a providência tiver sido requerida em primeiro lugar.

6 - Se, no momento da instauração do processo, a criança não residir no país e a competência internacional não seja aceite pelos tribunais da sua residência habitual, compete às Secções de Família da Comarca de Lisboa conhecer da causa desde que algum dos progenitores resida no território nacional.»

Artigo 9.º

O artigo 9.º estabelece que o processo tutelar cível comum é de jurisdição voluntária.

Conforme resulta do texto do anteprojecto, são estabelecidas duas formas processuais: o processo tutelar cível comum (Capítulo II) e os processos tutelares cíveis especiais (Capítulo III) que englobam a adopção (Secção I), a averiguação oficiosa de maternidade ou de paternidade (Secção II) e a tutela e administração de bens (Secção III).

Ao estabelecer que só os processos tutelares cíveis comuns são de processos de jurisdição voluntária, esta opção vai determinar que os demais processos tutelares especiais são processos de jurisdição contenciosa e, deste modo, não lhe são aplicáveis as regras previstas no Código de Processo Civil para os processos de jurisdição voluntária (artigos 292.º a 294.º e 986.º a 988.º deste Código).

Ora, por um lado, esta opção quebra dezenas de anos de tradição processual que considera todos os processos da jurisdição relacionadas com os direitos das crianças como processos de jurisdição voluntária e que é prosseguido desde o Código de Processo Civil de 1939 e mantida com a Organização Tutelar de Menores (artigo 150.º) e com a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (artigo 100.º).

Por outro lado, ao estabelecer que não são processos de jurisdição voluntária, esta opção determina que não lhes sejam aplicáveis as características destes processos, designadamente a prevalência do princípio inquisitório sobre o dispositivo por parte do juiz, a decisão segundo critérios de equidade

sobre critérios de legalidade estrita, a desnecessidade da intervenção de advogado, salvo em caso de recurso (o que nos processos de adopção, tutela ou de averiguação oficiosa só vai contribuir para o agravamento dos custos por parte dos interessados, tendo em conta o valor destas acções - artigos 303.º e 306.º, n.º 2 do Código de Processo Civil) e a insusceptibilidade de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça quando a decisão tenha sido proferida com base em critérios de oportunidade e de conveniência.

Assim, sugere-se a seguinte redacção para este artigo:

«Artigo 9.º

Natureza do processo

O processo tutelar cível é de jurisdição voluntária.»

Artigo 10.º

Este artigo estabelece que as providências tutelares cíveis são julgadas por juiz singular (artigo 152.º da Organização Tutelar de Menores) mas, no n.º 2, estabelece-se que, excepcionalmente, pode ser requerida a intervenção de juízes sociais pelo Ministério Público, pelos pais, representantes legais ou outras pessoas cujo interesse na causa seja entendido como relevante, nomeadamente quem detiver a guarda de facto.

A intervenção dos juízes sociais nos processos da jurisdição das crianças tem-se circunscrito, actualmente, aos processos de promoção e protecção quando haja lugar a debate judicial (artigo 115.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo), nos processos tutelares educativos quando esteja em causa a aplicação de medida de interna-

mento (artigo 30.º, n.º 2 da Lei Tutelar Educativa) e nos processos de apadrinhamento civil quando haja oposição à constituição do vínculo perante o tribunal e sejam apresentadas provas a apreciar em debate judicial (artigo 19.º, n.º 6 da Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro).

A ordem jurídica portuguesa tem sido generosa na intervenção dos juízes sociais, designadamente permitindo essa intervenção no julgamento das questões de facto e das questões de direito.

Contudo, em todas as demais intervenções são definidos critérios para que a mesma ocorra e, no caso vertente, esses critérios não são definidos, limitando-se a proposta a referir que a mesma ocorre excepcionalmente e a requerimento de um conjunto de intervenientes processuais (e numa situação com contornos de legitimidade também indeterminados) sem que se defina em que circunstâncias pode ser requerido que o julgamento seja realizado perante tribunal colectivo, composto pelo juiz do processo e pelos juízes sociais.

Admitindo as vantagens da intervenção dos juízes sociais na jurisdição da família e das crianças, a verdade é que esta não pode ser definida sem critérios seguros e objectivos ou, pelo menos, estabelecendo-se um conjunto de situações em que essa intervenção pode ser requerida.

Contudo, importa também ter presente que a intervenção dos juízes sociais nas questões da competência do tribunal de menores e com excepção do alargamento dessa competência ao apadrinhamento civil, tem sido restringida a situações em que a intervenção dos cidadãos na administração da justiça reveste maior acuidade e necessidade

de participação, designadamente nos casos em que esteja em causa a aplicação de medida de internamento em centro educativo a jovem autor de factos qualificados como crime ou a aplicação de medida de promoção e protecção sobre a qual não tenha sido possível uma solução consensual em conferência.

Deste modo, a intervenção dos juízes sociais nestes processos não apenas vai contra a tendência de singularização dos julgamentos cíveis (artigo 599.º do Código de Processo Civil) como também vai implicar um aumento dos encargos relacionados com o processo, contrariando até o princípio da eficiência processual que é enunciado no artigo 3.º do mesmo anteprojecto.

Assim, sugere-se a seguinte redacção para este artigo:

«Artigo 10.º

Composição do tribunal

As providências tutelares cíveis são julgadas por juiz singular.»

Artigo 12.º

Este artigo prevê a intervenção de advogado, adoptando solução diversa daquela que consta do artigo 151.º da Organização Tutelar de Menores e que decorre igualmente do artigo 986.º, n.º 4 do Código de Processo Civil quanto aos processos de jurisdição voluntária.

O patrocínio forense é considerado como elemento essencial à boa administração da justiça e tem subjacente o reconhecimento da função social dos advogados na administração da justiça, assegurando a representação jurídica das partes e a con-

dução técnico-jurídica do processo (artigo 208.º da Constituição da República Portuguesa).

É por isso que as normas da organização judiciária estabelecem que os advogados participam na administração da justiça, competindo-lhes, de forma exclusiva e com as excepções previstas na lei, exercer o patrocínio das partes (artigos 62.º do Estatuto da Ordem dos Advogados e na Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto, 6.º, n.º 1 da Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro, 7.º, n.º 1 da Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto, e 12.º, n.º 1 da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto).

O advogado é o profissional do foro cuja actividade se desdobra em “três vertentes: de apoio e informação jurídica, de instância de resolução amigável de conflitos e de mandatário processual das partes” (António Arnaut, *Iniciação à Advocacia*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pg. 35)¹.

Estabelecem as normas da organização judiciária que o patrocínio forense é exercido exclusivamente por advogados mas, ao mesmo tempo, admite a existência de excepções, correspondendo assim a uma opção expressa do legislador prever que, nalguns casos, a constituição por advogado não seja obrigatória, quer pelo valor económico dos conflitos, pela natureza dos interesses controvertidos ou pela inexistência de discussões de âmbito jurídico.

O anteprojecto parece adoptar a solução que resulta da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (artigo 103.º) e da Lei Tutelar Educativa (artigo 46.º).

¹ No século XIII, Jacopo Ruiz (tutor de Afonso X de Espanha) recomendava aos juízes que se as partes quisessem advogado para defender os seus direitos, lho deveriam dar, sobretudo aos pobres, aos órfãos e àqueles que não soubessem razeoar.

Embora nunca tenha sido criada a especialização de advogado na área da família e das crianças, sempre me pareceu extraordinariamente criticável que a nomeação de advogado tivesse que recair preferencialmente entre advogados com formação especializada mas, ao mesmo tempo, pudesse ser constituído mandatário advogado sem formação especializada e, mais grave ainda (porque é essa a prática judiciária), sem qualquer sensibilidade ou preparação para assumir a representação técnico-jurídica num processo que envolva o exercício das responsabilidades parentais, transformando-se num factor de litígio ao invés de ser de apoio e informação jurídica dos interessados e de instância de resolução amigável de conflitos.

Por uma questão de coerência com a natureza dos processos tutelares cíveis (processos de jurisdição voluntária), pela circunstância dessa representação, na situação específica dos adultos, constituir ónus e encargo exclusivo destes, bem como pelos encargos que essa solução poderá implicar para as próprias partes, para o Estado (através de uma pressão actualmente insuportável sobre a lei do apoio judiciário) e para a própria duração do processo, é minha opinião que não seja obrigatória a constituição de advogado ou nomeação de patrono aos pais no julgamento (n.º 3), aplicando-se as regras gerais emergentes da natureza destes processos (artigo 986.º, n.º 4 do Código de Processo Civil).

Em relação à questão da especialização dos advogados, recorde apenas que esta solução já decorre de leis aprovadas em 1999 e que entraram em vigor em 2001, sendo tempo de iniciar alterações profundas nesta questão, pressionando os órgãos legislativos e a própria Ordem dos Advogados a assumir a iniciativa para resolver este problema.

Assim, sugere-se a seguinte redacção para este artigo:

«Artigo 12.º

Patrocínio forense

1 - Os pais, os representantes legais ou quem tiver a guarda de facto² podem, em qualquer fase do processo, constituir advogado ou requerer a nomeação de patrono que os represente, a si ou à criança.

2 - O tribunal nomeia patrono à criança sempre que tal se mostre necessário à defesa dos seus interesses ou quando esta, dotada da maturidade adequada, o solicitar.

3 - A nomeação de patrono é efectuada nos termos da lei do acesso do direito.

4 - O patrocínio forense nos processos previstos no presente diploma apenas pode ser exercido por advogados com formação especializada.»

Artigo 14.º

Esta disposição normativa prevê o exercício do contraditório (mas também do direito à prova) ao longo de todo o processo, designadamente através do direito a requerer diligências, oferecer meios de prova, conhecer as informações, relatórios, exames e pareceres, podendo pedir esclarecimentos

² Algumas normas do anteprojecto referem a intervenção processual de “outras pessoas com interesse na causa”.

Este conceito de intervenção processual nos processos tutelares cíveis foi alargado em função da jurisprudência do Tribunal Constitucional e, deste modo, considera-se positiva essa referência.

Deste modo, a par da intervenção processual, estas pessoas devem também figurar em todas as disposições normativas que digam respeito à intervenção processual, designadamente quando esteja em causa a representação através de advogado ou no âmbito do patrocínio judiciário.

ou juntar outros elementos ou requerer a solicitação das informações que considerem necessárias.

Embora o juiz detenha o poder de investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes, apenas sendo admitidas as provas que aquele considere necessárias (artigo 986.º, n.º 2 do Código de Processo Civil), esse poder inquisitório é complementado pelo dever de fundamentação do pedido, que cabe às partes.

Esta solução já resulta do artigo 147.º-E da Organização Tutelar de Menores embora a única reserva que nos mereça a proposta é a falta de consagração da irrecorribilidade do despacho que indefira as diligências requeridas que considere inúteis, de realização impossível ou com intuito manifestamente dilatatório (n.º 3) e que resulta do actual n.º 2 do artigo 147.º-E da Organização Tutelar de Menores que, na minha opinião, se deve manter não apenas para garantir eficácia e eficiência ao desenrolar do processo mas também para conferir coerência aos poderes inquisitórios de que o juiz dispõe.

Por outro lado, não resulta desta irrecorribilidade qualquer prejuízo para as partes que poderão procurar esgrimir os seus argumentos no recurso da decisão final, procurando convencer a Relação de que as diligências requeridas poderiam não ser inúteis, de realização impossível ou com intuito manifestamente dilatatório.

Assim, sugere-se a seguinte redacção para este artigo:

«Artigo 14.º

Contraditório

1 - A criança, os seus pais, os representantes legais ou quem tiver a guarda de facto³ ou tiver interesse na causa têm o direito a requerer diligências e oferecer meios de prova.

2 - A criança, os seus pais, representante legal, quem tiver a guarda de facto ou tiver interesse na causa têm direito a conhecer as informações, relatórios, exames e pareceres constantes do processo, podendo pedir esclarecimentos, juntar outros elementos ou requerer a solicitação das informações que considerem necessárias.

3 - O juiz indefere, por despacho irrecorrível, as diligências requeridas que se mostrarem inúteis, de realização impossível ou com intuito manifestamente dilatatório.

4 - O contraditório é sempre assegurado em todas as fases do processo.»

Artigo 15.º

Este artigo consagra o carácter reservado do processo e, ao mesmo tempo, estabelece quais as pessoas que, pessoalmente ou através de advogado, têm direito ao processo.

A única observação é que o n.º 2 parece ser mais restritivo do que os demais artigos que confe-

³ Algumas normas do anteprojecto referem a intervenção processual de “outras pessoas com interesse na causa”.

Este conceito de intervenção processual nos processos tutelares cíveis foi alargado em função da jurisprudência do Tribunal Constitucional e, deste modo, considera-se positiva essa referência.

Deste modo, a par da intervenção processual, estas pessoas devem também figurar em todas as disposições normativas que digam respeito à intervenção processual, designadamente quando esteja em causa a representação através de advogado ou no âmbito do patrocínio judiciário.

rem direitos processuais na medida em que afirma que são outras pessoas cujo interesse na causa seja entendido como relevante quem detenha a guarda de facto da criança mas, ao mesmo tempo, confira o direito de conhecimento das informações relevantes para o exercício do contraditório, considerando mais adequado que o leque de pessoas com direitos processuais no âmbito destes processos seja constante ao longo de todo o anteprojecto de diploma.

Em relação ao n.º 3, enunciam-se as mesmas reservas quanto à previsão da expressão “jovem” por não se considerar adequada ao objecto deste diploma.

Artigo 19.º

Esta disposição normativa refere-se às decisões provisórias e cautelares (artigos 157.º da Organização Tutelar de Menores) contemplando duas situações inovadoras, sendo a primeira justificada pela tramitação processual estabelecida para o processo tutelar cível comum (n.º 2) e a segunda porventura justifica pela necessidade de adequação ao modelo provisório e cautelar da lei processual civil (artigo 373.º do Código de Processo Civil).

Vejamos a primeira situação.

O processo tutelar cível comum é constituído por duas fases: a fase conciliatória e a fase contenciosa (artigo 28.º, n.º 1).

A fase contenciosa inicia-se quando não tenha sido possível obter acordo ou quando este se mostre manifestamente improvável (esta solução decalcada do processo de promoção e protecção não me parece adequada) (artigo 31.º, n.º 1).

Neste caso, salvo casos excepcionais devidamente fundamentados, o juiz deve fixar um regime provisório relativamente a matérias que devam ser apreciadas a final (n.º 2 do artigo 19.º).

Ora, nesta fase, o juiz normalmente apenas disporá das informações recolhidas na conferência (artigo 29.º) e só em circunstâncias excepcionais é que poderá dispor de outras informações (recolhidas oficiosamente ou apresentadas pelas partes), o que poderá tornar a fixação do regime provisório extraordinariamente difícil.

Reconhecem-se as vantagens de fixação de um regime provisório mas, ao mesmo tempo, importa recordar que a sua fixação terá que ser realizada mediante despacho fundamentado (neste sentido, entre outros, Ac. RP de 16/11/2010; Ac. RL de 25/10/2012; Ac. RL de 15/01/2013, todos disponíveis na base de dados).

Dito de outra forma, a fixação de um regime provisório configura-se uma solução que pode favorecer a obtenção de acordo quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais, bem como ajuizar da utilidade e adequabilidade do regime a estabelecer e sua exequibilidade (nesse sentido, Tomé d’Almeida Ramião, Organização Tutelar de Menores Anotada, 10.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2012, pgs. 59 e 118) mas, ao mesmo tempo, pressupõe a fundamentação dessa decisão enquanto expressão da legitimidade de exercício jurisdicional imposta pelos artigos 205.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa e 154.º do Código de Processo Civil, que a impõem na apreciação de todos os pedidos controvertidos e dúvidas suscitadas.

Esta fundamentação deve incidir sobre a explicitação dos motivos que levaram o julgador a dirimir a controvérsia ou dúvidas no sentido em que o fez, devendo ser a necessária à explicitação das razões da decisão enquanto opção e a suficiente a que essas razões resultem patentes para os intervenientes processuais e para a sociedade (Ac. RL de 25/10/2012).

Sem um conteúdo fáctico minimamente aceitável, parece-me que os casos excepcionais devidamente fundamentados se tornarão a regra e não a excepção na medida em que o juiz não quererá arriscar uma revogação da sua decisão por falta de fundamentação.

Contudo, esta situação encontra-se acautelada pela previsão estabelecida no n.º 3 em que estabelece que o juiz deve proceder às averiguações sumárias que tenha por convenientes (num claro sinal de reforço dos poderes inquisitórios do juiz).

Em relação ao segundo caso, afigura-se que a solução prevista para a caducidade ou ineficácia das providências decretadas a título preliminar deverão ter em conta a figura processual de inversão do contencioso que não me parece de todo adequada às providências tutelares cíveis.

Artigo 21.º

Esta disposição normativa trata de um conjunto de elementos probatórios essenciais e importantes no âmbito das providências tutelares cíveis: as informações e relatórios que se encontram previstas na assessoria pré-sentencial que é garantida pelos serviços da segurança social.

Compete à segurança social “assegurar, nos termos da lei, assessoria técnica aos tribunais em matéria de promoção e protecção de crianças e jovens

em perigo e tutelar cível” (artigo 3.º, alínea p), do Decreto-Lei n.º 214/2007, de 29 de Maio).

O desenvolvimento das acções necessárias ao exercício das competências legais em matéria de assessoria técnica aos tribunais nos processos tutelares cíveis, compete aos Centros Distritais do Instituto da Segurança Social I.P..

O n.º 3 do artigo 147.º-B da Organização Tutelar de Menores dispõe que só há lugar a inquérito nos processos e nos casos expressamente previstos no capítulo seguinte, quando a sua realização se revelar indispensável, nomeadamente se forem insuficientes as informações de que disponham as entidades públicas e privadas e que lhes forem solicitadas, nomeadamente face às deficientes informações que sejam prestadas pelas entidades públicas ou privadas.

Em suma, se forem fornecidas ao processo informações consideradas suficientes para fundamentar a decisão, não é legítima a solicitação do inquérito, solução que é justificada em função do princípio da eficiência processual e de uma criteriosa utilização de recursos.

O anteprojecto distingue dois prazos diferentes para as informações (dez dias - n.º 2) e os inquéritos ou relatórios sociais (trinta dias - n.º 3), à semelhança de idêntica distinção que resulta da Lei Tutelar Educativa (artigo 71.º) e para a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (artigo 108.º), solução que parece adequada em face dos princípios acima enunciados e dos objectivos que se visam prosseguir.

O grande desafio será o cumprimento dos prazos estabelecidos.

Artigo 22.º

Esta disposição normativa trata da assessoria técnica actualmente prevista no artigo 147.º-C da Organização Tutelar de Menores (assessoria técnica complementar) e que, em bom rigor, nunca terá sido devidamente aproveitada ou explorada, não obstante ser considerada essencial e necessária.

As únicas reservas que coloco radicam apenas no investimento que esta solução deveria justificar, não apenas em termos de solução legislativa, procurando criar aqui um verdadeiro “estatuto da assessoria técnica aos tribunais de família e das crianças”, mas também em termos de não se limitar a reproduzir a solução normativa em vigor e, desta forma, vir a padecer da mesma ineficácia ou não aplicação em boa parte dos tribunais portugueses.

Em suma, julgo que será uma norma que justificará uma melhor reflexão e desenvolvimento, designadamente procurando aproveitar as soluções positivas que nos chegam dos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Artigo 23.º

Esta disposição normativa combina o artigo 147.º-D da Organização Tutelar de Menores (n.ºs 1 e 2) com a solução estabelecida no artigo 1774.º do Código Civil (a propósito do divórcio), embora melhorada na medida em que se refere ao início do processo ou incidente e não ao período “antes do processo”.

Justificam-se aqui as mesmas reservas colocadas a propósito da assessoria técnica, neste caso quanto ao incipiente investimento na adopção de medidas que incentivem o recurso à mediação familiar⁴.

⁴ Uma discussão interessante sobre as vantagens da pré-mediação obrigatória no Brasil pode ser consultada no seguinte link

Salvo o devido respeito, julgo que deve ser igualmente aproveitada a oportunidade de apresentação de uma proposta legislativa para estabelecer regras que incentivem o recurso a esse instrumento de resolução alternativa de litígios, designadamente através de incentivos tributários (propondo as devidas alterações no Regulamento das Custas Processuais) ou mesmo conferindo vantagens processuais quando os interessados tenham recorrido ou aceitem recorrer à mediação (veja-se o exemplo do artigo 9.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho, que aprovou o Regime Processual Civil Experimental, conferindo carácter urgente ao processo em que as partes tenham tomado a iniciativa de apresentar uma petição inicial conjunta).

Em suma, tal como nas assessorias, julgo que será uma norma que também justificará uma melhor reflexão e desenvolvimento de forma a procurar conferir-lhe eficácia, justificando também a análise de ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Artigo 24.º

Esta disposição normativa estabelece que cabe recurso das decisões que, definitiva ou provisoriamente, se pronunciem sobre a aplicação, alteração ou cessação das medidas tutelares cíveis, cabendo a legitimidade para o efeito ao Ministério Público e aos interessados na causa.

Tal como referido a propósito de outras disposições normativas, adopta-se a solução estabelecida para a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (artigo 123.º) embora quanto à legitimidade, a mesma não se tenha restringido ao leque de intervenientes processuais previstos nesta lei.

- <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/08/28/debatedores-defendem-mediacao-pre-processual-obrigatoria-antes-de-acoes-judiciais> (consultado em 03/03/2014).

Artigo 25.º

Prevê esta disposição normativa que o prazo de recurso seja de 15 dias, reduzindo assim o prazo geral para os recursos em matéria cível que é atualmente de 30 dias, o que me parece claramente positivo, bem como a atribuição de efeito meramente devolutivo.

Artigo 26.º

Esta disposição normativa refere-se ao direito subsidiário estabelecendo que ao processo tutelar cível comum são aplicáveis subsidiariamente, na fase contenciosa e de recursos, nas normas relativas ao processo civil de declaração sob a forma sumária.

Esta solução deve ser compaginada com as atuais alterações ao Código de Processo Civil (Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho) as quais vieram estabelecer uma forma única de processo de declaração, abolindo o processo ordinário, sumário e sumaríssimo (artigo 548.º do Código de Processo Civil).

Importa apenas chamar a atenção que algumas disposições normativas aplicáveis ao processo comum de declaração poderão não ser adequadas à fase contenciosa, designadamente as regras sobre a gestão inicial do processo e audiência prévia e a fixação dos temas da prova, entre outros.

Artigo 27.º

Apenas para chamar a atenção que esta disposição começa pela expressão “sem prejuízo das disposições seguintes” para referir que a iniciativa processual cabe ao Ministério Público, aos pais e ao representante legal da criança “ou jovem” (a eliminar) para procurar acautelar a situação específica do n.º 2 (inibição e limitação).

Parece que, desta forma, não se trata de disposições seguintes que consagram a exceção ao regime geral da iniciativa processual mas apenas de uma única disposição (n.º 2).

Artigo 28.º

Esta disposição normativa prevê as duas fases do processo tutelar cível comum:

- a fase conciliatória - artigos 29.º e 30.º; e
- a fase contenciosa - artigos 31.º a 37.º.

Estabelece ainda quais os requisitos para que o processo prossiga imediatamente para a fase contenciosa (que constitui a regra quando seja requerida a inibição do exercício das responsabilidades parentais) e a possibilidade de ser convocada conferência em qualquer fase do processo.

Em primeiro lugar, embora se compreendam as razões de simplificação processual e de desnecessidade de estabelecer formas processuais distintas para as diversas questões que são discutidas no âmbito do exercício das responsabilidades parentais, a verdade é que esta solução poderá ter efeitos perversos quando se colocar a necessidade de avaliação e estudo futuro dos processos desta natureza.

Com esta solução, passarão a ser classificados como processos tutelares cíveis comuns os seguintes processos:

- a) Processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais (incluindo a simples homologação - artigo 174.º da Organização Tutelar de Menores);

b) Processos de alteração do exercício das responsabilidades parentais;

c) Processos relativos ao incumprimento do exercício das responsabilidades parentais;

d) Processos relativos à limitação do exercício das responsabilidades parentais;

e) Processos de inibição do exercício das responsabilidades parentais;

f) Processos relativos à atribuição de alimentos a filhos menores;

g) Processos tutelares comuns destinados a garantir os direitos de contacto com ascendentes ou irmãos;

h) Processos de entrega judicial de menor;

i) Processos para resolução de questão de particular importância.

Com a adopção de uma tramitação única para todos estes processos, ocorrem vantagens evidentes em termos de simplificação mas, ao mesmo tempo, no futuro, poderemos vir a ter problemas de avaliação e estudo destas situações se não forem devidamente acauteladas em termos de análise estatística ponderada.

Com esta solução, daqui a dez anos, como poderemos saber quantos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais temos? Ou quantos pedidos de alteração foram formulados baseados em circunstâncias supervenientes? Ou quantas questões de particular importância foram colocadas ao tribunal para resolução?

Estes são apenas alguns dos aspectos que julgo que deverão ser acautelados em termos de análise e estudo da realidade processual até para que se disponham de ferramentas adequadas para adoptar políticas legislativas seguras e coerentes com as necessidades dos cidadãos.

Merece-nos também alguma reserva a solução do juiz considerar manifestamente improvável a obtenção de acordo apenas com a apreciação do requerimento inicial apresentado pelo Ministério Público, pelos pais, representante legal da criança ou, no caso de limitação do exercício das responsabilidades parentais, qualquer parente da criança, pessoa a cuja guarda esteja confiada ou quem detinha a guarda de facto (artigo 27.º).

Casos haverá em que essa circunstância seja facilmente apreendida pelo juiz mas, ainda assim, a prática judiciária tem demonstrado que a convocação de uma conferência com vista à obtenção de acordo produz resultados positivos.

O conceito de “manifesta improbabilidade de obtenção de uma solução consensual” (importado do artigo 110.º, alínea c), da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo) tem contornos de apreciação diversa já que no âmbito da promoção e protecção, o juiz teve uma fase de instrução em que, obrigatoriamente, terão sido ouvidos os interessados e, sendo caso disso, a própria criança e realizadas diligências probatórias (informação e relatório social), situação muito diversa daquela que se encontra plasmada neste artigo 28.º.

Deste modo, se o prosseguimento para a fase contenciosa se restringe aos casos de inibição do exercício das responsabilidades parentais, parece-nos que o prosseguimento para a fase contenciosa sem que se mostre observado o contraditório (tal

como ocorre actualmente na providência tutelar cível de inibição) a necessidade de intervenção liminar do juiz apenas se mostra necessária em face da prévia apreciação da natureza do pedido.

Parece-nos radicarem aqui motivos para que se mantenha o actual figurino do processo de inibição do exercício das responsabilidades parentais o qual assume uma natureza claramente contenciosa e que, por via disso, não pode dispensar as regras gerais de regularização da instância, com a citação da(s) pessoa(s) que ocupam o lado passivo na relação controvertida e a possibilidade destas poderem contradizer o pedido.

Por outro lado, *parece-nos que a concordância gramatical do n.º 3 (que passaria a ser o n.º 2) deve ser diversa daquela que se encontra na proposta.*

Assim, sugere-se a seguinte redacção para este artigo (autonomizando a fase inicial do processo tutelar cível de inibição por forma a permitir a citação dos requeridos):

«Artigo 28.º

Fases do processo

1 - O processo tutelar cível comum é constituído pelas fases conciliatória e contenciosa.

2 - Em qualquer fase do processo, o juiz pode convocar uma conferência com vista à obtenção de acordo sobre o objecto da causa.»

Artigo 30.º

Esta norma prevê que, caso os interessados cheguem a acordo que corresponda aos interesses da criança “ou jovem” e não houver oposição do Ministério Público, o juiz fará constar da acta o

acordo, que é subscrito por todos, e homologa-o por decisão judicial,

Esta solução justifica três reservas:

a) A referência ao jovem pelas razões anteriormente enunciadas;

b) A inexistência de oposição por parte do Ministério Público;

c) A necessidade de subscrição do acordo por todos.

Em relação à inexistência de oposição do Ministério Público, esta solução não corresponde à tradição jurídica portuguesa, embora se considere importante a posição assumida por este, em representação dos interesses da criança.

Contudo, o critério que o juiz deve seguir é o critério do superior interesse da criança o qual não deve ficar refém ou dependente do mesmo entendimento do Ministério Público quanto ao assunto.

Importa também recordar que, em Espanha, o artigo 92.º, n.º 8 do Código Civil estabelecia a necessidade de “informe favorable do Ministerio Publico” nos processos relativos ao exercício das responsabilidades parentais, tendo o inciso “favorable” sido declarado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional (Ac. TCE n.º 185/2012 de 17/10/2012)⁵.

Em relação à necessidade de subscrição do

⁵ A decisão do Tribunal Constitucional está publicada no Boletim Oficial do Estado disponível no seguinte link - <http://www.boe.es/boe/dias/2012/11/14/pdfs/BOE-A-2012-14060.pdf> (consultado em 02/03/2014).

acordo por todos, recorde apenas que esta é a solução prevista na conferência com vista ao acordo de promoção e protecção mas que este, normalmente, resulta de um projecto apresentado pela segurança social ou pelo Ministério Público, sendo as eventuais alterações introduzidas na própria conferência com um âmbito muito reduzido.

Em relação a acordos relativos ao exercício das responsabilidades parentais, suas vicissitudes (alterações ou incumprimentos), limitações, etc., esta solução pode reduzir a capacidade de resposta dos tribunais perante a realização das diligências na medida em que ter-se-á que esperar que o funcionário judicial que participa na conferência elabore o acordo, este seja revisto pelo juiz e possa depois ser revisto também pelos interessados, que o irão subscrever, aumentando o tempo de duração das diligências.

Assim sendo, propõe-se a seguinte redacção para este artigo:

«Artigo 30.º

Acordo

Se, na conferência, os interessados chegarem a acordo que corresponda aos interesses da criança, ouvido o Ministério Público, o juiz fará constar da acta o acordo e homologa-o por decisão judicial.»

Artigo 31.º

Em relação a este artigo, remeto para os argumentos enunciados a propósito do artigo 28.º sobre a manifesta improbabilidade do acordo.

Artigo 32.º

Em relação a este artigo, a única reserva colocada tem que ver com a necessidade de nomeação de patrono aos interessados que não tenham constituído advogado e com base nos argumentos já referidos a propósito do artigo 12.º

Artigo 33.º

Com base nos mesmos argumentos, considera-se desnecessária a referência final no n.º 3 deste artigo (ao remeter para o n.º 3 do artigo 12.º).

Artigo 34.º

Esta disposição normativa estabelece que, para a formação da convicção do tribunal e para a fundamentação da decisão, valem apenas as provas produzidas ou examinadas em audiência de julgamento.

É uma formulação semelhante àquela que se encontra estabelecida nos artigos 105.º, n.º 1 da Lei Tutelar Educativa e 117.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (em obediência ao princípio do contraditório), solução que se afigura adequada e de aplaudir.

Artigo 35.º

Prevê a documentação dos actos da audiência estabelecendo que a audiência de discussão e julgamento é gravada sempre que alguma das partes o requeira, por não prescindir da documentação da prova nela produzida, e quando o tribunal oficiosamente determinar a gravação.

Esta solução afasta-se do Código de Processo Civil (artigo 155.º) e também do artigo 158.º da Organização Tutelar de Menores que estabelecia

que as declarações e depoimentos não eram reduzidos a escritos e, conseqüentemente, não eram gravados.

A adoptar-se a solução de documentação dos actos da audiência de julgamento, parece que deve ser seguida a solução prevista no Código de Processo Civil por forma a evitar desconformidades e incoerência de regimes processuais.

Assim sendo, propõe-se a seguinte redacção para este artigo:

«Artigo 35.º

Gravação da audiência de julgamento

A audiência de discussão e julgamento é gravada nos termos previstos na lei processual civil.»

Artigo 37.º

Esta disposição normativa estabelece o conteúdo da decisão, afastando-se do modelo previsto no artigo 180.º da Organização Tutelar de Menores na medida em que a proposta diz respeito ao processo tutelar cível comum.

Contudo, existem previsões no artigo 180.º da Organização Tutelar de Menores cuja importância e manutenção são particularmente importantes, designadamente o n.º 2 quanto à previsão de contactos pessoais, salvo quando o superior interesse da criança o desaconselhe.

Artigo 39.º

Pelas razões apontadas a propósito do artigo 1.º, eliminaria a referência a jovem que, ainda por cima, quando respeita ao instituto da adopção, cuja possibilidade se encontra temporalmente limitada pelos quinze anos de idade, torna ainda mais incompreensível esta solução.

Artigo 41.º

O n.º 2 deve ser adaptado à redacção actual do Código de Processo Civil (artigo 225.º, n.º 2, alínea *b*), do Código de Processo Civil).

Artigo 43.º

Em relação a esta disposição normativa, a única ressalva que aponto é a de que se não seria mais adequado substituir a expressão “guarda provisória” por “confiança provisória”.

Artigo 44.º

Repetindo as referências relativas à expressão “criança ou jovem”, apenas chamo a atenção para que neste artigo se continua a utilizar a expressão “menor” e, ainda por cima, conjuntamente com a expressão “criança ou jovem” (n.º 3).

Artigo 51.º

No n.º 1 mantém-se a expressão “menor”.

Artigo 54.º

Mantém-se a expressão “menor”.

Artigo 55.º

Apenas a reflexão se, face ao disposto no artigo 208.º do Código de Processo Civil e às novas regras de distribuição que estabelecem que esta é feita diariamente, se valerá a pena manter uma norma que se justificava em face da periodicidade da distribuição que era apenas realizada duas vezes por semana.

Artigo 56.º

Na epígrafe deste artigo, é colocada a dúvida se diz respeito à prejudicialidade dos processos mas também à suspensão pois, efectivamente, os dois números dizem respeito a estas duas realidades.

Julgo que a epígrafe deve respeitar o conteúdo do artigo e, desta forma, conter as duas situações.

Artigo 57.º

Apenas a correcção da referência aos artigos 52.º e 53.º (e não aos artigos 173.º-B e 173.º-C da Organização Tutelar de Menores).

Artigo 59.º

Esta disposição normativa prevê que os processos de averiguação oficiosa de maternidade e de paternidade passem a ser da competência do Ministério Público.

Contudo, importa ter presente que a Lei da Organização do Sistema Judiciário confere esta competência às secções de família e menores das futuras comarcas (artigo 123.º, n.º 1. alínea *l*) da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto), constituindo matéria exclusivamente jurisdicional.

Esta é a solução que resulta igualmente dos artigos 1808.º e 1810.º do Código Civil (averiguação oficiosa da maternidade) e artigos 1864.º a 1867.º do mesmo Código (averiguação oficiosa da paternidade), devendo ser adequadas as referências ao tribunal que são realizadas nestas disposições normativas caso se pretenda que passe a ser o Ministério Público a entidade competente para tramitar esses processos.

Pessoalmente, não vejo nenhuma objecção a esta solução de desjudicialização destes processos de averiguação oficiosa, justificando-se apenas uma reflexão relativamente à eventualidade de poder ser necessária a prática de actos processuais da competência exclusiva de um juiz (emissão de mandados, realização coerciva de exames, etc).

Artigo 64.º

Prevê esta disposição normativa que “sempre que o «menor» se encontre numa das situações previstas nos artigos anteriores”.

Esta redacção corresponde à actual redacção do artigo 1923.º do Código Civil mas a inserção sistemática justifica esta referência que, no caso do anteprojecto, deve ser alterada, porventura com referência aos artigos 1921.º e 1922.º do Código Civil.

Artigo 65.º

Mantém-se a referência a “menor”.

II - OMISSÕES

O anteprojecto omite algumas soluções actualmente contempladas na Organização Tutelar de Menores e deixa de fora alguns instrumentos processuais que, na minha opinião, deverão ser objecto de previsão normativa.

1.º - Não são estabelecidas regras para a homologação de acordos celebrados no âmbito da mediação familiar preliminar ou por iniciativa dos próprios interessados (artigo 174.º da Organização Tutelar de Menores) podendo aproveitar-se a oportunidade para conferir vantagens quanto ao recurso a este modo processual, designadamente estabelecendo mecanismos de compensação dos custos tidos com a mediação no pagamento das custas processuais (por exemplo), conferindo natureza urgente a estes procedimentos, etc.

2.º - Não são estabelecidas regras sobre a alteração das medidas tutelares cíveis o que implica que as mesmas irão ficar dependentes das regras gerais aplicáveis aos processos de jurisdição voluntária, ou seja, limitadas à verificação de circunstâncias supervenientes que justifiquem essa alteração.

Não me parece uma boa solução porque existirão casos em que não se verificam circunstâncias supervenientes que justifiquem uma alteração mas em que o incumprimento poderá constituir causa de pedir para essa alteração (artigo 182.º, n.º 2 da Organização Tutelar de Menores).

De igual modo, a norma sobre competência territorial, não acautela as situações em que a

criança tenha mudado de residência entretanto e seja instaurado novo incidente ou novo apenso.

3.º - Não são estabelecidas regras sobre o incumprimento/execução das medidas tutelares cíveis, quer na vertente dos contactos pessoais, quer na vertente da obrigação alimentícia.

Esta omissão determina que, por exemplo, tratando-se de decisão judicial ou equiparada, deva ser executada nos termos gerais do processo civil, ou seja, através da respectiva acção executiva.

Ora, é manifestamente evidente que a acção executiva, em qualquer uma das suas formas (execução para prestação de facto ou execução especial de alimentos) não será a forma mais eficaz e eficiente de execução de medidas tutelares cíveis relativas ao exercício das responsabilidades parentais.

Por outro lado, o verdadeiro “calcanhar de Aquiles” deste tipo de processos consiste justamente na execução do regime de contactos pessoais já que, quanto à execução da obrigação alimentícia, sendo possível a dedução de descontos para cobrança coerciva daquela obrigação sobre rendimentos regulares auferidos pelo obrigado (remunerações, salários, gratificações, pensões e outras semelhantes), o mecanismo previsto no artigo 189.º da Organização Tutelar de Menores tem-se relevado eficaz e expedito para garantir a obrigação de alimentos.

Vejamos esta situação em concreto.

Estando o progenitor não residente obrigado ao pagamento de uma prestação mensal de alimentos a favor do filho menor, o incidente de incum-

primento da regulação do exercício das responsabilidades parentais, apenas na vertente da obrigação de alimentos, segue uma tramitação específica, em procedimento pré-executivo, utilizado logo que se verifique um incumprimento ou atraso no pagamento da prestação alimentícia e desde que o obrigado aufera rendimentos provenientes do trabalho ou de pensão e que estes lhe sejam disponibilizados regularmente (artigo 189.º da Organização Tutelar de Menores).

Deste modo, se a pessoa obrigada a prestar alimentos não satisfizer as quantias em dívida dentro de dez dias depois do vencimento, observar-se-á o seguinte:

a) Se for funcionário público, ser-lhe-ão deduzidas as respectivas quantias no vencimento, sob requisição do tribunal dirigida à entidade competente;

b) Se for empregado ou assalariado, ser-lhe-ão deduzidas tais quantias no ordenado ou salário, sendo para o efeito notificada a respectiva entidade patronal, que ficará na situação de fiel depositária;

c) Se for pessoa que receba rendas, pensões, subsídios, comissões, percentagens, emolumentos, gratificações, participações ou rendimentos semelhantes, a dedução será feita nessas prestações quando tiverem de ser pagas ou creditadas, fazendo-se para tal as requisições ou notificações necessárias e ficando os notificados na situação de fiéis depositários.

As quantias deduzidas abrangerão também os alimentos que se forem vencendo e serão directamente entregues a quem deva recebê-las (artigo 189.º, n.º 2 da Organização Tutelar de Menores).

Este procedimento não tem que ser precedido por notificação ao requerido para dizer o que tiver por conveniente nem por inquérito sumário, sendo este notificado do despacho que haja ordenado os descontos no seu vencimento após estes se terem iniciado (neste sentido, Ac. RL de 09/02/1988 *in* CJ, I, pg. 127; em sentido contrário, Ac. RL de 01/03/2012) e impede ou torna injustificado o uso, desde logo, da respectiva acção executiva especial de alimentos (artigo 933.º do Código de Processo Civil) por ser mais célere e garantir mais facilmente os interesses da criança.

A cobrança coerciva de alimentos é uma fase pré-executiva e não uma acção executiva pelo que não admite oposição à execução (artigos 728.º a 732.º do Código de Processo Civil) (Ac. RE de 02/07/1981 *in* CJ, IV, pg. 266).

Contudo, caso o progenitor obrigado pretenda demonstrar não estarem verificados os pressupostos do artigo 189.º da Organização Tutelar de Menores, deverá, no prazo de dez dias após a notificação que lhe foi feita do despacho que ordenou os descontos, comprovar que não ocorreu qualquer atraso no incumprimento da obrigação alimentícia e, desta forma, fazer cessar os descontos, com a consequente responsabilização processual do progenitor requerente.

As quantias descontadas deverão ser directamente entregues a quem deva recebê-las, sendo este o procedimento ideal para obter pagamentos regulares dos pais que trabalham por conta de outrem e têm rendimentos certos ou que auferam pensões ou subsídios de natureza regular.

Na prática judiciária, este incidente é normal-

mente deduzido pelo progenitor residente ou pela pessoa a quem a criança se encontra confiada, invocando a falta de pagamento da pensão de alimentos a favor do menor, indicando (se conhecida) a entidade patronal do requerido e número de identificação bancária (NIB) onde pretende que sejam depositados os descontos que sejam efectuados sobre os vencimentos, remunerações ou pensões, sendo conveniente juntar ainda, se for caso disso, certidão do acordo ou da decisão de regulação das responsabilidades parentais e de nascimento da criança.

Caso o requerente alegue desconhecer a entidade patronal do requerido ou não a indique, o tribunal procede às diligências necessárias para obter essa informação, designadamente através da consulta às bases de dados da segurança social (actualmente disponível em plataforma on-line) ou por solicitação à Caixa Geral de Aposentações (se o requerido for funcionário ou agente do Estado) que deverá indicar a entidade processadora de vencimentos (caso se encontre no activo) ou à autoridade policial territorialmente competente (no sentido de averiguar se o requerido exerce actividade profissional remunerada e por conta de que entidade).

Iniciados os descontos, não são legalmente admitidas deduções ao montante dos alimentos emergentes da efectivação dos descontos (*e.g.* comissões bancárias ou postais) as quais serão a cargo do devedor.

Caso o devedor, durante o processo de incumprimento, proceda ao pagamento voluntário das quantias em dívida, nem assim fica isento da aplicação do sistema de dedução automática nos rendimentos, quanto às prestações que se forem vencen-

do posteriormente.

Notificada a entidade processadora dos vencimentos, remunerações, pensões ou subsídios, se esta não contestar essa obrigação e não a cumprir, torna-se fiel depositária das quantias em dívida e daquelas que se forem vencendo (artigo 777.º, n.º 3 do Código de Processo Civil).

Assim, caso a entidade patronal não cumpra a obrigação, pode o progenitor residente, a pessoa com quem resida a criança ou o Ministério Público (em representação dos interesses da criança) exigir o pagamento da prestação na competente acção executiva comum, servindo de título executivo a declaração de reconhecimento do devedor, a notificação efectuada e a inexistência de declaração por parte da entidade patronal.

Assim, sugere-se a introdução das disposições normativas que mantenham, no essencial, os objectivos deste regime de cobrança coerciva, acautelando a sua eficácia e simplificação processual, bem como o regime de execução na vertente dos contactos pessoais (indexando o valor da multa ao valor da unidade de conta permitindo assim a sua actualização).

Artigo I.º

Incumprimento da obrigação de alimentos

1 - Quando a pessoa obrigada a prestar alimentos não satisfizer as quantias em dívidas nos dez dias posteriores ao vencimento da obrigação, observar-se-á o seguinte:

a) Se for trabalhador ou agente do Estado, ser-lhe-ão deduzidas as respectivas quantias no vencimento, mediante notificação remetida à entidade competente;

b) Se for empregado ou assalariado, ser-lhe-ão deduzidas na remuneração auferida, sendo para o efeito notificada a respectiva entidade patronal, que ficará na situação de fiel depositária;

c) Se for pessoa que receba rendas, pensões, subsídios, comissões, percentagens, emolumentos, gratificações, participações ou rendimentos semelhantes, a dedução será feita nessas prestações quando tiverem que ser pagas ou creditadas, efectuando-se as notificações necessárias e ficando os notificados na situação de fiéis depositários.

2 - As quantias deduzidas abrangerão também os alimentos que se forem vencendo e serão directamente entregues a quem deva recebê-las.

Artigo II.º

Incumprimento

1 - Se algum dos pais da criança não cumprir o que tiver sido acordado ou decidido, pode o outro requerer ao tribunal as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do inadimplente em multa até trinta unidades de conta e em indemnização a favor da criança ou do requerente ou de ambos.

2 - Não havendo razões para recusar o requerimento, o juiz convocará os pais para uma conferência ou mandará notificar o requerido para, no prazo de dez dias, alegar o que tenha por conveniente.

3 - Na conferência, os pais podem acordar na alteração do que se encontra fixado quanto ao exercício das responsabilidades parentais.

4 - Não tendo sido convocada a conferência ou quando nesta os pais não chegaram a acordo, o juiz

mandará proceder a inquérito sumário e a quaisquer outras diligências que entenda necessárias e, por fim, decidirá.

5 - Quando tenha havido lugar a condenação em multa e esta não tenha sido paga no prazo de dez dias, será imediatamente extraída certidão da decisão, a remeter ao Ministério Público junto do tribunal competente para execução.

4.º - Faltam mecanismos de execução adequados e expeditos para o cumprimento das obrigações mais usuais previstas no Regulamento (CE) n.º 2201/2003 e na Convenção da Haia de 1980 (concretização do regresso da criança ao Estado da residência habitual).

Com efeito, o artigo 11.º da Convenção da Haia de 1980 estabelece que os Estados Contratantes deverão utilizar procedimentos de urgência com vista ao regresso da criança ao seu Estado da residência habitual enquanto que o n.º 3 do artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 estabelece a utilização dos procedimentos mais expeditos previstos na legislação nacional.

Estes mecanismos devem ser expeditos e permitir uma decisão do tribunal no prazo máximo de seis semanas.

Na prática judiciária, quando Portugal ocupa a posição de Estado requerido, o pedido é formulado pela Autoridade Central do Estado requerente e dirigido à Autoridade Central Portuguesa (DGRSP) que, obtendo as informações consideradas necessárias para a instauração do processo e não conseguindo obter uma solução consensual, o remete ao Ministério Público junto do tribunal da área de residência da criança.

Por seu turno, o Ministério Público tem utilizado dois mecanismos processuais da Organização Tutelar de Menores para este fim: o processo tutelar comum ou o processo de entrega judicial de menor, cuja tramitação tem permitido decisões relativamente rápidas e urgentes de forma a garantir o cumprimento das obrigações emergentes daqueles instrumentos internacionais.

Como é sabido, não é comum que os instrumentos de Direito Internacional estabeleçam regras processuais, reservando a sua previsão e decisão para os Estados Contratantes.

É também sabido que alguns países optaram por estabelecer procedimentos internos específicos para o cumprimento destas obrigações⁶ ou estão a desenvolver esforços nesse sentido (o caso do Brasil); no caso português, mercê da circunstância da Organização Tutelar de Menores (embora anterior à nossa ratificação da Convenção da Haia de 1980) vir garantido, minimamente, a adopção dos procedimentos de urgência ou expeditos, a questão da adequação não tem sido tão premente.

Contudo, com este anteprojecto, afigura-se que o procedimento tutelar cível comum não é adequado a dar resposta a estas obrigações e, por outro lado, um procedimento preliminar de natureza cautelar e urgente necessitaria sempre de uma posterior instauração de um processo principal que não se coaduna com as específicas exigências dos procedimentos a que se referem os artigos 11.º da Convenção da Haia de 1980 e 11.º, n.º 3 do Regulamento (CE) n.º 2201/2003.

⁶ A título de exemplo, a Itália adoptou a Lei n.º 64, de 15 de Maio de 1994, a Espanha aprovou a Lei Orgânica de Protecção Jurídica da Criança e a Alemanha aprovou a Lei de Procedimento para o Direito Internacional da Família (informações recolhidas no site da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado).

Entendo vantajosa a previsão específica de um procedimento com este fim na medida em que essa solução implicará necessariamente autonomia estatístico-processual (com vantagens para os estudos e avaliações futuras) e facilitará o conhecimento e aplicação uniforme por parte de todos os envolvidos.

Assim sendo, julgo que deveria ser introduzido um procedimento específico para este fim (sob a forma de procedimento tutelar cível especial) e com a tramitação adequada a garantir aqueles objectivos.

Também nesta situação, os estudos de Direito Comparado e a recolha de informações junto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado serão essenciais para a feitura de um procedimento com estas características.

5.º - Não é previsto nenhum mecanismo processual específico e expedito para a tutela do artigo 1887.º do Código Civil na medida em que não prevê nenhuma solução processual que substitua o mecanismo previsto no artigo 197.º da Organização Tutelar de Menores (a necessitar de uma revisão e actualização mas não podendo ser dispensado ou integrado no procedimento tutelar cível comum).

6.º - Finalmente, apesar de estarem expressamente previstas algumas alterações ao regime da *tutela*, não é estabelecido nenhum regime processual relativamente a este processo.

O processo tutelar cível comum não parece ser adequado para os processos de instauração de tutela já que não justificam a necessidade de existência de uma fase conciliatória e uma fase contenciosa na

medida em que, normalmente, o único interesse a atender é o interesse da criança quanto à instauração de tutela, não existindo conflito ou litígio, mas apenas a aferição de um interesse que cabe ao tribunal solucionar.

Por outro lado, o processo de instauração de tutela não figura como processo tutelar cível especial.

Na prática judiciária, as situações que poderão justificar a instauração de tutela chegam ao conhecimento do Ministério Público na sequência do decretamento de inibição ou em função da aplicação de medida de promoção e protecção que seja aplicada a uma criança ou jovem e cuja situação jurídico-processual justifique a necessidade de instauração da providência tutelar cível adequada.

No requerimento inicial para instauração de tutela, deve o Ministério Público invocar factos que consubstanciem os fundamentos para a instauração da tutela e designar a pessoa que deverá exercer as funções de tutor, bem como as pessoas que deverão ser designadas para o conselho de família.

Actualmente, o conselho de família é constituído por dois vogais, sendo um deles o protutor, e é presidido pelo Ministério Público.

Os vogais são escolhidos entre os parentes ou afins da criança, levando em conta, entre outros factores, a proximidade de grau, as relações de amizade, as aptidões, a idade, o lugar de residência e o interesse manifestado pela própria criança; inexistindo esses parentes ou afins, o tribunal escolherá os vogais de entre os amigos dos pais, vizinhos ou outras pessoas que possam interessar-se pelo

futuro da criança, sendo preferível e desejável que um deles represente a linha materna e outro a linha paterna (artigo 1952.º do Código Civil).

O conselho de família é convocado por determinação do tribunal ou do Ministério Público, ou a requerimento dos vogais, do tutor, do administrador de bens, de qualquer parente da criança ou da própria criança que tenha mais de dezasseis anos, competindo ao Ministério Público fixar a data da reunião (artigos 1958.º do Código Civil e 1018.º a 1020.º, todos do Código de Processo Civil).

Caso a tutela da criança ou do jovem seja ferida ao director de estabelecimento de educação ou assistência, não existe conselho de família nem é nomeado protutor (artigo 1962.º, n.º 2 do Código Civil).

A tramitação da acção tutelar comum com vista à instauração da tutela é a seguinte⁷:

a) Apresentação de requerimento inicial (devidamente instruído com os documentos de prova) pelo Ministério Público, podendo haver uma determinação oficiosa do juiz no sentido de se iniciar o processo;

b) Realização de inquérito (facultativo)⁸ sobre a situação da criança, fundamentos do pedido, a idoneidade das pessoas indigitadas para os cargos de tutor e de protutor;

⁷ Seguimos a orientação de Paulo Guerra e Helena Bolieiro (A Criança e a Família - Uma Questão de Direito(s), Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pgs. 306-308) e Tomé d'Almeida Ramião (Organização Tutelar de Menores Anotada, 10.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2012, pg. 205).

⁸ Artigo 147.º-B da Organização Tutelar de Menores.

c) A realização de diligências que garantam o contraditório dos progenitores, se estes tiverem em condições de ser ouvidos, e quando o motivo factual do pedido for susceptível de alguma controvérsia;

d) Nomeação dos vogais do conselho de família;

e) Designação da data do conselho de família (a determinar pelo Ministério Público) (artigo 1018.º do Código de Processo Civil);

f) Convocação para a reunião do conselho de família (artigos 1018.º, n.º 2 do Código de Processo Civil e 1957.º do Código Civil);

g) Reunião do conselho de família e o parecer deste quanto à designação das pessoas que irão ocupar os cargos de tutor e de protutor (artigos 1018.º e 1020.º do Código de Processo Civil e 1958.º do Código Civil);

h) Audição da criança ou do jovem com mais de doze anos (ou abaixo desta idade se o tribunal o considerar necessário);

i) Qualquer outra diligência que o tribunal entenda necessário realizar (artigo 210.º da Organização Tutelar de Menores);

j) O juiz profere sentença (na qual são tidos em conta os seguintes elementos):

- a nomeação do tutor e do protutor;
- a fixação de prazo para a apresentação, pelo tutor, da relação de bens (activo e passivo) da criança, caso esta disponha de bens (artigo 1943.º do Código Civil);

- a fixação de remuneração ao tutor, se existirem elementos de facto suficientes (artigo 1942.º do Código Civil);

- a designação de data para o juramento do tutor e do protutor⁹;

- comunicação ao registo civil (artigos 1.º, n.º 1, alínea h), 69.º, n.º 1, alínea g), e 78.º do Código de Registo Civil)¹⁰;

- este processo está isento de custas (artigo 4.º, n.º 2, alínea f), do Regulamento das Custas Processuais).

⁹ Não é legalmente exigido este juramento mas a doutrina citada entende ser o mesmo conveniente com vista a conferir maior responsabilização aos nomeados e, deste modo, tem sido essa a prática judiciária maioritária.

¹⁰ A comunicação ao registo deve ser realizada após a prestação de juramento pelo tutor e pelo protutor pelo que pode ser relegada processualmente para o momento em que é realizada esta diligência.

CONCLUSÕES

Para finalizar, importa apenas deixar umas breves palavras quanto à iniciativa do Centro de Direito da Família.

Apesar das sugestões e omissões que são apontadas, a iniciativa de promover a alteração da Organização Tutelar de Menores (diploma aprovado em 1978 e que sofreu um conjunto significativo de alterações)¹¹ é inteiramente positiva e de aplaudir.

Esta iniciativa demonstra à sociedade a vocação e a importância que deveriam ter no nosso país entidades como o Centro de Direito da Família, procurando ultrapassar as indecisões de política legislativa ou mesmo as circunstâncias baseadas em acordos de conjuntura que, por vezes, constituem o fundamento para determinadas alterações legislativas.

A iniciativa que tiveram a gentileza de partilhar comigo é, reconhecidamente, o fruto do saber e da experiência de académicos, magistrados, advogados e outros profissionais que trabalham na área da família e das crianças para produzir soluções mais adequadas e mais ponderadas, de forma a satisfazer o principal objectivo que é o superior interesse das nossas crianças.

Bem Hajam pelo Vosso trabalho.

¹¹ A Organização Tutelar de Menores é talvez o único diploma nacional em vigor que se inicia pelo artigo 146.º.

Notícias

Cursos breves

1.º Curso breve de Pós-graduação em Direito Internacional privado dos menores

Direcção: Prof. Doutor Guilherme de Oliveira e Mestre Nuno Ascensão Silva

1 de Fevereiro de 2014 (10h30-13h00)

As responsabilidades parentais nas relações internacionais: direito convencional e europeu

O Direito internacional privado das responsabilidades parentais: problemas, tendências e soluções

Nuno Ascensão Silva (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Apresentação e análise de casos

Geraldo Ribeiro (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

1 de Fevereiro de 2014 (14h00-17h00)

O rapto internacional de menores

O rapto internacional de menores no direito convencional e europeu

Nuno Ascensão Silva (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

O rapto internacional de menores: análise de casos

Geraldo Ribeiro (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

O papel da autoridades centrais nos instrumentos internacionais relativos ao rapto

Natércia Fortunato (Representante da Autoridade Central Portuguesa - Direcção-Geral de Reinserção Social do Ministério da Justiça)

8 de Fevereiro de 2014 (10h30-13h00)

A adopção internacional

A Convenção de 29 de maio de 1993 relativa à protecção das crianças e à cooperação em matéria de adopção internacional

Nuno Ascensão Silva (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

A participação das autoridades centrais: sucessos e dificuldades (Autoridade Central Portuguesa)

Isabel Pastor (Representante do Instituto da Segurança Social, I.P. - Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social)

8 de Fevereiro de 2014 (14h30-17h00)

Os alimentos devidos a menores

O Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares

Nuno Ascensão Silva (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Ou

Geraldo Ribeiro (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Problemas práticos da cobrança de alimentos no estrangeiro

[Representante da Autoridade Central Portuguesa no Regulamento — Renata Margarido (Direcção-Geral da administração da Justiça - Serviço de Cooperação Judiciária Internacional)]

1.º Curso breve de Pós-Graduação em Violência Doméstica

Direcção: Prof. Doutor Guilherme de Oliveira e Mestre Ana Rita Alfaiate

15 de Março de 2014 (10h30-13h00)

Enquadramento legal do crime de violência doméstica

Helena Gonçalves (Procuradora da República)

15 de Março de 2014 (14h30-18h30)

Avaliação e intervenção sobre agressores conjugais: Do risco de violência ao risco de homicídio

Rui Abrunhosa Gonçalves (Prof. Associado c/ Agregação da Escola de Psicologia da Universidade do Minho, especializado na área da Psicologia da Justiça)

22 de Março de 2014 (10h30-13h00)

Violência doméstica e Crianças

Jeni Canha (Directora de Serviço do Hospital Pediátrico de Coimbra, Professora da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra)

Ana Rita Alfaiate (Faculdade de Direito de Coimbra)

22 de Março de 2014 (14h30-16h30)

Violência doméstica sobre Idosos e Adultos com Capacidade diminuída

Ana Rita Alfaiate (Faculdade de Direito de Coimbra)

22 de Março de 2014 (17h00-18h30)

Iniciativas legislativas sobre violência doméstica em Portugal

Elza Pais (Presidente da Subcomissão da Igualdade; Grupo Parlamentar do Partido Socialista)

Publicações:

AA.VV., 6.ª Bienal de Jurisprudência de Direito da Família, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

Comunicações:

Por Guilherme de Oliveira:

Comunicação sobre Restrições de acesso à parentalidade, nas Jornadas de Direito da Família e das Sucessões da FDUL, no dia 6 de Março de 2014.

Por Rosa Cândido Martins e Paula Távora Vítor:

“O Direito da Criança à Convivência com Familiares e outras Pessoas de Referência” — A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança — Das providências tradicionais ao novo instituto do Apadrinhamento Civil, no dia 31 de Janeiro de 2014.

Por Rosa Cândido Martins:

“Perícias psiquiátricas e psicológicas em sede de Direito de Família e Menores no adulto e na criança: O superior interesse da criança. A audição da criança. A regulação do exercício das responsabilidades parentais”- Curso de Pós-graduação em Psiquiatria e Psicologia Forenses (org: Instituto de Medicina Legal), no dia 29 de Março de 2014.

Por Paula Távora Vítor:

- “Notariado e Protecção” – mesa redonda, III Congresso do Notariado Português (org: Ordem dos Notários), no dia 7 de Março de 2014;

- As ações especiais de interdição e inabilitação numa perspectiva jurídica - Curso de Pós-graduação em Psiquiatria e Psicologia Forenses (org: Instituto de Medicina Legal), no dia 12 de Abril de 2014.

Por Paulo Guerra:

Conferencista no Workshop organizado pela Crescer Ser, CPCJ de Águeda e Município de Águeda, em Águeda, sobre o Apadrinhamento Civil, no dia 10 de Janeiro de 2014.

Por Ana Rita Alfaiate:

“Apadrinhamento Civil”, no Workshop “Pensar juntos: a propósito do apadrinhamento civil”, em Águeda, no dia 10 de Janeiro de 2014.

“A tutela cível do superior interesse da criança: as providências tutelares cíveis tradicionais”, no Curso “A tutela cível do superior interesse da criança – das providências tradicionais ao novo instituto do apadrinhamento civil”, do Centro de Estudos Judiciários, em Coimbra, no dia 31 de Janeiro de 2014.

“Crimes sexuais: enquadramento jurídico”, no Curso de Pós-Graduação de Psiquiatria e Psicologia Forenses, do Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra, em Coimbra, no dia 1 de Março de 2014.

Aula “Crimes contra a Família”, no Curso de Preparação para Admissão ao Centro de Estudos Judiciários, na Universidade Portucalense, no Porto, a 11 de Março de 2014.

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ISSN 1645-9660