

# Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



Centro de  
Direito da  
*Família*

Ano 16 - n.º 31 · 32 - 2019  
Publicação Semestral



# Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



INSTITUTO JURÍDICO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Centro de  
Direito da *Família*

Grupo de Investigação “Vulnerabilidade e Direito” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projeto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UID/DIR04643/2013).

**FCT** Fundação para a Ciência e a Tecnologia

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

## Ficha Técnica

### Conselho Redatorial

**Guilherme de Oliveira** (Diretor 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**

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Centro de Direito da Família da FDUC

### Propriedade da Revista

Centro de Direito da Família (NIPC: 504140566)

Telf. / Fax: 239 821043

[cdf@fd.uc.pt](mailto:cdf@fd.uc.pt)

[www.centrodedireitodafamilia.org](http://www.centrodedireitodafamilia.org)

### Sede da Redação

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Pátio das Escolas

3004-528 Coimbra

### Editor

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

### Sede do Editor

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Pátio das Escolas

3004-528 Coimbra

### *Lex Famíliae*

Revista Portuguesa de Direito da Família

Ano 16 — n.ºs 31 · 32 — Janeiro a Julho de 2019

Publicação semestral

### Execução Gráfica

Ana Paula Silva

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 ao 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.		Págs.
Guilherme de Oliveira		María Isabel de la Iglesia Monje	
<i>“Proteção da família constituída” — para além das palavras</i> .....	5	<i>Revisión crítica del derecho de relaciones personales del menor con terceros no familiares en los ordenamientos portugués y español.</i>	
Guilherme de Oliveira		<i>La influencia de la Jurisprudencia del TJUE</i> .....	71
<i>Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais</i> .....	17	Marianna Chaves	
Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais		<i>Responsabilidades parentais e guarda física — uma distinção necessária</i> .....	101
<i>Direito sucessório e protecção das pessoas idosas</i> .....	45	Marisa Araújo	
		<i>A pluriparentalidade :O direito à convivência</i> .....	119

## Estatuto Editorial

1. A “*Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*”, revista do Centro de Direito da Família, é uma publicação periódica que tem como objectivo a promoção e o desenvolvimento da investigação científica na área do Direito da Família, do Direito das Sucessões e na área do Direito das Crianças e Jovens em Portugal.
2. É também objectivo desta publicação fomentar o intercâmbio da cultura jurídica entre os países de expressão portuguesa, em especial entre Portugal e o Brasil, e incentivar as relações entre o direito português e o direito europeu.
3. É intenção do Centro de Direito da Família que esta publicação seja distribuída no Brasil e noutros países de expressão portuguesa.
4. O Centro de Direito da Família diligenciará no sentido de promover a aquisição da Revista por instituições públicas, associações e particulares (com interesse científico e profissional nesta temática) em todo o Mundo (em especial na Europa) mediante a assinatura da Revista.
5. A “*Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*” compromete-se a respeitar as normas deontológicas do Estatuto do Jornalista.

## “PROTEÇÃO DA FAMÍLIA CONSTITUÍDA” — PARA ALÉM DAS PALAVRAS

Guilherme de Oliveira

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra

Centro de Direito da Família

**Resumo:** *O Tribunal Constitucional tem invocado, habitualmente, a necessidade constitucional de “proteção da família constituída”. Porém, a lei ordinária não lhe fornece os instrumentos para saber se a família — a relação paterno-filial — realmente existe com uma densidade tal que a torne digna de proteção jurídica, capaz de sobrelevar a procura da verdade biológica.*

*O regime dedicado à impugnação da paternidade do marido pretende satisfazer o interesse constitucional da “proteção da família constituída”, mas o regime dedicado à impugnação da paternidade do perfilhante ignora este valor constitucional; então, pode dizer-se que o direito português trata com desigualdade as famílias fundadas no casamento e as outras famílias, ou seja, parece ofender o princípio constitucional da igualdade entre os filhos nascidos do casamento e os filhos nascidos fora do matrimónio;*

*Tendo em conta o problema da eventual inconstitucionalidade dos regimes, e também o número de filhos cuja paternidade se estabelece por perfilhação (50,7% em 2015), sugere-se a reflexão sobre um regime novo e unitário, para todos os filhos.*

**Palavras-chave:** *Proteção da família constituída; Impugnação da paternidade do marido; Impugnação da perfilhação; Princípio da igualdade dos filhos.*

### “Protection of the constituted family” — beyond the words

**Summary:** *The Constitutional Court has habitually invoked the constitutional need for “protection of the constituted family”. However, ordinary law does not provide the instruments that allow to know whether the importance of effective the paternal-child relationship is of such importance that justifies putting aside the biological truth.*

*The legal regime dedicated to the challenge of the paternity of the husband intends to satisfy the constitutional interest*

*of the “protection of the constituted family”, but the regime dedicated to challenge the paternity of the father outside marriage ignores this constitutional value; therefore, it can be said that Portuguese law treats does not treat equally families of married couples and other families. This seems to offend the constitutional principle of equality between children born inside and outside the wedlock.*

*Taking into account the problem of the possible unconstitutionality of the current legal regimes, and also considering the number of children whose paternity is established by declaration at the civil register office (50.7% in 2015), it is suggested the reflection on a new and unitary regime, for all children.*

**Keywords:** *Protection of the constituted family; Rebutting the paternity of the husband; Rebutting the paternity out of wedlock; Principle of equality of children*

### I. “Proteção da família constituída”

#### a) “Proteção da família constituída” na investigação de paternidade

A partir de 1988, foi levantado no Tribunal Constitucional o problema da inconstitucionalidade dos prazos de caducidade — primeiro relativamente ao art. 1817.º, n.ºs 3 e 4<sup>1</sup>, e depois relativamente ao art. 1817.º, n.º 1<sup>2</sup>. O Tribunal deliberou sempre no sentido da compatibilidade das normas

<sup>1</sup> Ac. n.º 99/88, in DR, II Série, de 22888; ac. n.º 370/91, in BMJ, n.º 409, p. 314 s.

<sup>2</sup> Ac. n.º 413/89, in DR, II Série, de 15989; ac. n.º 451/89, in DR, II Série, de 2191989; ac. n.º 311/95 (inédito); ac. n.º 506/99, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 44.º vol., p. 763.

com os princípios constitucionais, afirmando que o regime definia aquilo que se devia chamar um condicionamento do direito de investigar, mais do que uma verdadeira restrição; que o regime fazia uma ponderação aceitável dos direitos contrapostos — por um lado, o direito do filho ao reconhecimento da paternidade e, por outro lado, o interesse do pretense progenitor de não ver protelada uma situação de incerteza, o interesse de não ter de defender-se quando a prova se tiver tornado mais aleatória, e ainda, “porventura, o próprio interesse, sendo o caso, da paz e da harmonia da família conjugal constituída pelo pretense pai”.

Oportunamente dei a minha opinião<sup>3</sup>. E continuo a pensar — em resumo — que o filho deve ter *um direito irrestrito para encontrar a sua localização no sistema de parentesco*; e que as restrições ao direito de investigar são contrárias às normas constitucionais.

Entre vários interesses relevantes do possível investigado que se apresentavam, destaco agora, apenas, “o próprio interesse, sendo o caso, da paz e da harmonia da família conjugal constituída pelo pretense pai”. Esta fórmula surgiu no primeiro momento em que o Tribunal Constitucional deliberou, em 1988; o mesmo interesse continuou a ser referido, em termos aproximados, designadamente no importante acórdão n.º 401/2011, que instalou o regresso à opinião da não-inconstitucionalidade dos prazos previstos, depois de uma época, posterior a 2003, em que floresceu a orientação contrária; e também no acórdão n.º 247/2012.

## b) “Proteção da família constituída” na impugnação da paternidade do marido

A previsão de prazos de caducidade do art. 1842.º CCiv tem a consequência típica de que, uma vez decorridos os períodos estabelecidos sem que tenha sido exercido o direito de impugnar, a paternidade presumida deixa de poder ser juridicamente contestada; ainda que, porventura, qualquer dos interessados venha a ter dúvidas sobre a verdade biológica do vínculo, ou fique a saber que não há descendência biológica<sup>4</sup>, o estado jurídico adquirido não poderá ser mudado. Dito de outro modo: pode acontecer que os interessados se convençam de que a paternidade não corresponde à verdade biológica mas tenham de viver para sempre onerados com o estatuto jurídico de pai e filho.

Por causa desta consequência típica, também se discutiu se é justo e adequado que a lei preveja prazos de caducidade; ou até se a previsão de prazos de caducidade é compatível com a Constituição da República<sup>5</sup>.

Depois da alteração sofrida pela norma em 2009<sup>6</sup>, o Tribunal Constitucional pronunciou-se várias vezes sobre o problema: os acórdãos n.ºs 24/2009, 446/2010, 39/2011, 449/2011, 634/2011 e 247/2013 pronunciaram-se pela *não inconstitucionalidade* do prazo estabelecido pelo art. 1842.º, n.º 1, al. a); o acórdão n.º 441/2013 pronunciou-se pela *não inconstitucionalidade* do prazo

<sup>3</sup> *Caducidade das ações de investigação*, «Lex Familiaris», ano 1, n.º 1, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2004, p. 7-13.

Mais recentemente, observei a questão sobretudo do ponto de vista do suposto pai — *Caducidade das ações de investigação ou caducidade do dever de perfilar, a pretexto do acórdão n.º 401/2011 do Tribunal Constitucional*, «Lex Familiaris», ano 9, n.º 17 e 18, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2012, p. 107-115.

<sup>4</sup> Recorde-se que, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 11/98, de 24 de Janeiro, reorganizando o sistema médico-legal, é permitido recorrer a exames periciais sobre a paternidade, fora de um processo, “no âmbito das actividades” do Instituto Nacional de Medicina Legal [arts. 2.º, al. i), e 29.º, n.º 1].

<sup>5</sup> Pode ver-se, p. ex. no acórdão n.º 309/2016, que uma coisa é a previsão pura e simples de prazos, e outra coisa é a previsão de um certo prazo, conformato de uma certa maneira.

<sup>6</sup> Através da Lei n.º 14/2009, de 1 de abril.

previsto na al. b); e o acórdão n.º 319/2016 pronunciou-se pela *não inconstitucionalidade* do prazo imposto pela al. c).

Neste contexto, os argumentos que foram apresentados para o problema da investigação da paternidade foram facilmente transpostos para o debate sobre a caducidade do direito de impugnar. Assim, o direito fundamental à *integridade pessoal*, sob o ângulo da *integridade moral*, e o direito fundamental à *identidade pessoal* têm sustentado um *direito ao conhecimento das origens* — direitos que, aliás, vêm sendo confortados com a previsão do *direito ao desenvolvimento da personalidade*, que é um direito de liberdade na conformação da própria vida<sup>7</sup>. Ora, no debate sobre a limitação temporal do direito de impugnar também se pode dizer que identidade pessoal, a integridade moral e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade exigem que se afaste a paternidade jurídica que não corresponde a um vínculo biológico e que, portanto, atribui uma colocação errada do filho no sistema do parentesco. E é muito importante sublinhar que, se ficar vedada a possibilidade de impugnar um vínculo que não corresponde à verdade biológica, a paternidade do marido continua a constar do registo e, por consequência, torna-se impossível promover a subsequente investigação da paternidade biológica e satisfazer os direitos fundamentais mencionados<sup>8</sup>.

Para produzir estes resultados, o Tribunal Constitucional tem reconhecido que, para além dos direitos fundamentais mencionados acima, também deve ponderar-se o valor da *proteção da família constituída*<sup>9</sup>, que vai necessariamente sofrer

um abalo em consequência da eventual impugnação (cfr. adiante, II).

c) “*Proteção da família constituída*” na impugnação da paternidade do perflhante

Desde 1967 que o regime português consagra a *imprescritibilidade* para todos os legitimados<sup>10</sup>; acresce que o círculo de legitimados se estende a todos os que tiverem interesse moral ou patrimonial, e ao ministério público (art. 1836.º, no código de 1967, e art. 1859.º, desde 1977).

Assim, pode afirmar-se que, na lei portuguesa, vale totalmente o direito de fazer coincidir a paternidade jurídica com a paternidade biológica; e não se descortina qualquer preocupação de “proteger a família” do perflhante.

Suponho que o regime da impugnação da paternidade do perflhante nunca foi apreciado pelos tribunais superiores, designadamente pelo Tribunal Constitucional; não podemos imaginar se, perante alguma tentativa de limitar o direito de impugnar através de um prazo de caducidade, o Tribunal também invocaria a proteção constitucional da família — como tem feito — para dar valor à família do perflhante.

## II. Para além das palavras

### A. A diferença entre constituição e impugnação de um estado

Admito que as pretensões de constituição de vínculos novos podem merecer um *regime diferente*

<sup>7</sup> Paulo Mota PINTO, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in *Studia Iuridica*, n.º 40, “PortugalBrasil ano 2000”, Coimbra Editora, 1999.

<sup>8</sup> Como se dispõe nos art. 124.º, n.º 2, CReg Civ e art. 1848.º CCiv.

<sup>9</sup> O TC também foi sensível às circunstâncias de que, por um lado, os prazos foram alongados pela Lei n.º 14/2009, de 1 de abril; de que,

por outro lado, o início dos prazos tem em conta a cognoscibilidade ou o conhecimento de indícios da não paternidade — cfr., p. ex., o acórdão n.º 309/2016.

<sup>10</sup> No código de Seabra, previa-se um prazo de quatro anos para o direito de impugnar que se conferia ao filho menor, contado a partir da maioridade ou da emancipação (art. 127.º); e valia a *imprescritibilidade* para todos os outros legitimados (art. 128.º).

das pretensões de impugnar vínculos existentes<sup>11</sup>. Por exemplo, se me parece claro que a investigação da paternidade deve ser imprescritível, não me parece tão líquido que a impugnação da paternidade deva ser assim tão livre, para qualquer dos legitimados para a ação. Tal como o regime do divórcio nunca é tão simples como o do casamento — porque o estado de casado que se constituiu gerou efeitos pessoais e patrimoniais que devem ser regulados — assim as impugnações agridem um estado jurídico e social prévio, que pode ter uma duração e uma densidade consideráveis. Isto é: para além dos direitos fundamentais invocados em defesa da localização do indivíduo no sistema de parentesco, que sustenta a procura da verdade biológica, também deve ponderar-se o valor da *proteção da família constituída*, que vai necessariamente sofrer um abalo em consequência da eventual impugnação. De facto, a Constituição da República também protege a família, não só através de garantias específicas descritas no art. 36.º, mas também através de uma garantia geral, expressa no art. 67.º, sobretudo no n.º 1. Assim, a ponderação deste interesse fundamental pode ter a virtude de justificar limitações do exercício do direito de impugnar a paternidade; ou seja, o direito de agir, em vez de ser imprescritível, pode ser confinado dentro de certos prazos, ao menos para algum dos legitimados.

Sinto-me tentado, portanto, a considerar limitações resultantes da “proteção da família”.

### B. A “proteção da família constituída” do investigado

A primeira objeção que faço contra a mobilização deste interesse constitucional resulta da circunstância de se prescindir de averiguações sobre a real existência de uma família cuja estabilidade se deva proteger.

Na verdade, a defesa deste interesse é dirigida para um universo abstrato de réus; um universo abstrato onde não se cura de saber se o investigado tem uma família (fundada no casamento ou em união de facto) ou não vive em família; se a família que ele tiver, fundada em casamento, mantém laços substanciais ou é apenas uma família formal, mera soma de vidas individuais em separação de facto. Designadamente, os acórdãos do Tribunal Constitucional que admitiram a previsão de prazos e invocam a necessidade de proteger a família — para “segurança para o investigado e sua família” (n.º 401/2011) e para garantia dos “valores da certeza e da segurança jurídicas” (n.º 247/2012) — acabam por enunciar este interesse sem se importarem com a real situação de vida do investigado, isto é, ainda que o investigado viva só, sem família. Apenas nos primeiros acórdãos (de 1988, 1989 e 1991) se reconhecia, “*porventura*, o próprio interesse, *sendo o caso*, da paz e da harmonia da família conjugal constituída pelo pretenso pai” (itálico meu) — manifestando a natureza eventual da presença daquele interesse fundamental, embora sem deixar de o invocar.

Em segundo lugar, continuo a não dar relevo jurídico à paz da família — ainda que a família exista de facto — nestas condições. Na verdade, quando não reconheço ao próprio réu uma liberdade não ser considerado pai, ainda menos respeito o interesse que a sua família possa ter de escapar ao incómodo; por outras palavras, a família não pode servir de escudo protetor para que o responsável pela procriação se exima ao dever jurídico de assumir o estatuto que lhe cabe.

Além disto, se se quiser poupar a família do réu ao reconhecimento de um adultério perturbador, também se deve argumentar que a existência de um filho pode ser anterior à constituição da família

<sup>11</sup> Como já escrevi no *Curso de Direito da Família*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 139-140.

conjugal do réu, isto é, o investigante filho não tem de ser um filho adulterino, com a carga disruptiva que esta condição puder ter.

Por fim, também deve ter-se em conta que, mesmo depois de uma investigação de paternidade movida e ganha por um filho adulterino, a lei dispensa uma última proteção à família do pai: o filho adulterino não tem o direito de se “introduzir no lar conjugal” sem o consentimento do cônjuge do investigado (art. 1883.º CCiv); o que pode diminuir o impacto do estabelecimento da paternidade.

Em suma, o que estou a sublinhar é que não parece ter sentido defender uma família abstrata, sem se averiguar se ela existe na realidade, e se a investigação de paternidade é suscetível de lhe causar um dano digno de tutela jurídica. Já é demasiado, que “por uma única razão de segurança jurídica” [da família do investigado seja] “conferida força bastante para eliminar a possibilidade de exercício de uma faculdade que se reconhece pertencer ao núcleo essencial de um direito situado no cerne da tutela constitucional da personalidade — o direito à identidade pessoal”<sup>12</sup>; ainda mais excessivo é argumentar com a segurança de uma família que pode nem existir.

### C. A “proteção da família constituída” do marido da mãe

Também neste âmbito da impugnação da paternidade do marido, os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 589/2007, 446/2010, 39/2011, 449/2011, 634/2011, 247/2013, e 441/2013 seguiram uma linha constante no sentido da não inconstitucionalidade do art. 1842.º, n.º 1, al. a), ponderando, além dos argumentos que têm sido apresentados para sustentar o valor da procura de

verdade biológica, ainda a “protecção da família constituída”, ou “o interesse geral da estabilidade das relações sociais e familiares e o sentimento de confiança em que deve basear-se a relação paternal, quando se trate de filhos nascidos na vigência do matrimónio”.

Também no acórdão n.º 441/2013, que apreciou a constitucionalidade do art. 1842.º, n.º 1, al. b), se argumenta com a “proteção da família constituída”, mas sem desenvolvimentos do tipo que destaco a seguir.

Para caracterizar melhor o interesse do filho na permanência do vínculo, o acórdão n.º 446/2010 (rel. J. Sousa Ribeiro) sublinha que este interesse estará presente «sobretudo quando o vínculo jurídico tem tradução consistente no “mundo da vida” familiar e social, gerando, como é normal, laços afectivos, a destruição retrospectiva desse vínculo acarreta (ou agrava) a perda de sentido de uma componente nuclear da memória e da historicidade pessoais, da auto-representação de si, por parte de quem é filho».

Por sua vez, o acórdão n.º 309/2016 dedicou-se à apreciação da constitucionalidade do art. 1842.º, n.º 1, al. c), referente ao direito de impugnar que cabe ao filho. A deliberação ponderou, mais uma vez, a diferença que existe relativamente à investigação da paternidade e que assenta na necessidade de “proteção da família constituída”. E, reiteradamente, o texto contém a preocupação de proteger a família que é “suscetível de gerar uma vivência afetiva, familiar e social que não pode deixar de ser considerada no momento em que se pretende ilidir a presunção”; e ainda: “a família constituída entre pais e filhos [é] um espaço de desenvolvimento da personalidade dos seus membros que deve ser protegido pelo Estado e pela sociedade”; e ainda: “Ora, essa relação familiar, que pode ter uma duração e

<sup>12</sup> Voto de vencido de J. Sousa Ribeiro, no acórdão n.º 401/2011.

uma densidade afetiva consideráveis, seria posta em crise se a ação de impugnação de paternidade (...) pudesse ser intentada em qualquer momento”; e ainda: “A extinção a todo o tempo dos laços jurídicos que sejam contrários à verdade biológica desconsidera o interesse do pai presumido em manter uma paternidade que, no quadro de uma família constituída, foi por ele assumida, vivida, como se se tratasse de uma relação biológica”; e por fim: “Quando o vínculo jurídico se traduziu numa real convivência familiar (...) solidificando laços afetivos, o interesse daquele que é tido como pai em perpetuar essa relação não pode ser esquecido (...)”<sup>13</sup>.

As menções que são feitas em alguns dos acórdãos à família real que merece ser protegida são particularmente importantes. Estas afirmações são a expressão de uma preocupação certa, no sentido de que apenas estas famílias reais e densas merecem a proteção que é capaz de paralisar a procura da verdade biológica. Porém, mais uma vez, o regime da lei ordinária não dá guarida à relevância destas realidades; não faz diferença entre as famílias que

existem e as famílias que não existem, e o regime é igual para todas. Deste modo, o prazo de caducidade acaba por ser justificado com a necessidade de “proteção da família constituída” mesmo quando não há uma família real para proteger — apenas um vínculo formal cuja densidade cabe na folha do assento de nascimento. Isto é, o juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade que recai sobre uma norma [no caso o art. 1842.º, n.º 1, al. a) e c)] não averigua a situação concreta em que se encontra a família em causa, para poder valorizar a possível e ignorada tradução do vínculo no “mundo da vida”, na realidade familiar. E por esta razão, o juízo do tribunal apenas toma em consideração a verdade formal, constante do registo civil, e não do mundo real.

E se bastar a mera existência formal de uma paternidade presumida e registada para, decorrido o prazo legal, consolidar o vínculo, então apenas se protege a “presunção legal de paternidade”, o estado de filho matrimonial ou, nas palavras de Antunes Varela, “a estabilidade da família legalmente constituída”. Porém, ao seguir este caminho, repõe-se a antiga distinção entre família “legítima” e família “ilegítima” com o propósito de garantir a estabilidade da primeira, para defender a “legitimidade”; note-se que, na verdade, não se afirmaria o mesmo no âmbito da impugnação da paternidade fora do casamento: aí valeu sempre, como ainda hoje, sem restrições, a procura da verdade biológica<sup>14</sup>.

#### D. *E a “proteção da família constituída” do perfilhante e do perfilhado?*

A lei portuguesa adotou sempre o biologismo mais puro na conformação do regime da “impugnação da perfilhação”.

<sup>14</sup> Cfr. Pires de LIMA; Antunes VARELA, *Código civil anotado, cit.*, vol V, 1995, p. 266-7.

<sup>13</sup> Alguns acórdãos (n.ºs 589/2007, 446/2010, 449/2011 e 441/2013) acrescentam uma referência ao regime da impugnação por terceiro que se declara pai do filho (art. 1841.º CCiv), como prova da ideia legal de “proteção da família constituída”, e têm razão; na verdade, o “filtro” representado pelo tribunal pretende evitar afirmações arbitrarias de um eventual adultério da mãe, que causaria danos graves e escusados. Por outro lado, a restrição da legitimidade aos três membros da família (pai, mãe e filho) justifica-se também pela tradição de maior verosimilhança do estabelecimento da paternidade do marido, assente na presunção do *id quod plerumque accidit* (aquilo que acontece mais frequentemente), apesar de esta afirmação dever ser temperada pelas estatísticas de falsos pais dadas a conhecer pelos estudos de genética; a indicação da paternidade era mais “forte” do que a resultante da perfilhação que, para além de ser mais rara, era enfraquecida pela prática discreta e supostamente frequente das “perfilhações de complacência”.

O art. 1841.º mostra a “proteção da família constituída” mas, na falta de um regime que promova a indagação sobre a realidade que subjaz à “família constituída”, a proteção da lei acaba por se dirigir apenas à antiga “legitimidade” fundada no casamento; e, obviamente, esta proteção não tem em consideração o número recente, e surpreendente, das famílias não fundadas no casamento.

A justificação deste biologismo parecia pacífica para Antunes Varela: tratava-se de perseguir o “interesse público que reveste (...) a regra da coincidência da filiação com a verdade biológica”<sup>15</sup>; segundo este autor essencial, a primazia da verdade biológica só era, porém, adequada “na área da filiação fora do casamento”, pois aí não “periga a família legalmente constituída”.

Mas, se se pretende tomar em consideração a proteção constitucional da família em toda a sua amplitude, então deve admitir-se que o perfilhado também pode ter uma família estável, beneficiar da convivência com o perfilhante e ter a sua integração no sistema de parentesco bem definida pelo apelido que recebeu e que passou aos seus próprios cônjuges e filhos; a impugnação também pode causar um dano grande a esta família<sup>16</sup>. A impugnação vai romper os vínculos sobre que assentava uma família que perderá os apelidos, a consciência das suas origens geográficas e culturais. E deve considerar-se a proteção da família do próprio perfilhante, que pode ter casado depois da perfilhação ou vive em união de facto com a mãe do filho, e porventura tem uma vida familiar intensa, cuja destruição cause danos relevantes.

### E. O confronto dos dois regimes de impugnação

Se se confrontar este regime tradicional da impugnação da paternidade do perfilhante (art. 1859.º CCiv) com a norma que estabelece os prazos para a impugnação da paternidade do marido da mãe (art. 1842.º CCiv), vê-se que a impugnação

da paternidade do perfilhante está aberta a todo o tempo, enquanto a impugnação da paternidade do marido está sujeita a prazos de caducidade<sup>17</sup>.

Importa voltar a sublinhar esta diferença e lembrar a justificação que se deu para sustentá-la: a primazia da verdade biológica só era adequada “na área da filiação fora do casamento”, devia ceder quando “periga a família legalmente constituída”; no âmbito da “filiação legítima”, [estava] “radicado desde há muito, na generalidade dos países, o culto da realidade sociológica-jurídica da filiação”<sup>18</sup>. Por outras palavras, a caducidade do direito de impugnar servia a defesa da estabilidade da família baseada no matrimónio, ou seja, a defesa da “legitimidade”.

Julgo que se pode afirmar que esta diferença de regimes não tem em consideração o movimento no sentido da perda do valor da “legitimidade” e a ascensão correspondente do reconhecimento da família que não se funda no casamento. Hoje, progressivamente, as relações familiares constituídas merecem a proteção constitucional qualquer que seja a sua origem. Designadamente, a paternidade fora do casamento não merece desfavor relativamente à paternidade “legítima”. Porém, a lei portuguesa acaba por preservar a paternidade do marido ao mesmo tempo que não mostra este interesse quanto à paternidade fora do casamento.

Por outro lado, o sistema nem sequer responde à nova realidade estatística. Na verdade, a paternidade fora do casamento (isto é, a paternidade que se estabelece por perfilhação e não por presunção da paternidade) apresentava-se em 7,2% dos nascimentos em 1970, e surge em 50,7% dos nascimen-

<sup>15</sup> *Código civil anotado, cit.*, vol. V, p. 266-7.

<sup>16</sup> Para uma crítica do regime português pode ler-se o meu *Critério jurídico da paternidade*, Coimbra, Biblioteca Geral da Universidade, 1983, p. 433-448. E recorde-se o caso francês, de 1950: a perfilhação foi impugnada 54 anos depois de ter sido feita, quando a perfilhada tinha 63 anos e constituía a sua própria família sob o apelido que herdara do perfilhante.

<sup>17</sup> A diferença de regimes já se encontrava no direito anterior e era até mais nítida, no ponto em que os prazos para a impugnação da paternidade “legítima” eram muito curtos do que são hoje.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 266-7.

tos em 2015<sup>19</sup>. Ou seja, a paternidade atribuída pela presunção legal do art. 1826.º deixou de ser a “norma” da sociedade portuguesa; a maioria dos pais estabelece o vínculo por perfilhação<sup>20</sup> e, quanto mais não seja por esta razão estatística, a paternidade dos maridos, estabelecida pela presunção legal, não deveria merecer o monopólio da “proteção da família constituída”, fundada num prazo de caducidade.

Admito facilmente que a diferença de regime e a sua justificação não sejam intencionais; resultam de pura inércia legislativa. Seja como for, o confronto entre os dois regimes diferentes de impugnação da paternidade parece revelar uma permanência insólita da velha dicotomia legitimidade/ilegitimidade; e, nesta medida, o direito português pode ser acusado de não acompanhar adequadamente os princípios constitucionais que se impõem nesta matéria. Independentemente de se argumentar que o regime da impugnação da paternidade do marido, prevendo prazos de caducidade, põe em causa certos princípios constitucionais; e que, por sua vez, o regime da impugnação da paternidade do perfilhante, com a sua tradicional imprescritibilidade, põe em causa outros princípios — o que agora estou a sublinhar é que a coexistência daqueles dois regimes parece ofender o princípio constitucional da igualdade entre os filhos nascidos do casamento e os filhos nascidos fora do matrimónio<sup>21</sup>.

<sup>19</sup>[http://www.pordata.pt/Portugal/Nados+vivos+fora+do+casamento++com+coabitação+e+sem+coabitação+dos+pais+\(percentagem\)+-620](http://www.pordata.pt/Portugal/Nados+vivos+fora+do+casamento++com+coabitação+e+sem+coabitação+dos+pais+(percentagem)+-620)

<sup>20</sup> Embora sem um ato autónomo, mas por declaração no assento de nascimento.

<sup>21</sup> Será discutível dizer se é o regime da impugnação da paternidade assente na perfilhação que devia curar de preservar os vínculos, em certos casos, quando as relações vividas e a proteção do filho o justificassem; ou que devia ser o regime de impugnação da paternidade presumida que devia tornar-se mais claramente biológica.

## F. Tópicos para um regime novo

a) Alguns sistemas jurídicos preocupam-se com o efeito destrutivo da impugnação sobre um vínculo paterno-filial, e procuram saber se este existe, para comprimir, nestes casos, a procura da verdade biológica. Uns, usam o conhecido instrumento da “posse de estado” para saber se a família constituída existe na realidade, isto é, se há “posse de estado” de filho; outros, seguem um caminho técnico diferente, mas equivalente nos seus resultados. Em qualquer caso, só depois de se averiguar qual é a realidade social e familiar que está em causa é que se pode saber se, ponderado o interesse público da busca da verdade biológica e o interesse conconcorrente da paz da família constituída, vale a pena manter o vínculo de paternidade.

Como exemplos do primeiro grupo, vejam-se os casos do sistema espanhol e do sistema francês.

Segundo o código civil *espanhol*, o marido goza de um prazo curto para agir, contado desde o nascimento do filho; o filho dispõe de um ano a contar do registo da filiação, ou a contar da maioridade ou do acesso à plena capacidade jurídica. Porém, esta caducidade do direito do filho só está prevista para o caso de haver “nas relações familiares posse de estado de filiação matrimonial”; no caso contrário, o direito de impugnar pode ser exercido pelo filho ou pelos seus herdeiros a todo o tempo (art. 137.º, n.º 4). Como se vê, o legislador espanhol, ao organizar a disciplina da impugnação, fez intervir um fator que não aparecia nos direitos latinos: a vivência real da comunidade familiar, que se exprime através da posse de estado de filho comum no seio das relações conjugais. Quando — apesar da subsistência jurídica da família conjugal e do vínculo de paternidade — o estado civil do filho não tem correspondência social, familiar e afetiva, o legislador entendeu que os valores da seguran-

ça jurídica, da eficácia das provas e da proteção da família não deviam prevalecer sobre o direito do filho à verdade biológica.

Note-se, que a ausência de posse de estado só determina a imprescritibilidade do direito do filho — e não também a do direito do marido; e que o art. 140.º também dá relevo à posse de estado no âmbito da impugnação da paternidade estabelecida por perfilhação.

No direito *francês*<sup>22</sup>, a impugnação da paternidade não se distingue conforme seja dirigida contra a paternidade do marido ou contra a paternidade do perfilhante; a ação é a mesma. O que faz divergir a legitimidade e o prazo para agir é o facto de ter havido “posse de estado” de filho durante cinco anos, a contar do nascimento ou de uma perfilhação posterior (art. 333.º, al. 1, CCiv fr). Se esta posse de estado completa existiu, então ninguém a pode impugnar, com exceção do ministério público, com base numa inverosimilhança manifestada nos atos ou em fraude à lei (art. 333.º, al. 2); se a posse de estado completa não existiu, qualquer interessado pode impugnar o vínculo, no prazo de dez anos (art. 334.º). este regime explica-se pela intenção de “*sécuriser et stabiliser rapidement la filiation*”<sup>23</sup>; por sua vez, a *Cour de Cassation* afirmou que o regime visava todas as pessoas que tinham beneficiado de uma posse de estado, para estabilizar o seu estatuto, com uma finalidade de interesse geral e no quadro de uma lei que procurou “*un équilibre entre les composantes biologique e affective de la filiation*”<sup>24</sup>.

Como exemplos do segundo grupo, menciono o direito suíço e o alemão.

O direito *suíço*, embora não utilize a técnica da “posse de estado”, só reconhece o direito de agir do filho contra a paternidade presumida quando os cônjuges deixaram de viver juntos durante a menoridade do impugnante (art. 256.º, n.º 1, CCiv sui). As causas relevantes podem ser quaisquer — morte, divórcio, invalidade, separação judicial e até separação de facto, pois o que se pretende é captar a realidade ou a ausência de uma família a funcionar. Esta limitação visa proteger um casamento intacto. E o direito do filho só pode ser exercido, nestas condições de casamento se ter mantido intacto, se porventura o filho não viveu com o casal porque, p. ex., a mãe e o marido não exerceram as responsabilidades parentais, ou o filho viveu com o pai natural<sup>25</sup>.

O direito *alemão* dá legitimidade para impugnar a paternidade do marido ou do perfilhante àquele que se considera o pai biológico, mas apenas quando a “relação social-familiar” cessou (§ 1600 II, BGB); e o objetivo é, claramente, o de proteger a comunidade familiar que realmente subsista<sup>26</sup>.

Todos estes sistemas mostram, pois, uma preocupação de preservar a continuidade das relações de facto que livremente se desenvolveram; na ausência desta realidade, admite-se muito mais facilmente a procura da verdade biológica.

Não é o caso, manifestamente, do direito português, onde o regime da impugnação da paternidade não faz intervir uma análise do caso que distinga as realidades e permita uma aplicação adequada do interesse constitucional da “proteção da família”... a uma família real e concreta que mereça a proteção.

<sup>22</sup> Depois da *Ordonnance* de 4 de julho de 2005 e da Lei de ratificação de 16 de janeiro de 2009.

<sup>23</sup> TERRÉ, F.; FENOUILLET, D., *Droit civil. La famille*, 8. éme éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 628.

<sup>24</sup> IDEM, p. 632.

<sup>25</sup> Ingeborg SCHWENZER, [Comentário ao art. 256.º CCiv sui], in «Basler Kommentar», Zivilgesetzbuch I, art. 1-456.º, 4 auf., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, p. 1350.

<sup>26</sup> D. SCHWAB, *Familienrecht*, 23. Auf., Muenchen, C.H.Beck, 2015, p. 264-5; N. DETHLOFF, *Familienrecht*, 30. Auf., Muenchen, C.H. Beck, 2012, p. 294.

b) O recurso à figura da “posse de estado”, no direito português, seria muito viável, no quadro de um sistema jurídico que está habituado esse instrumento: a posse de estado continua a fundamentar uma presunção de paternidade, nas ações de investigação [1816.º, n.º 2, a) e 1871.º, n.º 1, a)] e, justamente em matéria de prazos de caducidade, o art. 1817.º ainda recorre à ideia de cessação do *tratamento* como filho. É certo que o conteúdo da “posse de estado” teria de sofrer adaptações, sobretudo porque a noção sempre foi usada como uma expressão, um índice, do vínculo biológico, enquanto agora serviria para demonstrar a verdade sociológica de uma família funcional<sup>27</sup>.

Mas não é de excluir outro caminho menos habitual no nosso direito que possa atingir o mesmo resultado.

c) Os prazos foram estendidos pela lei n.º 14/2009 para tornar a caducidade mais aceitável, contra os argumentos em favor da imprescritibilidade das investigações e das impugnações. Mas, no momento em que se distinguisse o regime consoante houvesse uma família real a proteger, ou não houvesse, o primeiro regime poderia ter prazos curtos, enquanto o segundo poderia ter prazos longos ou seguir a regra da imprescritibilidade.

d) Valeria a pena unificar os regimes de impugnação da paternidade — quer ela resultasse de presunção de paternidade quer de perfilhação<sup>28</sup>. Esta agregação teria a vantagem de mostrar que o vínculo de paternidade é independente do casamento dos pais (como é do divórcio deles) e de eliminar

qualquer juízo de discriminação dos filhos nascidos fora do casamento<sup>29</sup>.

A distinção de regimes apenas se faria entre impugnação das paternidades que têm densidade afetiva e social, cuja destruição pode causar sofrimento aos seus intervenientes; e impugnação das paternidades que são apenas formais, desacompanhadas de uma relação vivida de pai e filho.

Para os casos em que há um vínculo de paternidade funcional e denso, poderia servir o atual regime que vale para a paternidade do marido (art. 1842.º); para os casos em que apenas há uma relação de paternidade formal, meramente registral, poderia servir o regime que vale atualmente para a paternidade resultante de perfilhação.

e) Seria importante discutir se o filho teria um direito de impugnar imprescritível, mesmo quando o regime fosse restritivo para os outros legitimados em homenagem à preservação efetiva de uma família funcional. Escrevi<sup>30</sup>, em tempos, que não recomendaria uma posição tão diferente para filho, relativamente aos outros legitimados. O direito português não reconheceu ao filho um direito imprescritível, quer em 1977, quer em 2009. Mas teve o cuidado de, passado o prazo-regra de caducidade, permitir a abertura de um novo prazo a contar do “conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se não ser filho do marido da mãe”. Este regime é bastante largo. Ainda assim, hoje tendo a pensar que, mesmo num quadro de proteção de uma família funcional, através da prova da “posse de estado” de filho ou de outro meio equivalente, não há razão para condicionar o exercício

<sup>27</sup> Para estas adaptações, veja-se o meu *Crítério jurídico da paternidade*, cit., p. 422 e p. 445-8.

<sup>28</sup> Adotam este modelo a Alemanha (§ 1600 BGB) e a França (art. 332.º CCiv fr). A reforma italiana de 2013 manteve dois regimes, mas aproximou-os sobretudo quanto aos prazos para agir (arts. 244.º e 263 CCiv it).

<sup>29</sup> Para mais desenvolvimentos, veja-se o meu *Crítério...*, cit., p. 442-445.

<sup>30</sup> *Crítério...*, cit., p. 386-389.

do direito de um filho<sup>31</sup> que não queira manter o vínculo. Na verdade, acompanho quem diz que o filho não deve merecer censura por não ter agido dentro do prazo-regra de dez anos, ou do prazo especial de três anos; o filho exerce «uma faculdade eminentemente pessoal, em que apenas pode imperar o critério do próprio filho»<sup>32</sup> [...] A isso há acrescentar que este critério pode ser mutável, em correspondência com a variação no tempo dos quadros relacionais e situacionais que podem influenciar uma tomada de decisão, tal como são subjetivamente sentidos e interpretados pelo pretense filho»<sup>33</sup>. Além disto, se é ele que quer prescindir da preservação da sua relação filial e da “proteção da família constituída”, não há outras razões suficientemente fortes para lhe impor uma compressão do direito de procurar livremente a verdade biológica. Por fim, parece-me útil que algum dos legitimados mantenha, sem reservas, o direito de fazer traduzir num processo judicial o conhecimento que tenha obtido extrajudicialmente<sup>34</sup>, para que possa sempre terminar a coexistência de uma “verdade jurídica” (a paternidade registada) com uma verdade social e familiar (que sabe que aquele registo não corresponde à realidade biológica).

### III. Conclusões

1. O Tribunal Constitucional tem invocado, habitualmente, a necessidade constitucional de “proteção da família constituída”. Porém, a lei ordiná-

<sup>31</sup> Também Paulo TÁVORA VITOR, *A propósito da Lei n.º 14/2009, de 1 de abril: breves considerações*, «Lex Famíliae», ano 6, n.º 11, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2009, p. 87-91, p.91.

<sup>32</sup> Acórdão do TC n.º 486/2004.

<sup>33</sup> Declaração de voto de J. Sousa Ribeiro no acórdão do TC n.º 401/2011.

<sup>34</sup> Através de provas científicas obtidas fora de um processo, depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 11/98, de 24 de Janeiro, que reorganizou o sistema médicolegal.

ria não lhe fornece os instrumentos para saber se a família — a relação paterno-filial — realmente existe com uma densidade tal que a torne digna de proteção jurídica, capaz de sobrelevar a procura da verdade biológica;

A lei ordinária devia prever os meios necessários para distinguir os casos em que há uma família — uma relação paterno-filial — para proteger, daqueles em que não há e, portanto, deve prevalecer a procura da verdade biológica; o que daria origem a dois regimes diferentes quanto ao prazo para agir;

2. Os meios indicados poderiam assentar na demonstração da “posse de estado”, mas aqui entendida como um índice da “verdade sociológica” e não como um índice da verdade biológica; ou na prova direta da ausência de uma família para proteger;

3. O regime dedicado à impugnação da paternidade do marido satisfaz o interesse constitucional da “proteção da família constituída”, mas o regime dedicado à impugnação da paternidade do perfilhante ignora este valor constitucional; então, pode dizer-se que o direito português trata com desigualdade as famílias fundadas no casamento e as outras famílias, ou seja, parece ofender o princípio constitucional da igualdade entre os filhos nascidos do casamento e os filhos nascidos fora do matrimónio.

4. Tendo em conta a evolução da tutela das famílias não fundadas no casamento, e também o número de filhos cuja paternidade se estabelece por perfilhação (50,7%), poderia organizar-se uma só ação de impugnação da paternidade (embora com a distinção de haver ou não haver uma família, uma relação paterno-filial, para proteger);

5. O direito de impugnar do filho devia ser imprescritível, em qualquer caso.



# RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS

Guilherme de Oliveira

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

**Resumo:** *O regime vigente do divórcio procura um equilíbrio entre a natureza especial do casamento e o princípio geral da indemnização por danos — ignoram-se as violações meramente endofamiliares (ausência de garantia para estas) e assume-se formalmente que se indemnizam imediatamente todos os danos resultantes da violação dos direitos fundamentais/de personalidade (reforço da garantia para estes). Entendeu-se que este novo equilíbrio harmoniza a tendência para a desregulação da intimidade e do matrimónio, por um lado, e o reforço dos direitos fundamentais/de personalidade, por outro.*

*A maior parte da doutrina portuguesa não acompanhou a última fase da evolução do regime e continua a defender a possibilidade da responsabilidade contratual por violação dos deveres conjugais. A jurisprudência maioritária dos tribunais superiores, em Portugal, tem seguido a mesma linha da maioria da doutrina.*

*A imprecisão do texto legal — que permite sustentar a interpretação maioritária — é fácil de corrigir através dos mecanismos tradicionais de interpretação.*

*No presente artigo, defende-se que a responsabilidade civil entre cônjuges é apenas a que segue os termos gerais da responsabilidade civil extracontratual.*

**Palavras-chave:** *Violação dos deveres conjugais; Direitos de personalidade; Fragilidade da garantia; Responsabilidade extracontratual*

## *Civil liability for breach of marital duties*

**Summary:** *The current divorce regime strikes a balance between the special nature of marriage and the general principle of compensation for damages. Purely intrafamilial violations of marital duties are ignored by law (and thus not enforced) and it is formally assumed that all damages resulting from the violation of fundamental/personal rights are compensated immediately (enhanced enforcement). This new balance aimed to*

*harmonise the trend towards deregulation of intimacy and marriage, on the one hand, and the strengthening of fundamental/personal rights, on the other hand.*

*Most of the Portuguese doctrine did not follow the last phase of the evolution of the regime and continues to defend the possibility of contractual liability for violation of marital duties. The leading jurisprudence of higher courts in Portugal has followed the same line as most of the doctrine.*

*The imprecision of the legal text — which supports the dominant trend — is easy to correct through the traditional mechanisms of interpretation.*

*In the present article, it is argued that civil liability between spouses is subjected to the general terms of non-contractual civil liability.*

**Keywords:** *Breach of marital duties; Personal rights; Enforcement of marital duties; Non-contractual liability*

## I. Traços da evolução social e jurídica

O tema da responsabilidade civil dentro do casamento — nomeadamente por violação dos deveres conjugais — é antigo, mas foi objeto de tratamento doutrinal escasso; e foi influenciado, em 2008, por alterações legislativas demasiado rápidas que não facilitaram o entendimento das normas.

A discussão do problema é indissociável da evolução que o casamento e a família sofreram nas sociedades ocidentais que conhecemos.

Em épocas anteriores à transição operada pela reforma de 1977 — e em épocas ainda mais recuadas nos países europeus que evoluíram mais depressa — o casamento/família instituição privilegiou

rigorosamente a defesa da *paz da família* e da *honorabilidade do homem*.

Para resumir a ideia da garantia da paz da família, basta afirmar que se pretendia evitar que os tribunais (o Estado) intervissem facilmente em assuntos do casamento; e basta lembrar como era difícil a dissolução do casamento por divórcio. Para exemplificar a ideia da defesa da honorabilidade do homem, pode lembrar-se como o presumido pai tinha de se sujeitar a regras muito restritivas para a impugnação da sua paternidade. Ou seja, o casamento/família—instituição chegava a sacrificar *o chefe da família*, apesar do estatuto privilegiado que lhe reservava, quando era necessário dar prioridade ao que se considerava ser o “*bem da família*”; em suma, a força do casamento/família—instituição primava sobre os interesses individuais dos cônjuges.

Na discussão sobre a responsabilidade pela violação dos deveres conjugais, esta ideia reitora tinha consequências. Na verdade, em muitos sistemas jurídicos, defendia-se abertamente a ideia de que os cônjuges beneficiavam de uma *imunidade matrimonial*, que excluía toda a responsabilidade civil, entre si, por atos ilícitos. Assim se fechava a porta à litigância e à intromissão dos tribunais.

F. PEREIRA COELHO, em 1965<sup>1</sup>, não deixava de refletir a preocupação dominante, nesta matéria, embora sem chegar ao ponto de reconhecer uma verdadeira imunidade matrimonial, ao afirmar:

“[...] pode dizer-se que não existe entre nós uma sanção organizada para o não cumprimento dos deveres familiares, ao qual a lei não liga qualquer obrigação de indemnizar do infractor. É certo que o art. 2361.º [hoje 483.º] do Cód. Civ. está redigido em termos muito genéricos, mas ele deverá ser objeto de uma interpretação restrictiva por forma a não se abrangerem aí os direitos familiares pessoais. É a doutrina comum [...] A favor dela

poderá argumentar-se com a [...] atitude de retraimento do legislador em face da família a qual não resultaria protegida — antes pelo contrário — se se abrissem amplamente aos tribunais as portas do santuário familiar”.

F. PEREIRA COELHO admitia o recurso à responsabilidade civil, mas *apenas depois* de iniciado o divórcio, afirmando<sup>2</sup>:

“os actos culposos que servem de fundamento ao divórcio, enquanto violam ou ofendem os direitos familiares pessoais do outro cônjuge, constituirão o seu autor em uma obrigação de indemnizar por todos os prejuízos causados. Nesta obrigação de indemnizar é que estará, verdadeiramente, a sanção para o não cumprimento dos deveres matrimoniais [...] as razões que justificam, ou podem justificar, uma interpretação restrictiva do art. 2361.º [hoje 483.º] [...] já não têm peso depois de um dos cônjuges intentar contra o outro uma acção divórcio”.

Também ANTUNES VARELA afirmava ainda, em 1992, em anotação ao art. 1792.<sup>03</sup>:

“... importa naturalmente salientar que esta disposição não obsta naturalmente à ressarcibilidade, quer dos danos provenientes da violação dos deveres relativos dos cônjuges, quer da violação dos direitos absolutos de que seja titular o cônjuge ofendido (ofensas à sua integridade física ou ao seu bom nome, violações da sua propriedade, etc.). Esses danos terão, evidentemente, que ser apreciados em acção autónoma e não na acção de divórcio, que tem como fundamental objetivo a dissolução da relação matrimonial”.

E, em 1999<sup>4</sup>, escreveu:

“As sanções contra a inobservância dos deveres conjugais, no plano das relações internas, encontram-se geralmente no direito de divórcio e no instituto da separação, sendo certo que nesse domínio se deve admitir

<sup>2</sup> *Ob. cit.*, p. 542.

<sup>3</sup> Pires de LIMA; Antunes VARELA, *Código civil anotado*, vol. IV, 2.ª edição revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 568-9.

<sup>4</sup> *Direito da Família*, 1.º volume, 5.ª edição revista, actualizada e completada, Lisboa, Livraria Petrony, 1999, p. 370.

<sup>1</sup> *Curso de Direito da Família, Direito matrimonial*, Coimbra, Atlântida Editora, 1965, p. 21.

a ressarcibilidade, tanto dos danos materiais, como dos danos morais sofridos pelo cônjuge inocente (cfr. art. 1792.º, n.º 1)”.<sup>5</sup>

Estas passagens, salvo erro, exprimiam aquela opinião de que, *durante o casamento*, deviam ser evitados os litígios e convinha preservar-se a família das intromissões do tribunal; e a norma geral que previa a responsabilidade civil era *interpretada restritivamente* para afastar o seu uso pelos cônjuges. Na *sequência do divórcio*, porém, estes interesses deixavam de pesar e todos os danos (patrimoniais e não patrimoniais) podiam ser indemnizados, em ação autónoma.

HEINRICH HÖRSTER, acompanhando esta solução de equilíbrio entre a responsabilidade e a preservação da vida conjugal, escreveu, em 1995<sup>5</sup>:

«deve haver lugar à responsabilidade civil dos cônjuges entre si, [...] por violação culposa dos direitos familiares pessoais [...] a doutrina da “fragilidade da garantia” não faz sentido».

E o autor exemplifica os casos em que a violação de deveres conjugais, por si só, causa danos ao outro cônjuge, ainda que não implique a violação concomitante de um direito absoluto deste:

“Basta pensar no cultivo de más companhias [...]; ou nos efeitos nefastos que a embriaguez e/ou a vadiagem podem causar na pessoa do outro; ou em alusões não decentes [...] quanto à virilidade do actual marido em comparação com os anteriores [...]; ou em apreciações depreciativas quanto ao aspecto físico ou a carreira profissional mal sucedida do outro; [...]”.

E acrescentou que aderira à posição defendida, em 1965, por F. Pereira Coelho<sup>6</sup>:

“Para proteger [a família das intromissões dos tribunais] basta diferir as indemnizações para depois de ter findo a

<sup>5</sup> *A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges entre si (ou: a doutrina da “fragilidade da garantia” será válida?)*, *Scientia Iuridica*, t. XLIV, 1995, n.ºs 253/255, p. 113-124, p. 124.

<sup>6</sup> *Art. cit.*, p. 123.

comunhão de vida entre os cônjuges [...]”.

Também ÂNGELA CERDEIRA, em 2000<sup>7</sup>, escreveu que:

“... nada impede que o cônjuge contra quem é proferido o divórcio reclame, em acção autónoma, a reparação dos prejuízos sofridos na constância do casamento”.

E em 2004<sup>8</sup>, parecia alinhar ainda com esta orientação, defendendo que, durante o casamento:

“dada a impossibilidade de impor o cumprimento dos deveres conjugais, face ao seu carácter íntimo, o cônjuge lesado não pode exigir o cumprimento dos mesmos nem pedir indemnização”.

EVA DIAS COSTA, em 2005<sup>9</sup>, aceitou a mesma orientação.

## II. A contribuição da Reforma de 1977

Para operar a transição do modelo do casamento/família — instituição para o modelo *casamento/família — convivência*, em Portugal, a reforma de 1977 promulgou o texto do art. 1671.º, n.º 2: “A direção da família pertence a ambos os cônjuges, que devem acordar sobre a orientação da vida em comum tendo em conta *o bem da família e os interesses de um e outro*” (sublinhados meus).

Nesta época, por um lado — quanto à legitimidade para decidir — estava a deixar-se para trás a ideia do vínculo matrimonial dirigido pelo marido como chefe da família; estava a valorizar-se a posição da mulher no papel de codiretora da sociedade conjugal.

<sup>7</sup> *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2000, p. 119.

<sup>8</sup> *Reparação dos danos não patrimoniais causados pelo divórcio*, in «Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977», vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 605-11, p. 606.

<sup>9</sup> *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 116.

Por outro lado — quanto aos interesses dignos de tutela — estava a fazer-se a transição do modelo de casamento/família — instituição para o modelo casamento/família — convivência, e assim recomendava-se que os cônjuges não ignorassem o “bem da família”, mas também que eles prestassem atenção “aos interesses de um e outro” — às suas aspirações individuais, às suas carreiras profissionais ou artísticas, ao seu modo particular de ser. Nesta norma (que pode suscitar menos atenção por sugerir apenas um vago interesse prático) reside uma ideia que afinal é basilar sobre a convivência matrimonial na Reforma: uma ideia que não quer negar o valor supra individual do casamento e da família, mas que *instala com firmeza a necessidade de compatibilizar a força tradicional da instituição com o reconhecimento dos direitos fundamentais dos cidadãos casados*.

Esta ideia global justificou, nomeadamente, a consagração expressa do *dever de respeito*, com o sentido de que, “para além do dever geral de respeito pelos direitos fundamentais de outrem, cada cônjuge, pelo facto de se ter empenhado num projecto conjugal comum, tem o especial dever de respeitar os direitos individuais do outro, os direitos conjugais que a lei lhe atribui e os seus interesses legítimos”<sup>10</sup>.

Passou a exigir-se um equilíbrio entre o “bem da família” e os “interesses de um e outro”.

Suponho que a discussão acerca da responsabilidade por violação de deveres conjugais evoluiu também, em consonância com esta ideia global que presidiu à reforma de 1977.

Tornou-se menos valiosa a protecção da família que resultava da “imunidade matrimonial” ou, pelo menos, do diferimento dos pedidos de indemnização para depois do divórcio, que fora o padrão domi-

nante. Passou a tornar-se difícil negar aos cônjuges a satisfação imediata dos seus interesses legítimos, como parecia ser a reparação dos danos sofridos.

Alguns autores mitigaram muito, ou excluíram, a ideia da “fragilidade da garantia” e reconheceram uma tutela plena — tanto a tutela especificamente familiar quanto a tutela comum — aos deveres conjugais pessoais.

F. PEREIRA COELHO antecipou a leitura do movimento social e procurou um novo equilíbrio, em 1986<sup>11</sup>, escrevendo:

“Pensamos hoje, até, que o art. 483.º não exclui a possibilidade de, independentemente de ter sido requerido o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens, se deduzir pedido de indemnização dos danos causados pela violação dos deveres do art. 1672.º — isto embora a situação não se verifique na prática, pois mal se imagina que um dos cônjuges não queira divorciar-se nem separar-se do outro e pretenda obter dele uma indemnização desses danos [...] Será nesta impossibilidade *prática* que radicará, de alguma maneira, a *fragilidade* da garantia que assiste aos direitos familiares pessoais”.

JORGE DUARTE PINHEIRO, em 2004, também defendeu claramente o entendimento dos deveres conjugais como deveres jurídicos que beneficiam de uma tutela especificamente familiar e de uma “tutela comum”. A sua dissertação de doutoramento dedicou-se amplamente a fundamentar a possibilidade de se pedir imediatamente uma indemnização pelos danos causados por violações culposas dos deveres conjugais, com base no princípio simples de que “a celebração do casamento não cria uma área de *excepção*” e, portanto, “nada impede a aplicação dos meios comuns à tutela dos deveres conjugais pessoais”<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> *Curso...*, policopiado, cit., p. 112-3.

<sup>12</sup> *O núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 760.

<sup>10</sup> F. Pereira COELHO, *Curso de Direito da Família*, policopiado, Coimbra, 1986, p. 396.

DIOGO LEITE DE CAMPOS — parecendo antecipar a evolução seguinte, afirmava<sup>13</sup>, em 1990:

“Este mesmo carácter de «privacidade» e de intimidade leva a que não se deva atribuir ao familiar «lesado» um direito à indemnização pelo não cumprimento dos deveres do outro [...] perante casos graves de incumprimento dos deveres familiares, a única possibilidade que assiste ao lesado é dissolver o vínculo, de modo a não continuar a suportar violações dos seus interesses [...] Isto não impede que, no caso de um dos membros da família praticar contra outro um ato que implique responsabilidade civil ou criminal — ou seja, um ato que, em si mesmo, independentemente do contexto familiar em que se situa, seja qualificável [como] facto ilícito, — o faltoso esteja sujeito a responsabilidade civil e criminal perante o lesado. Assim, se o marido agredir fisicamente a mulher, não só está a violar o dever familiar de respeito — o que não envolverá a obrigação de indemnizar ou responsabilidade criminal — como também comete um (outro) facto, ilícito, criminalmente punido, e envolvendo a obrigação de indemnizar. Agora, se a mulher cometer adultério, nenhuma obrigação de indemnizar terá para com o marido, nem incorrerá em responsabilidade criminal, dado que se trata de um facto «danoso», é certo, mas que só o é em virtude da especial situação (familiar) em que um cônjuge se encontra perante o outro.

Sintetizando, direi que cada membro da família, pelo facto de estar integrado no grupo, não aliena os seus direitos de personalidade — quando muito estes estarão ligeiramente comprimidos enquanto o estado familiar durar — podendo em qualquer momento violar os seus deveres para com o outro; o que será seguramente anti-jurídico, e eventualmente anti-ético, mas que não desencadeia por si qualquer espécie de sanção (para além da dissolução do vínculo ofendido)” [...] [Sobre o regime do art. 1792.º] “...não se trata dos danos não patrimoniais, causados ao outro cônjuge, pela violação dos deveres conjugais. Já vimos que a violação dos deveres conjugais, enquanto tal, não é suscetível de indemnização”<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 137-8.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 307.

Veja-se, porém, que o autor mudou de opinião [adiante, ponto V, a)].

### III. Evolução (continuação)

A ideia de casamento/família — convivência não parou de evoluir.

Se os traços mais nítidos foram, numa primeira fase, a valorização dos indivíduos casados e o respeito mútuo — que não podiam deixar persistir a tradicional compressão da responsabilidade civil que dificultava a reparação dos danos — foram sendo acrescentadas outras notas importantes.

Sobre isto, escrevi<sup>15</sup>:

“...tem-se tornado mais nítida a perda do valor do Estado e da Igreja como instância legitimadora da comunhão de vida e nota-se uma crescente rejeição das tabelas de valores e dos “deveres conjugais” predeterminados por qualquer entidade externa aos próprios conviventes<sup>16</sup>. A “família auto-poiética” pode receber estímulos do exterior, mas todas as informações recebidas serão reelaboradas de acordo com as modalidades internas de comunicação<sup>17</sup>. Neste sentido pode dizer-se que o casal e a família acompanham o movimento para a criação de “sistemas internamente referenciais”, característico da sociedade moderna<sup>18</sup> e, assim, dentro do casal “a lei é a ausência de lei”, “o amor tornou-se um assunto exclusivo dos amantes”<sup>19</sup> e o casal tornou-se o seu próprio legislador.

O resultado que se vem apurando de tudo isto — da relação entre dois indivíduos que lutam, amando-se, pela realização pessoal, desligados de qualquer quadro de valores e de respostas externas — é o de uma “relação pu-

<sup>15</sup> *Queremos amar-nos... mas não sabemos como*, «Revista de Legislação e de Jurisprudência», ano 133, n.º 3911 e 3912, 2000.

<sup>16</sup> THÉRY, Irène — *Couple, Filiation et Parenté Aujourd'hui* (Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice), Paris, Éd. Odile Jacob/La Documentation Française, 1998, p. 32.

<sup>17</sup> DONATI — *Manuale di sociologia ...*, p. 287-8.

<sup>18</sup> A. GIDDENS — *La transformación de la intimidad*, Madrid, Cate-dra, 1998, p. 158.

<sup>19</sup> U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 339 e 346.

ra<sup>20</sup>, apenas baseada no compromisso permanente e na gratificação renovada, que contém em si o acordo prévio sobre a sua dissolução. Trata-se, afinal, de uma relação entre dois estranhos — dois “estranhos íntimos”<sup>21</sup> — de construir “a menos estável de todas as relações possíveis”<sup>22</sup>, que diariamente tem de julgar e escolher todos os seus passos.

[...]

Esta ideia de igualdade dos dois parceiros da relação, aliada com a privatização do amor e com o enfraquecimento das referências externas “dadas” ao casal por outros ordenamentos tradicionais — a religião, os costumes, a vizinhança — têm produzido a diminuição do conteúdo imperativo do casamento, do conjunto dos chamados “efeitos pessoais” do casamento, tal como estávamos habituados a entendê-los. Aos olhos de hoje, seria ridículo que um código civil, como o código prussiano de 1794, definisse as razões que justificam a recusa do “débito conjugal” ou estabelecesse a idade em que os cônjuges deveriam retirar o filho pequeno da cama do casal<sup>23</sup>. E nada melhor do que o sistema jurídico alemão para mostrar como, partindo daquele “panjurismo”<sup>24</sup> que pretendia impor a todos um certo modelo de comportamento, se chegou a um sistema que não define “deveres conjugais” e apenas impõe que os cônjuges adoptem os comportamentos próprios de quem escolheu entrar para uma “comunhão de vida”. O que já levou os tribunais a discutir se os cônjuges têm o dever de viver juntos — com resposta negativa — e se um cônjuge tem o direito de exigir do outro que este tire a amante da casa da família — com resposta positiva<sup>25</sup>.

A ideia de que “o amor é assunto exclusivo dos amantes” e de que cada casal é o seu próprio legislador supõe que os sistemas jurídicos eliminem progressivamente da

pauta matrimonial os conteúdos que outrora serviam a todos indiscutivelmente, mas hoje estão, ao que parece, sujeitos a negociação, no âmbito da tal “relação pura” e do compromisso permanente.

E ainda<sup>26</sup>:

“[...] a evolução do direito matrimonial na Europa, nos últimos duzentos anos, mostra uma tendência inelutável para o enfraquecimento do vínculo matrimonial do ponto de vista jurídico. O Direito — com a sua vocação fundamental para regular as esferas patrimoniais da vida social — tem revelado dificuldades crescentes na sua capacidade para garantir o cumprimento de normas jurídicas matrimoniais, à medida que o casamento foi deixando de ser um negócio entre famílias e se tornou um meio de realização emocional de dois indivíduos. Por outro lado, a vocação do Direito para estabelecer regras gerais e abstractas, aplicáveis a todos os cidadãos, de acordo com o racionalismo oitocentista, tornou-se progressivamente inadequada ao pluralismo social que se instalou duradouramente nas comunidades ocidentais.

Mas não é verdade que os códigos civis continuam a prever “deveres matrimoniais”? Isto não significa uma vinculação jurídica tradicional, e a correspondente responsabilidade pelo não cumprimento?

A verdade é que se regista um movimento no sentido quer da supressão do elenco de deveres matrimoniais, quer da desvalorização da sua força jurídica, da sua coercibilidade.

O direito do espaço germânico é um bom exemplo desta mudança: passou de uma enumeração extensa dos deveres conjugais, no Código Prussiano de 1794, para uma afirmação lacónica de que os cônjuges devem adoptar uma “vida em comum”; e também cito o direito espanhol que, apesar de manter o elenco tradicional dos deveres

<sup>20</sup> A. GIDDENS — *Modernidad...*, p. 237-8.

<sup>21</sup> RUBIN, *apud* U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 113.

<sup>22</sup> SIMMEL, *apud* U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM — *El normal...*, p. 149.

<sup>23</sup> Caso do Código Prussiano de 1794 — *cfr.* GLENDON, Mary Ann — *The transformation of Family Law*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1996, p. 32-33.

<sup>24</sup> J. CARBONNIER — *Flexible droit*, 5ª éd., Paris, L.G.D.J., 1983, p. 24.

<sup>25</sup> GLENDON, Mary Ann — *The Transformation ...*, p. 93-4.

<sup>26</sup> *Linhas gerais da reforma do divórcio*, «Lex Familia» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano V, n.º 10, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2008, p. 63-72, p. 63-4.

conjugais, adoptou, em 2005, o divórcio unilateral, que assenta na mera vontade de um dos cônjuges.

Neste sentido, o casamento é um contrato mais frágil do que os contratos vulgares, de índole patrimonial, que estão regulados minuciosamente, sobretudo nos momentos críticos do cumprimento imperfeito, ou do não-cumprimento. A falta de pagamento de um preço, ou a entrega de um bem defeituoso, desencadeiam uma série de reacções desfavoráveis ao faltoso, destinadas a compensar as perdas patrimoniais e a prevenir casos futuros. Mas o casamento não é “um contrato qualquer”, neste sentido — é um contrato diferente, se é que se pode ainda falar de um contrato! O Direito não é capaz de regular com esta intensidade e minúcia o acordo de casamento, simplesmente porque, hoje em dia, as sociedades não querem regular a intimidade e os afectos desta maneira imperativa e estandardizada”.

Também Carlos Pamplona Corte-Real escreveu<sup>27</sup>:

[...] a comunhão plena de vida conjugal é um espaço de gestão livre e bicéfala, não sendo legítimo impor-se num campo tão marcadamente intimista a referência a vinculações imperativas.

#### IV. Informação sobre o direito estrangeiro

No direito de países próximos do nosso, tem sido reconhecida a evolução apresentada sumariamente atrás. Apresentarei exemplos, com tradução livre.

No **direito espanhol**, onde se definem claramente os deveres dos cônjuges<sup>28</sup>, em termos parecidos com os que o legislador português usou,

<sup>27</sup> *Relance crítico sobre o direito de família português*, in «Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho», Coimbra, Imprensa da Universidade, 2016, p. 107-130, p. 117.

<sup>28</sup> Arts. 67-9 CCiv esp.

MARÍN LÓPEZ<sup>29</sup> afirma que:

“estes deveres (...) não são diretamente coercíveis. Por isso, e apesar de serem deveres mútuos, se um cônjuge não os cumpre o outro não pode socorrer-se dos remédios previstos para o caso de incumprimento no art. 1124.º (exigir o cumprimento ou resolver o matrimónio, e pedir uma indemnização)”.

Também MARÍA LINACERO DE LA FUENTE<sup>30</sup> afirma que:

“Os deveres recíprocos dos cônjuges na esfera pessoal estão regulados nos artigos 67.º e 68.º. Em todo o caso trata-se de deveres de conteúdo ético dificilmente coercíveis [...] O dever de respeito deve entender-se em conexão com o respeito pela dignidade e com os direitos de personalidade do outro cônjuge (p. ex., honra, intimidade, integridade física ou moral, liberdade).

E ainda MANUEL ALBALADEJO/DÍAZ ALABART<sup>31</sup>:

“Antes de entrar no exame particular de cada dever há que assinalar que [...] se qualquer dos cônjuges os violar seja no que for, não há geralmente possibilidade de impor o seu cumprimento específico e assim, no máximo, em certos casos o ofendido apenas pode pedir determinados substitutos do cumprimento [como a fixação de alimentos para obviar à falta de socorro e ajuda, ou o recurso aos meios previstos na Lei da “violência de género” para remediar as violações graves do dever de respeito], ou apenas recorrer a meios de facto que levem o outro a decidir-se por cumprir, ou ainda optar por outros caminhos diferentes da pretensão de cumprimento como o de solicitar a separação ou o divórcio”.

Por fim, LAURA LÓPEZ DE LA CRUZ<sup>32</sup>:

<sup>29</sup> In Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano (coordenador), *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, 4.ª ed., Madrid, Bercal AS, 2015, p. 70.

<sup>30</sup> María Linacero de la Fuente, (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, València, Tirant lo Blanch, 2016, p. 131-2.

<sup>31</sup> *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 12.ª ed. atualizada por S. Díaz Alabart, Madrid, Edisofer SL, 2013, p. 115.

<sup>32</sup> *El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales*, in «Indret», 4/2010, Universidad Pablo de Olavide, Barcelona, p. 16, 32, 33, acessível em [http://www.indret.com/pdf/783\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/783_es.pdf)

“...admitir o possível recurso à ação indemnizatória para tratar de limitar por esta via determinado tipo de condutas podia supor um grave atentado ao princípio da liberdade pessoal que a nossa Constituição consagra e que constitui um eixo sobre o qual assentou a recente reforma do divórcio. Outra coisa é, sem dúvida, que a hipotética lesão dos direitos de uma pessoa não deva ficar impune pelo mero facto de que o causador do dano seja o seu cônjuge. Por aqui pode deduzir-se que a chave do problema está em determinar que comportamentos originam danos indemnizáveis e quais outros que, embora constituam violações dos deveres matrimoniais, não deveriam dar direito a uma indemnização. [...] E neste sentido, não parece que se deva conceder ao lesado uma proteção menor do que aquela que se dá a todo o cidadão, pelo facto de estar casado. [...] poderia afirmar-se que toda a atuação do cônjuge que signifique um atentado aos direitos fundamentais do outro origina um direito de indemnização do dano. Trata-se de casos em que produz uma lesão dos valores da personalidade garantidos pela Constituição, que o sistema especial de separação e de divórcio não consegue proteger. [...] A chave está em que o incumprimento de um dever matrimonial provoque a lesão de um direito fundamental, causando um determinado dano”.

A autora refere os alguns casos<sup>33</sup>:

— Em 30.07.1999, “o Tribunal Supremo [...] disse a este respeito: «sem dúvida que a violação dos deveres conjugais especificados nos artigos 67 e 68 do Código Civil é merecedora de uma inegável censura ético-social, censura que talvez se acentue mais naqueles casos que afetem o dever de mútua fidelidade, em que, apesar de tudo, é indubitável que a única consequência jurídica que a nossa legislação substantiva contempla é a de dar à violação o valor de causa de separação matrimonial no art. 82, mas sem tirar efeitos económicos contra o infrator [...] não se pode fundamentar a sua exigibilidade no preceito genérico do art. 1101, por mais que se considerem esses deveres como contratuais por causa da própria natureza do casamento, pois o contrário levaria a considerar que qualquer causa de alteração da convivência matrimonial obrigaria a indemnizar [...] O dano moral gerado em um dos cônjuges pela infidelidade do outro

não é suscetível de qualquer reparação económica».

— A Audiência Provincial de Valencia, em 2 de novembro de 2004 “estabeleceu, acerca do facto da infidelidade, que esta não é indemnizável”;

— A Audiência Provincial de Valencia, em 5 de setembro de 2007 declarou que “a infidelidade conjugal não é indemnizável”;

— A Audiência Provincial de Barcelona, em 16 de janeiro de 2007, afirmou que “o incumprimento do dever de fidelidade como tal não se indemniza”;

— A Audiência Provincial de Segovia, em 30 de setembro de 2003, [disse que] “No caso, a mulher pediu uma indemnização pelo sofrimento que o seu marido lhe causou ao abandonar o domicílio conjugal, dada a situação de enfermidade grave de que ela padecia, e apesar de o marido vir a pagar metade da pensão desde que cessou a convivência entre ambos. A Audiência negou o direito a pedir aquela indemnização alegando que «não se pode esquecer que, apesar da proliferação de situações em que se considera indemnizável o dano moral pela jurisprudência atual, [...] entre estas situações não se encontram os danos causados pelas infidelidades, abandonos ou ausência de lealdade nas relações pessoais, de amizade ou amorosas, pois tais casos entram no terreno do extrajurídico, não devendo proliferar categorias de danos indemnizáveis que tutelem interesses que não sejam juridicamente protegidos, e em que o Direito não deve desempenhar qualquer papel, nem tomar partido. Se é certo que os deveres de ajuda e auxílio mútuos entre os cônjuges estão consagrados nos artigos 67 e 68 e compreendem não só o que se entende por alimentos mas também outros cuidados de ordem ética e afetiva, trata-se de deveres incoercíveis que não desencadeiam qualquer sanção económica — com exceção do dever de alimentos, que neste caso foi cumprido — e são contemplados exclusivamente como causa de separação, divórcio...».

— A Audiência Provincial de Madrid, em sentença de 13 de janeiro de 1995, “confirmou a da primeira instância em que atribuía a guarda e custódia do filho ao pai. Baseado na tentativa baldada de executar a sentença no país americano, o pai propôs uma ação de responsabilidade extracontratual contra a que fora o seu cônjuge [...] o Tribunal condenou a mãe a reparar o dano moral

<sup>33</sup> *Ob. cit.*, p. 24-34.

causado, estabelecendo a quantia de indemnização em 60.000 euros”

— O Tribunal Superior apreciou um caso, em 23 de fevereiro de 2006, “cujos factos foram os seguintes: durante a propositura da ação de separação, o então marido trouxe ao processo dois diários íntimos da mulher com o objetivo de mostrar os alegados transtornos psíquicos desta relacionados com o exercício do direito de visita da filha comum. Segundo o Tribunal Supremo, a atuação do marido supõe uma grave infração do direito à intimidade da mulher...”

— A Audiência Provincial de Girona, em 18 de março de 2004, “condenou o réu a indemnizar o dano moral ocasionado pela lesão do direito à honra e à intimidade pessoal e familiar da autora [...] como consequência da publicação de um livro e que se narram pormenores relativos à vida conjugal do autor e que afetam a que era então a sua mulher”.

O **direito italiano** também enuncia os deveres conjugais recíprocos<sup>34</sup>. Porém, FRANCESCO RUSCELLO<sup>35</sup> afirma que:

“Se não se está em presença de um crime ou de comportamentos que incidam sobre o património do cônjuge, parece excluída [...] a ressarcibilidade dos danos causados pela violação de um dever conjugal”.

E MICHELE SESTA<sup>36</sup>, defende:

“... não há motivos para entender que o *status* do cônjuge possa sofrer uma redução e uma limitação da tutela da pessoa; porém, isto pressupõe [...] que a conduta do cônjuge tenha causado um dano injusto, segundo o art. 2043 c.c., no âmbito da esfera dos interesses do outro, sem que se possa concluir, por outro lado, que a simples violação dos deveres matrimoniais possa por si legitimar uma condenação ao ressarcimento do dano, já que à assunção de um dever matrimonial contrapõe-se um direito inviolável de liberdade [...] A constatação de que o respeito dos deveres conjugais seja confiado ao

cumprimento espontâneo, mais do que à força do direito [...] testemunha uma modificação do ordenamento, que parece ter renunciado a sancionar o respeito das regras confiadas essencialmente à consciência íntima da pessoa [...] Atualmente, doutrina e jurisprudência reconhecem a ressarcibilidade do dano endofamiliar, sempre que a conduta do cônjuge que é contrária aos deveres emergentes do casamento causou um dano injusto suscetível de ser ressarcido no sentido do art. 2043.º ss. c.c. [...] A simples violação dos deveres conjugais não pode todavia legitimar uma condenação ao ressarcimento do dano [...] A fim de se aplicarem as regras da responsabilidade aquiliana, portanto, é necessário qualquer coisa mais: que se verifique um dano injusto, que não se produz necessariamente pela violação dos deveres matrimoniais. [...] O ressarcimento do dano, portanto, pode ser concedido no caso em que a conduta, particularmente grave, do cônjuge tenha violado não só um dos direitos emergentes do casamento, mas tenha provocado também a lesão de um interesse ulterior tutelado pelo ordenamento [...] a relação entre a violação dos deveres conjugais e a responsabilidade aquiliana deve ser enquadrada no contexto mais amplo do ressarcimento de um dano por lesão de um interesse constitucionalmente relevante”

O autor refere alguns casos<sup>37</sup>:

— “Um dos casos mais significativos da oportunidade da abertura do direito da família às normas da responsabilidade civil teve por objeto o comportamento do marido relativamente à mulher afetada por uma patologia psíquica, que se isolou progressivamente [...] sem que o marido se preocupasse de algum modo [...] A mulher vivera assim durante quatro anos na mais completa incúria [...] o tribunal apurou que a patologia psíquica da mulher não era resultante do relacionamento conjugal desgastado, mas que o seu agravamento fora causado pelo retardamento da prestação da terapêutica adequada; retardamento que, por um lado, atrasara a recuperação da doente e, por outro lado, causara a perda definitiva das potencialidades psíquicas da mulher”.

— “... foi determinada a ressarcibilidade do dano num caso em que o casal tentava ter um filho, sujeitando-se a tratamentos médicos; assim que a mulher engravidou,

<sup>34</sup> Art. 143.º CCiv it.

<sup>35</sup> *Famiglia e Matrimonio*, tomo I, «Paolo Zatti, Trattato di Diritto di Famiglia», Milano, Giuffrè, 2002, p. 800.

<sup>36</sup> *Manuale di Diritto di Famiglia*, 7.ª ed., Padova, Wolters Kluwer/CEDAM, 2016, p. 464-472.

<sup>37</sup> *Ob. cit.*, p. 469-472.

todavia, o marido declarou que não queria ser pai e que não tinha interesse no vínculo conjugal, iniciando um afastamento da própria casa [...] Nesta situação, a mulher desenvolveu um síndrome depressivo e o feto sofreu um atraso no seu desenvolvimento. O tribunal reconheceu no comportamento do marido, não só uma violação da obrigação de assistência moral e material [...] mas também um ilícito civil, no caso uma conduta lesiva dos direitos invioláveis da pessoa, tutelados plenamente pelo art. 2.º da Constituição...”.

— “Também relativamente à violação do dever de fidelidade os juízes admitiram que a tutela aquiliana possa ter aplicação; em particular quando a relação extraconjugal se desenvolveu, no contexto em que os cônjuges viviam, de um modo a ofender a dignidade e a honra do outro cônjuge. Em casos destes, a injustiça do dano não resulta *tout court* da violação do dever de fidelidade, mas sim na violação da honra do cônjuge...”.

O **direito alemão** acompanha estas tendências.

Segundo DIETER SCHWAB<sup>38</sup>:

“...o não cumprimento dos deveres pessoais dos cônjuges não dá lugar a uma indemnização por danos [...] Pode haver lugar a pretensões indemnizatórias entre cônjuges ao abrigo das normas gerais da tutela civil [...] Estas pretensões podem ter fundamento, se os comportamentos ilícitos implicarem simultaneamente uma violação de um direito absoluto do outro cônjuge [...] Apesar da comunhão pessoal, os cônjuges permanecem titulares dos direitos absolutos de natureza pessoal (inviolabilidade do corpo, nome, direito geral de personalidade, honra, autodeterminação informacional). Quando um dos parceiros ofende ilicitamente um destes direitos, são reconhecidas ao outro pretensões segundo o § 1004 (por analogia) e indemnizações segundo o § 823 I. Isto também vale para a proteção da esfera da vida privada. Gravações secretas ou violações de correspondência também são ilícitas, entre cônjuges. Assim, o cônjuge ofendido sofre um dano e constitui-se uma obrigação de indemnizar segundo os pressupostos do § 823 I, como entre quaisquer pessoas. Naturalmente que a jurisprudência estabelece um limite. Um comportamento que é

exclusiva ou principalmente considerado violador [...] *por causa da sua ilicitude conjugal*, não cabe nos §§ 1004 e 823 I, porque isso contrariaria os fins do § 120 III da *Lei sobre os processos de família e a jurisdição voluntária*”.

E apresenta exemplos<sup>39</sup>:

— Um marido que pediu uma indemnização pelo dano que sofreu na sua honra pelo facto de a sua mulher ter mantido uma relação extraconjugal. A pretensão foi rejeitada por contrariar os fins do § 120 III FamGZ, segundo o qual o dever de contrair casamento ou de restabelecer a vida conjugal não está sujeito a execução e, portanto, também não dá lugar a indemnizações segundo as regras gerais.

— A introdução de uma mulher na residência do casal ou na empresa com que o cônjuge tem uma relação estreita (porque trabalha lá e contribui para o desenvolvimento do negócio) viola a proteção da *cidadela do casal*, digamos assim, (*räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe*). Há uma ofensa ao direito à privacidade.

Também NINA DETHLOFF<sup>40</sup> esclarece:

“Pretensões contra a perda do direito a alimentos, da colaboração do outro cônjuge, da partilha dos bens e dos ganhos, ou de outras perspectivas de lucros [...] não podem fazer-se valer. Danos de outra ordem são, no entanto, reparáveis se estiverem preenchidos os pressupostos dos §§ 823 e seguintes, pois o direito matrimonial não suspende a responsabilidade delitual. Se o ilícito conjugal produziu verdadeiros danos no corpo ou na saúde, podem fazer-se valer pretensões de indemnização. Mas não há lugar a um dever de indemnizar quando a violação da esfera da personalidade do cônjuge se esgota no ilícito conjugal [...] É indemnizável um dano, que resulta de um comportamento, mas que não se fundamenta na violação de um dever matrimonial enquanto tal”.

E apresenta um exemplo<sup>41</sup>:

— Depois de a mulher casada ter encontrado um namorado de infância e de ter resolvido ir morar com o

<sup>39</sup> *Oh. cit.*, p. 63.

<sup>40</sup> *Familienrecht*, 31.ª auf., München, C.H.Beck, 2015, p. 59.

<sup>41</sup> *Oh. cit.*, p. 57 e 60-1.

<sup>38</sup> *Familienrecht*, 25.ª auf., München, C.H.Beck, 2017, p. 61-64.

homem para o sótão da casa onde habitava, e depois de ter pedido o divórcio, o marido teve um esgotamento nervoso e foi internado.

Para além da interdição de entrada do namorado na casa de morada do casal (por violação da *cidadela do casal* (*räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe*), com ofensa do direito ao desenvolvimento da personalidade (p. 60), o marido pretendeu o reembolso das despesas com a clínica, da parte da mulher e do namorado (p. 58)

O lesado pode obter a indemnização porque sofreu danos na sua saúde como resultado do comportamento quer da mulher quer do namorado (p. 61-2).

E ainda GERNHUBER/COSTER-WALTJEN<sup>42</sup>:

“Indemnizações segundo o § 823 [a norma geral da responsabilidade civil] são geralmente rejeitadas pelo Supremo Tribunal [...] as consequências de uma violação da fé conjugal devem ser solucionadas no âmbito da relação...”.

Para o **direito inglês**, pode ler-se Jonathan Herring<sup>43</sup>:

“Hoje, em relação a indemnizações, as pessoas casadas e as não casadas são tratadas da mesma maneira”.

E também NIGEL LOWE and GILLIAN DOUGLAS<sup>44</sup>:

“Outra tendência crucial tem sido a extensão com que a lei tem evitado procurar julgar as más condutas de um membro da família contra o outro [...] Pode ver-se, em face do declínio das taxas de casamento, uma tendência em direção de normas uniformes para regular as relações entre as pessoas, independentes da sua forma legal [...] Já não há um dever jurídico coercível sobre marido e mulher para que vivam juntos [...] [Em 1962] foi dado a cada cônjuge um direito de pedir indemnizações contra o outro como se não fossem casados”.

Por fim, o **direito francês** é exceção. É certo que F. TERRÉ e D. FENOUILLET<sup>45</sup> regis-

tam muito da evolução apresentada atrás, quanto ao valor do casamento e do divórcio. Na verdade, reconhecem que “o casamento se tem tornado progressivamente menos vinculativo do que o acordo contratual”; que a consideração das “áreas da conjugalidade (...) aproximam o casamento da categoria dos contratos aleatórios” e fazem surgir a possibilidade (e a prática) de “seguros-divórcio”; que a lei de 2004 seguiu “o caminho de tratar por igual os violadores e os inocentes”; e verificam o “inexorável declínio do divórcio com culpa” — tudo sinais que acompanham a evolução geral traçada acima.

Porém, mostram que o direito francês continua a admitir a via do divórcio com base na violação culposa de um dever conjugal, que seja grave ou reiterada e comprometa a vida em comum (art. 242.º CCivfr).

É certo, também, que “as consequências em termos de sanção [que impendiam sobre o cônjuge culpado] foram quase todas eliminadas, deixando ao cônjuge que obtém o divórcio, em geral, uma satisfação simbólica”, mas não deixam de dizer claramente que pode haver lugar a indemnização para reparação das violações culposas dos deveres conjugais<sup>46 47</sup>, por força da aplicação do art. 1382.º (que é a norma geral da responsabilidade civil).

27

<sup>42</sup> *Familienrecht*, 6.ª ed., München C.H. Beck, 2010, p. 133.

<sup>43</sup> *Family Law*, 4th ed., Harlow, Pearson, 2009, p. 84.

<sup>44</sup> *Bromley's Family Law*, 11th ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 5, 89, 94, 99.

<sup>45</sup> *Droit civil. La famille*, 8.ª ed., Paris, Dalloz, 2011, p. 176-8.

<sup>46</sup> *Ob. cit.*, p. 258 e 267 e segs.

<sup>47</sup> É interessante notar que os autores afirmam que preveem desenvolvimentos na jurisprudência que já considerou a prática de um adultério como uma ofensa menos grave do que “o caráter ofensivo de um cônjuge relativamente ao outro”, no âmbito da interpretação do “dever de respeito” — *ob. cit.*, p. 271.

## V. O estado da questão, em Portugal, depois da lei n.º 61/2008

### a) A doutrina

A maior parte da doutrina não acompanhou a última fase da evolução referida e continua a defender a possibilidade da responsabilidade contratual por violação dos deveres conjugais.

RITA XAVIER, em 2009, afirma que é possível formular pedidos de indemnização por “ilícito conjugal culposo”, suponho que independentemente de se ter chegado a uma violação de um direito absoluto<sup>48</sup>:

«No seu conjunto, a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, seguiu aquela tendência ideológica, apesar das reservas que vinham progressivamente a ser feitas à alegada “fragilidade da garantia” dos direitos familiares, no contexto da responsabilidade civil dos cônjuges entre si, nomeadamente, com a recente admissão da Jurisprudência portuguesa da cumulação dos pedidos de divórcio e de indemnização por danos não patrimoniais decorrentes dos factos constitutivos do direito ao divórcio. Com efeito, enjutando tal evolução, a nova lei remete os pedidos de reparação dos danos sofridos com o divórcio e os decorrentes da verificação de um “ilícito conjugal culposo” para os Tribunais comuns e para outro tipo de processos (artigo 1792.º, n.º 1, do CC)».

CRISTINA DIAS, em 2009, escreveu<sup>49</sup>:

“... continuando a lei a prever os deveres conjugais nos arts. 1672.º e segs., e para evitar situações de injustiça, está prevista nas consequências do divórcio a reparação de danos [...] o cônjuge que se sinta lesado e que pretenda requerer uma indemnização terá de provar o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil (arts. 483.º e segs.) [...] Ao admitir a possibilidade de um cônjuge intentar uma acção de responsabilidade civil

<sup>48</sup> *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais. Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 24.

<sup>49</sup> *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 23 e p. 24, nota 12.

contra o outro afastam-se, por designação expressa da lei, os resquícios ainda existentes da teoria da fragilidade da garantia...”.

Mais tarde, em 2012<sup>50</sup>, acrescentou:

“... o legislador prevê expressamente a possibilidade de uma indemnização ao cônjuge lesado pela violação dos deveres conjugais uma vez decretado o divórcio”.

AIDA FILIPA FERREIRA DA SILVA, em 2013 ou posteriormente<sup>51</sup>:

“Embora não tenha sido suficientemente explícito na sua exposição de motivos, o que é evidente na nova redacção do artigo 1792.º é que o caminho a seguir é o da ressarcibilidade dos danos da violação dos deveres conjugais e o da negação da fragilidade da garantia destes [...] Dando com uma mão (a indemnização dos danos ocorridos entre cônjuges) o que retira com a outra (eliminação da declaração de culpa no processo de divórcio), o legislador vem demonstrar que a eliminação da apreciação da culpa não retira qualquer importância às obrigações conjugais e não torna irrelevante o comportamento dos cônjuges entre si, antes reforça o sentido de responsabilidade de que o casamento, naturalmente, se reveste”.

ANDREIA CRUZ, em 2013, escreveu<sup>52</sup>:

“... evidencia-se uma orientação doutrinária que continua a atribuir relevância à culpa pela violação dos deveres conjugais ao abrigo da previsão da alínea d) do artigo 1781.º (pelo menos como forma de constatar a ruptura definitiva do casamento) e de atribuir ao cônjuge lesado uma indemnização pela violação destes deveres ao abrigo do artigo 1792.º, n.º 1.”

<sup>50</sup> *Responsabilidade e indemnização por perda do direito ao débito conjugal — considerações em torno do art. 496.º do código civil*, «Scientia Jurídica», tomo LXI, 2012, n.º 329, p. 404.

<sup>51</sup> *Responsabilidade Civil entre Cônjuges no Divórcio. As alterações ao artigo 1792.º do Código Civil com a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro*, FDUP, s.d., p. 26 e 28, acessível em <https://repositorio-aberto.up.pt/browse?type=author&value=Aida+Filipa+Ferreira+da+Silva>

<sup>52</sup> *Deveres conjugais — índole jurídica à luz do novo regime jurídico do divórcio (lei n.º 61/2008)*, in Aafdl, «Revista Jurídica», n.º 26, ano XXXV, Abril/Maio/Junho, 2013, p. 44.

J. DUARTE PINHEIRO continua a defender<sup>53</sup>:

“Independentemente de um divórcio ou separação de pessoas e bens, a violação de deveres conjugais, incluindo deveres distintos do de respeito e de feição mais íntima, como os de fidelidade e coabitação, pode acarretar responsabilidade civil, ao abrigo das regras gerais (cfr. art. 483 e s.), como decorre claramente do art. 1792.º, n.º 1, na redacção da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. [...] O casamento não cria uma área de *excepção*”.

DIOGO LEITE DE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS<sup>54</sup>, afirmam, em 2017:

“São indemnizáveis todos os danos sofridos, sem excepção [...] Alguns desses danos não estão conexiados com o estado de casado. Será, por ex., o caso do bom nome e reputação [...] Outros derivarão da violação de deveres decorrentes do casamento...”

Porém, MAFALDA CASTANHEIRA NEVES, em 2013<sup>55</sup>, excluiu a aplicação das normas da responsabilidade contratual à violação dos deveres conjugais (que não consubstancie, simultaneamente, uma violação de direitos absolutos):

“...a natureza destes deveres parece determinar a exclusão das regras negociais [...] A indemnização resultante da responsabilidade contratual inscreve-se ainda e sempre no plano da satisfação do interesse do credor [...] Percebe-se, por isso, também por esta via, que contratualmente se defina *a priori* o obrigado a indemnização — aquele que se vinculou, no puro exercício da sua autonomia privada, a satisfazer aquele interesse legítimo do credor [...] Donde se entende que não é possível assumir a natureza contratual da responsabilidade do cônjuge pela violação dos seus deveres, como regra.

Tal explica-se pela natureza pessoalíssima dos deveres em questão, que não podem, em muitos casos, (ou na maioria dos casos), ser qualificados como deveres de carácter obrigacional.”

E mais tarde, em 2017<sup>56</sup>, escreve:

“[Os deveres conjugais recíprocos] são, portanto predispostos para a salvaguarda não apenas do interesse do cônjuge a quem são *devidos*, mas para defesa da própria sociedade conjugal [...] Quando se viola deveres conjugais, pode, de facto, incorrer-se na violação de um direito de personalidade do outro cônjuge, violação essa que determina (ou pode determinar) o surgimento de uma pretensão indemnizatória; mas também ser apenas e só lesado o matrimónio *qua tale*, porquanto — a deixar-se intocável a personalidade do outro — a violação do dever apenas contendeu com a outra dimensão para o qual é predisposto [...] sempre que se constate a violação de um direito de personalidade, o cônjuge lesado pode — mesmo durante a constância do casamento — deduzir contra o lesante um pedido indemnizatório [...] Simplesmente, porque o que é afetado com a violação deles que não consubstancie, simultaneamente, a lesão da personalidade alheia é a relação matrimonial como um todo, as regras do instituto aquiliano só se tornam operantes a partir do momento em que se constata a rutura daquela. Em causa estão, portanto, os danos resultantes da dissolução do casamento, infligida pela violação dos referidos deveres [...] se o que é lesado com a violação dos deveres conjugais é o interesse da integridade da sociedade conjugal, os danos sofridos pelos cônjuges (ou pelo cônjuge tido como lesado) serão, para dado efeito, indirectos, pelo que, na falta de previsão expressa pelo legislador, poder-se-iam colocar ulteriores problemas. Quer isto dizer que, neste segmento específico, se abre uma hipótese especial de responsabilidade civil que, podendo não envolver a lesão da personalidade (e, portanto, de um direito absoluto), pode consubstanciar um desvio à regra do artigo 483.º CC, tanto mais que a lesão só indirectamente é sofrida pelo cônjuge. Trata-se, contudo, de um caso excepcional, resultado de uma rutura de uma relação matrimonial, que escapa às preocupações de limitação da responsabilidade do sistema.”

<sup>53</sup> O *Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 395.

<sup>54</sup> *Lições de Direito da Família*, 3.ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p.354.

<sup>55</sup> *Família e Responsabilidade civil: uma relação possível? Brevíssimo apontamento*, in «Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família», Coimbra, Coimbra Editora/Centro de Direito da Família, ano 10, n.º 20, 2013, p. 79-80.

<sup>56</sup> *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais, Princípio Editora, 2017, p. 149-152.

C. PAMPLONA CORTE-REAL e JOSÉ SILVA PEREIRA pareciam acompanhar a ideia que tive a ocasião de expor em 2010<sup>57</sup>, quando afirmaram, em 2011<sup>58</sup>:

“... a responsabilidade civil a que se refere o artigo 1792.º, n.º 1, nada tem a ver no seu alcance com a ruptura e inerente violação dos deveres conjugais. Mas tão só com a violação de direitos absolutos por força do relacionamento conjugal, v.g., no que ao direito à integridade moral e física ou ao direito de propriedade, entre outros, diga respeito [...] a lei só faz relevar os deveres conjugais, nos termos do citado artigo 1792.º, n.º 1, quando a sua inobservância possa beliscar direitos absolutos (nos termos gerais de direito, que não do direito especificamente conjugal. Há assim que fazer uma leitura “debilitadora” do alcance dos chamados deveres conjugais, que só extremadamente podem predeterminar situações de responsabilidade extracontratual, naturalmente apreciadas em tribunais comuns (é o caso, por exemplo, do crime de violência doméstica)”.

### b) A jurisprudência

A jurisprudência maioritária dos tribunais superiores tem seguido a mesma linha da maioria da doutrina. Isto é, tem entendido que a lei n.º 61/2008 abandonou de vez a ideia da “fragilidade da garantia” dos deveres conjugais pessoais (que já vinha sendo geralmente afastada), de um modo claro: através da nova redação do art.º 1792.º. Assim, todas as violações de deveres conjugais poderiam dar lugar a indemnização. Neste sentido, basicamente, podem ver-se os acórdãos:

STJ 02.09.2012 (Hélder Roque):

“O lugar próprio da valoração da violação culposa dos deveres conjugais, que continuam a merecer a tutela do direito, é a acção judicial de responsabilidade civil para reparação de danos, processualmente, separada da acção

de divórcio [...] E a solução do novo texto do artigo 1792.º, no 1, do CC, constitui uma alteração clarificada-ra que, repudiando, abertamente, a tese da fragilidade da garantia, contribui para uma utilização mais efectiva dos meios comuns de tutela entre os cônjuges”.

STJ 09.17.2013 (Mário Mendes):

“a lei deixou de fazer qualquer distinção entre os danos directamente resultantes da dissolução do casamento e os danos resultantes de factos ilícitos ocorridos na constância do matrimónio, nomeadamente os que possam ter conduzido ao divórcio [...] [A lei n.º 6172008] eliminou definitivamente aqueles que eram os últimos elementos subsistentes da doutrina da fragilidade da garantia, por via da qual a responsabilidade civil se não aplicava, pelo menos em principio, no âmbito dos direitos familiares pessoais...”.

Relação de Lisboa 01.15.2015 (Luís Correia de Mendonça):

“No regime da Lei n.º 61/2008 a eventual violação ilícita e culposa dos deveres conjugais só pode ser apreciada no âmbito de um processo comum, separado da acção de divórcio, para ressarcimento de danos patrimoniais ou não patrimoniais”.

Os acórdãos referidos não fazem a distinção entre atos que apenas violam deveres conjugais e atos que, simultaneamente, violam direitos absolutos (direitos de personalidade), e entendem que todos são indemnizáveis.

STJ 05.12.2016 (Tomé Gomes):

“I — Sob a vigência do art. 1792.º do CC, na redação dada pelo DL n.º 496/77, de 25-11, no que respeita à admissibilidade do direito a indemnização por danos decorrentes da violação dos deveres conjugais pessoais, desenhavam-se, na doutrina nacional, duas perspetivas:

i) — uma de cariz tradicional, no sentido de negar tal direito, ancorada na tese da denominada fragilidade da garantia daqueles deveres;

ii) — outra, a sustentar a possibilidade de indemnização do cônjuge lesado, em ação autónoma à do divórcio, mesmo na constância do casamento, nos termos gerais

<sup>57</sup> *A nova lei do divórcio*, «Lex Familia» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2010, p. 5-32, p. 25.

<sup>58</sup> *Direito da Família, Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.ª ed. actualizada, Lisboa, aafld, 2011, p. 19-20.

da responsabilidade civil, considerando que os direitos conjugais revestiam a natureza jurídica de direitos subjetivos, não se justificando que a sua função institucional pudesse desmerecer aquela tutela.

II — Por sua vez, a jurisprudência foi abrindo caminho e sedimentando a orientação desta segunda perspetiva.

II — Com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31-10, e face à nova redação dada ao art. 1792.º do CC, reforçou-se a tese da 2.º perspetiva, embora existam ainda alguns autores a sustentar, face à abolição do divórcio-sanção, que a violação dos deveres conjugais pessoais deixou de merecer a tutela direta por via do instituto geral da responsabilidade civil”.

Este acórdão apresenta a distinção entre atos que apenas violam deveres conjugais e atos que, simultaneamente, violam direitos absolutos (direitos de personalidade), acompanha a doutrina que mantém a tutela civil para os atos que violam apenas os deveres conjugais, mas concluiu que o comportamento do réu “se mostra lesivo da integridade psíquica da A., inscrevendo-se, portanto, na esfera da tutela dos seus direitos de personalidade”. Pode discutir-se, creio eu, se esta lesão assume gravidade que vá para além das perturbações importantes do quotidiano e do desgosto sentido pela autora.

Relação de Lisboa, 07.13. 2017 (Maria José Mouro):

“A lei 61/2008, de 31-10, terminou com a declaração de culpa no divórcio e com as consequências patrimoniais negativas associadas a essa declaração [...] Afastou, porém, a denominada tese da «fragilidade da garantia»”.

Este acórdão parece apoiar-se no acórdão do STJ referido imediatamente acima, e cita em seu apoio AIDA FILIPA FERREIRA DA SILVA: «No quadro do nosso direito [...] a sanção para a violação dos deveres conjugais é a reparação dos danos resultantes de tal incumprimento e já não o divórcio, como era anteriormente entendido por grande parte da doutrina e da jurisprudência».

Pode discutir-se, creio eu, que todos os atos provados signifiquem mais do que violações desagradáveis dos deveres conjugais para significarem ofensas aos direitos de personalidade. Por exemplo: “a ridicularização reiterada (ainda que sem exposição pública) da crença religiosa, formação profissional (ou falta dela) ou posição política de um dos cônjuges; a embriaguez e toxicod dependência crónica (sobretudo, com a recusa de tratamento); a desonra pela condenação por crime (ou tentativa) contra terceiro.

Divergindo desta orientação, no fundamental, afirmando que os danos resultantes da violação de deveres conjugais só são indemnizáveis se os atos significarem simultaneamente lesões dos direitos de personalidade, podem ver-se os acórdãos:

Relação de Coimbra 11.10.2015 (Jorge Arcaño):

“A teoria da fragilidade da garantia foi, por isso, postergada, pelo que a violação dos deveres conjugais pode implicar uma situação de responsabilidade civil extracontratual e daí que o art.1792 n.º1 CC reforce que o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro, nos termos gerais da responsabilidade civil, ou seja, na cláusula geral do art. 483 do CC.

Uma acção com estes contornos pressupõe a comprovação dos pressupostos típicos da responsabilidade civil, importando, desde logo indagar da violação ilícita dos direitos de outrem, máxime dos direitos de personalidade, e dos danos.

Não está em causa, por conseguinte, as implicações da violação dos factos que consubstanciam os deveres conjugais na perspectiva da cessação do casamento, ou como fundamento do divórcio, mas como elementos da responsabilidade civil delitual”.

Pode discutir-se, creio eu, que os factos alegados pela autora possam significar violações dos direitos de personalidade: “tendo-se divorciado por

mútuo consentimento em 13/8/2013, só mais tarde, no início de 2014, tomou conhecimento de que o Réu manteve secretamente um relacionamento extraconjugal, tendo uma filha de nome M..., nascida em 18/6/2005, situação que configura violação dos deveres de respeito e fidelidade, por se sentir humilhada e de que a sua vida matrimonial foi uma “farsa”. Isto é, talvez o tribunal esteja a admitir a indemnização de um dano proveniente de um facto que não tenha ultrapassado, afinal, a violação de deveres conjugais.

Relação do Porto 09.26.2016 (Carlos Gil):

“Quanto aos restantes danos, não patrimoniais e patrimoniais, causados por um cônjuge ao outro são ressarcíveis, nos termos gerais da responsabilidade civil e mediante ação a intentar nos tribunais comuns. A remissão da ressarcibilidade destes danos para o regime geral da responsabilidade civil significa a sua sujeição às regras da responsabilidade aquiliana.”

Relação de Évora 01.26.2017 (Silva Rato):

“I — É legítimo ao cônjuge cuja *lesão* decorra da prática, pelo outro cônjuge, na constância do matrimónio, de factos ilícitos violadores dos deveres conjugais, que consubstanciem também a violação dos seus direitos de personalidade, demandar o cônjuge lesante, peticionando indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais da responsabilidade civil aquiliana [...] “...pode o cônjuge lesado demandar o outro cônjuge para o pagamento dos danos patrimoniais decorrentes da prática de factos ilícitos violadores dos deveres conjugais, concomitantes aos direitos de personalidade, ocorridos na constância do matrimónio, por exemplo pela prática da violação da integridade física do cônjuge agredido...”

Apesar das afirmações citadas, também se lê:

“...é admissível a indemnização do cônjuge lesado, por danos não patrimoniais resultantes da violação dos deveres conjugais na constância do matrimónio, *em particular* se essa violação constituir simultaneamente violação dos direitos de personalidade” (itálico meu);

E transcreve-se abundantemente o acórdão do STJ de 05.12.2016, pelo que não parece seguro que o presente acórdão só admita a reparação dos danos no caso de o ato lesivo ofender direitos de personalidade, e não apenas deveres conjugais.

Como resulta do que ficou escrito, a jurisprudência maioritária não tem acompanhado a ideia que se pretendeu instalar no direito português, com a lei n.º 61/2008. Nesta intervenção legislativa, o objetivo foi o de abandonar uma garantia dos deveres conjugais que fosse especificamente talhada pelo direito matrimonial e, num sentido oposto, acentuar formalmente a aplicação da tutela geral contra as violações de direitos de personalidade que se cumulassem com as violações dos deveres conjugais. Assim, muitas violações de deveres conjugais deixariam de ser tuteladas, para serem deixadas à autoregulação dos cônjuges e à saída (fácil) do divórcio; outras violações, que se traduzissem simultaneamente em lesões dos direitos de personalidade, seriam processadas à margem do casamento e do divórcio, como se ocorressem entre dois cidadãos quaisquer. Por outras palavras, só seriam indemnizáveis os danos na personalidade, provocados pela violação de direitos absolutos, em tribunal competente para a responsabilidade civil aquiliana.

## VI. A minha posição

### a) Violações endofamiliares — violações de direitos de personalidade

Julgo que a maioria da doutrina e da jurisprudência desprezam toda a evolução que se tem verificado no quadro europeu acerca da culpa dentro casamento, acerca da liberdade dos cônjuges e acerca da tutela dos direitos fundamentais. E desprezam o quadro geral de valores que a reforma

de 2008 introduziu no sistema português. Não se pode dizer que não se baseiem na letra da lei (art. 1792.º), tal como ela foi efetivamente publicada; mas apenas se baseiam na letra da lei.

Para a caracterização do regime vigente em Portugal, já escrevi<sup>59</sup>:

“Ainda e sempre com o fundamento da irrelevância da culpa, e da ausência de uma declaração e graduação das culpas, a Lei n.º 61/2008 modificou muito o regime que vigorava sobre reparação de danos.

A dissolução do casamento assenta num princípio de ruptura objectiva, baseada em factos que mostram a cessação definitiva do projecto matrimonial. Sendo assim, não se procura um culpado nem um principal culpado; nem um inocente, que possa ser considerado o lesado e, portanto, o titular de um direito de indemnização pela violação dos deveres conjugais. Seguindo esta lógica até ao fim, poderia nem se encontrar, de todo, uma previsão de “reparação de danos”.

O artigo 1792.º vigente, porém, prevê que possa haver lugar a responsabilidade civil, nos termos gerais. Ou seja: é verosímil que certos factos praticados por um cônjuge constituam ilícitos civis, violações dos direitos de personalidade do outro cônjuge, dignos de tutela do Direito. As pretensões de indemnização devem ser apresentadas nos tribunais próprios, apreciadas e decididas com os critérios próprios da responsabilidade civil entre cidadãos<sup>60</sup> [...] Os ilícitos que podem fundamentar uma obrigação de indemnizar, portanto, não resultam da mera violação de deveres especificamente conjugais; os ilícitos resultam da violação de deveres gerais de respeito, de ofensas a direitos de personalidade e a direitos fundamentais. Por exemplo: um adultério não tem de ser fundamento para uma indemnização; mas sê-lo-á, provavelmente, se for acompanhado de publicidade ou de qualquer forma de crueldade moral. Esta foi a ideia

que presidiu às alterações; mas, afinal, serão os tribunais a dar corpo ao regime”.

Mantenho hoje que a lei de 2008 exprimiu a tendência de *retraimento do legislador na regulação da intimidade*, que vinha fazendo o seu curso nos países que nos inspiram. Este retraimento é um modo de dizer que os sistemas jurídicos — em face do pluralismo moral e da criatividade social que se vem registando<sup>61</sup> — desvalorizam a proteção do casamento como uma instituição moldada nos cânones tradicionais, ao mesmo tempo que fazem sobressair os direitos de personalidade dos indivíduos casados; designadamente, entregam progressivamente nas mãos destes a *liberdade de ação para o desenvolvimento da sua personalidade*, sobretudo nas matérias pessoalíssimas que implicam o conteúdo habitual do matrimónio e a própria subsistência deste. Daí a progressiva desvalorização do carácter impositivo dos deveres conjugais — que nunca poderiam ter (nem nunca tiveram) uma garantia jurídica normal; e também a facilidade para sair do casamento (em vez das restrições antigas) que permite corrigir todo o percurso em vez de admitir ressarcimentos (aliás impraticáveis, como disse F. Pereira Coelho em 1986) de danos endofamiliares.

Mantenho também que o regime de 2008 quis afastar qualquer juízo de culpa *no âmbito especificamente matrimonial*, tanto como pressuposto do decretamento do divórcio, quanto para os efeitos tradicionais, que distinguiram a contribuição dos cônjuges para o fracasso do casamento e penalizavam o culpado ou o principal culpado. Não só desapareceu o divórcio fundado na violação culposa dos deveres conjugais (art. 1781.º) mas também se apa-

<sup>59</sup> *A nova lei do divórcio*, «Lex Familia» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2010, p. 5-32, p. 25; e *Curso de Direito da Família*, tomo I, vol. I: Introdução. Direito Matrimonial, em co-autoria com Prof. Doutor Francisco Manuel Pereira Coelho, 5.ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 789-790.

<sup>60</sup> Para ser inteiramente explícito, o novo texto deveria dizer “... responsabilidade civil extracontratual ...”.

<sup>61</sup> Basta notar que, em pouco tempo, generalizaram-se ideias e aspirações pouco menos do que surpreendentes, como a maternidade baseada no afeto ou na vontade, o divórcio livre apenas fundado na falta de afeto, a equiparação da união de facto ao casamento, e a multiparentalidade.

garam as penalizações nos regimes da concessão de alimentos (art. 2016.º), da perda de benefícios (art. 1791.º) e do regime da partilha (art. 1790.º), que se fundavam no teor da declaração de culpa — declaração de culpa que, aliás, desapareceu (art. 1787.º).

O art. 1792.º pretendeu evitar toda a discussão sobre a culpa entre os cônjuges, quer esta discussão se fizesse na ação de divórcio ou em ação autónoma; por esta razão, apenas admitiu, na ação de divórcio, o pedido de indemnização fundado na al. b) do art. 1781, pois esta indemnização não depende de uma apreciação de culpa. O sentido do art. 1792.º é de afirmar que apenas são indemnizáveis as violações de direitos absolutos, nos tribunais comuns da responsabilidade civil extracontratual; os atos dos cônjuges ou ex-cônjuges serão irrelevantes pela qualidade dos sujeitos, e apenas relevantes enquanto atos de cidadãos que violam direitos de personalidade e direitos fundamentais de outros cidadãos. Dito por outras palavras, os comportamentos cuja ilicitude nasça do casamento, ou que só relevem a partir dele por ofenderem valores especificamente matrimoniais<sup>62</sup> em vez de violarem direitos prévios de que toda a pessoa nasce titular, não suscitam responsabilidade civil, que seria a responsabilidade extracontratual.

Assim, o *dever de fidelidade* — e a ilicitude do adultério — só podem ter sentido dentro do matrimónio e por causa do matrimónio; a sua existência e avaliação não radicam em qualquer direito de personalidade que qualquer indivíduo traz consigo pelo facto de nascer. O ato violador pode causar um dano endofamiliar; só pode ser avaliado dentro do perímetro do casamento.

O *dever de coabitação* também não tem existência própria antes ou fora de um matrimónio. Esta-

belece-se dentro da relação bilateral do casamento, e as suas violações também não ofendem qualquer direito de personalidade, com efeitos absolutos, que seja inerente à personalidade humana; só podem configurar um dano endofamiliar.

O *dever de cooperação* importa para os cônjuges “a obrigação de socorro e auxílio mútuos e a de assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram”, isto é, obriga os cônjuges a ampararem-se mutuamente, e obriga-os a participarem nas decisões sobre os assuntos de interesse comum. Também este dever de cooperação conjugal, nas várias formas que assume, é um dever que apenas tem sentido no quadro de um matrimónio — nasce com este e extingue-se com este. Ninguém nasce com um direito de personalidade, absoluto, com tal conteúdo; de facto, ninguém tem um direito à cooperação conjugal, salvo se estiver dentro de um quadro matrimonial. As infrações típicas destes deveres conjugais podem ser apenas violações endofamiliares<sup>63</sup>.

O valor do *dever de respeito* é mais complexo. Por um lado, sendo um dever residual ao lado dos outros que estão especificados, está sempre presente, mas sem relevo autónomo; isto é, se um cônjuge viola o dever de fidelidade, o dever de coabitação ou o dever de cooperação, — sem atingir direitos de personalidade — está a desrespeitar o estatuto matrimonial do outro, está a praticar infrações endofamiliares, que apenas violam o estatuto conjugal do outro. Simultaneamente, o *dever de respeito* tem o sentido de que cada membro do projeto conju-

<sup>62</sup> Neste sentido SCHWAB, *ob. cit.*, p. 63, n.º 145 e também NINA DETHLOF, *ob. cit.*, p. 59, n.º 16.

<sup>63</sup> É claro que não está em causa o dever de garante, baseado em especiais “relações fácticas de solidariedade”, que justifica a equiparação da ação à omissão, em direito penal (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 941). Nestes casos são ofendidos, obviamente, direitos absolutos do lesado, direitos de personalidade; pelo contrário, no texto fala-se apenas em direitos relativos, de conteúdo meramente conjugal.

gal tem um dever especial de se abster de lesões dos direitos absolutos do seu cônjuge — um dever *maior* do que qualquer outra pessoa. Assim, no caso de um cônjuge violar direitos de personalidade do outro, o dever conjugal de respeito parece impor a *qualificação das infrações* contra os direitos de personalidade deste.

Neste quadro, é difícil imaginar que os interesses globais da lei de 2008 ficassem satisfeitos com a transferência da apreciação dos factos reveladores da tradicional culpa matrimonial e da sua graduação para outra ação e outro tribunal... como parece ter sido singelamente dado por adquirido pela maioria da doutrina e da jurisprudência. Também é difícil imaginar que o novo regime tivesse considerado como razoável eliminar a sanção do divórcio e das suas consequências patrimoniais desfavoráveis, mas deixar a porta aberta à aplicação de sanções pecuniárias a título de indemnização por danos especificamente matrimoniais; é que, desta maneira, continuaria a limitar a liberdade de pedir o divórcio, ao repor tudo o que se quis efetivamente eliminar: a prova das violações, a prova da culpa e a graduação das culpas de cada cônjuge, ainda que não tivessem sido violados direitos fundamentais/de personalidade.

Tudo se compreende melhor se se tiver presente que a lei pretendeu introduzir *um novo equilíbrio*. Depois de séculos de imunidade conjugal total (*ausência de garantia*), chegou a encontrar-se um equilíbrio entre a indemnização de *todos* os danos sofridos pelo cônjuge inocente e a proteção da família contra as intromissões dos tribunais, passando a indemnização para depois da dissolução do casamento (*fragilidade da garantia*); em 1986, F. Pereira Coelho<sup>64</sup> veio a admitir a possibilidade de

indemnização imediata dos danos, reconhecendo porém que seria difícil e raro harmonizar, em termos práticos, o exercício da responsabilidade civil com a permanência do estado de casado (outra forma de *fragilidade da garantia*); agora, continua a procurar-se um equilíbrio entre a natureza especial do casamento e o princípio geral da indemnização por danos — ignoram-se as violações meramente endofamiliares (*ausência de garantia* para estas) e assume-se formalmente que se indemnizam imediatamente todos os danos resultantes da violação dos direitos fundamentais/de personalidade (*reforço da garantia* para estes). Entendeu-se que este novo equilíbrio harmonizava a tendência para a desregulação da intimidade e do matrimónio, por um lado, e o reforço dos direitos fundamentais/de personalidade, por outro.

Neste sentido, o casamento é, de facto, uma *área de exceção*. Vendo bem, o regime do casamento — quer nos aspetos pessoais quer nos aspetos patrimoniais — é um grande conjunto de exceções ao regime geral dos contratos, da propriedade, da administração de bens, e da responsabilidade civil<sup>65</sup>. E neste ponto que agora interessa, já não é novidade que a regra geral da responsabilidade civil expressa nos arts. 2361.º CSeabra e 483.º CCiv não se aplicou na área do casamento, ainda que não se encontrasse na lei qualquer norma que suportas-

<sup>64</sup> Como exemplos, o casamento é um contrato que quase não permite liberdade contratual, tirando a liberdade de casar ou de não casar, de escolher o outro contraente e, hoje em dia, de fazer cessar o vínculo; o regime das invalidades do ato mostra causas taxativas e muito diferentes das que valem para os contratos (art. 1627.º e segs.); nunca se admitiu a presunção de culpa contra os violadores do contrato de casamento; sempre se consideraram formas de dissolução privativas (art. 1773.º e segs.); um cônjuge pode administrar bens alheios (art. 1678.º, n.º 2, e); os rendimentos dos bens próprios são comuns (art. 1728.º, n.º 1); há regras especiais para a responsabilidade por má administração de bens (art. 1681.º); há bens comuns que respondem por dívidas exclusivas de um cônjuge (art. 1696.º, n.º 2); as convenções antenupeciais são imutáveis (art. 1714.º, n.º 1); os cônjuges estão proibidos de fazer contratos de compra e venda e de sociedade (art. 1714.º, n.º 2), etc.

<sup>64</sup> *Curso...*, policopiado, cit., p. 3, nota 1.

se tal restrição. Naquela época, pretendia-se proteger a estabilidade do casamento-instituição; hoje, o predomínio vai para a proteção da liberdade de cada cônjuge de não permanecer casado. Ora, quer a tutela plena dos deveres conjugais (quando não esteja em causa a violação de direitos de personalidade) quer a responsabilidade civil pela dissolução do casamento poderiam constituir obstáculos ao exercício do direito ao divórcio<sup>66</sup> — hoje facilitado, pelas mesmas razões de defesa do desenvolvimento da personalidade. Por estas razões se procurou, na lei de 2008, *um novo equilíbrio*, como se disse acima, que deixa por indemnizar as meras violações endomatrmoniais e que deixa a porta da saída do casamento disfuncional mais aberta; por isto é que, também neste ponto concreto, o casamento é, de facto, uma área de exceção.

### b) Duas maneiras de evitar o regime pretendido pela lei de 2008

Dito isto, julgo que há duas formas de rejeitar o espírito da lei de 2008, nesta matéria.

Uma destas é continuar a recorrer à responsabilidade civil contratual para indemnizar os danos emergentes das violações endofamiliares, resultantes das infrações exclusivas aos deveres conjugais pessoais; a doutrina dominante tem-no feito, acompanhada pela jurisprudência maioritária<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Todos conhecem o caso paralelo e tradicional, que recorre a uma justificação do mesmo tipo: é o caso da limitação da reparação dos danos provocados pela rutura da promessa de casamento. Na verdade, em vez de uma responsabilidade total segundo as regras gerais da quebra dos contratos-promessa, a lei limita o âmbito do ressarcimento, (art. 1591.º); e a razão está na vontade de garantir a plena liberdade de casar, que poderia ficar comprometida pela ameaça de uma obrigação de indemnizar pesada. Também a ameaça de reparação de todos os danos resultantes das violações endomatrmoniais poderia limitar o exercício do direito ao divórcio.

<sup>67</sup> Aconteceu em outros países, como escrevia LAURA LÓPEZ DE LA CRUZ, em 2010: “... de facto, estamos a assistir a uma nova corrente punitiva que pretende castigar o cônjuge incumpridor, obrigando-o a

Outra forma será alegar que sempre que se infringe um dever conjugal pessoal há também violação de um direito de personalidade e, portanto, responsabilidade extracontratual. Este alargamento parece encontrar-se, designadamente, no acórdão do STJ de 05.12.2016 e no acórdão da Relação de Lisboa de 07.13.2017.

No acórdão do STJ, de 05.12.2016, onde se diz que a violação dos deveres conjugais implicou também a lesão do direito de personalidade à integridade psíquica, embora não “se tenha logrado caracterizar uma patologia depressiva profunda, [...] nem se divisando [...] que tal situação se tivesse vindo a agravar ao longo do tempo, admitindo-se até, à luz da experiência comum, que o abalo psíquico da A. tenha sido mais acentuado nos primeiros anos...”. Será que tinha razão o voto de vencido do acórdão recorrido, quando afirmou que se trataria apenas de “frustração e desalento decorrente do malogro das relações afectivas inerente ao “risco próprio da vivência inter-pessoal (risco de desamor)”?

No acórdão da Relação de Lisboa, de 07.13.2017, logo o sumário afirma: “Entre os deveres conjugais aludidos no art. 1672 do CC encontra-se o dever de respeito — cada cônjuge tem

pagar uma quantia económica. Assim, a própria sentença da Audiência Provincial de Cádiz, de 3 de abril de 2008, reconhece que, por força das modificações das normas reguladoras do divórcio pela lei 15/2005, de 8 de junho, desapareceu a possibilidade de pedir a separação ou o divórcio por violação dos deveres emergentes do casamento, pelo que é preciso impor uma outra forma de sanção que se traduz no ressarcimento do dano gerado [...] em casos como estes, corre-se o grave risco de introduzir no nosso ordenamento o sistema da culpa através da indemnização do dano moral resultante, tal como sucedeu em Itália com o conceito de “imputabilidade” da separação (*addebito*) ou em França, com a indemnização pelo divórcio. Num sistema como o nosso, em que desapareceu o divórcio causal e em que o direito a extinguir o matrimónio constitui um direito enquadrável entre aqueles que garantem a liberdade da pessoa, não parece que seja cabido admitir uma nova forma de sancionar o cônjuge, impondo-lhe penas económicas em função da sua conduta, sempre que esta se afaste das regras morais socialmente estabelecidas” (*art. cit.*, p. 30-1).

o especial dever de respeitar os direitos individuais do outro, abrangendo o dever de respeito desde logo, os direitos inerentes à personalidade”; assim tornam-se coincidentes os direitos especificamente conjugais, que nascem com o casamento, e os direitos de personalidade que nascem com o indivíduo. Depois, foram relevantes factos como: “aos fins-de-semana fumava “erva” e haxixe, tendo para tanto em cultivo caseiro algumas plantas”; “estando uma torneira da casa de banho do r/c da casa do casal a pingar já há muitos dias sem que, apesar dos pedidos da A., o R. a arranjasse ou mandasse arranjar, foi preciso a A. chamar o seu padraço, o “pai José”, como lhe chama, para substituir a sola da torneira”; “começou a “berrar” à A.”; “estavam a consumir haxixe e álcool frente à TV, deixando os objetos próprios daquele consumo expostos na mesa da sala; “nem se mexeram, nem a saudaram, foi como se não existisse, como se não estivessem em sua casa; a A. sentiu-se humilhada”; “quando foi buscar as suas roupas e outros objetos de uso pessoal, o R. tinha-as encaixotado e deixando as gavetas onde estavam arrumadas todas reviradas”; “A separação e pedido de divórcio trouxe à A. algum sofrimento”; “a ridicularização reiterada (ainda que sem exposição pública) da crença religiosa, formação profissional (ou falta dela) ou posição política de um dos cônjuges” [...] “Ou seja, a perda do equilíbrio emocional, com a necessidade de recurso a auxílio psicológico, foi a consequência de “tudo” — do desmoronar do casamento, da circunstância de ter deixado a casa que era o seu lar, construída sobre terreno que fora da sua família, mas, também, dos comportamentos do R. acima assinalados, violadores do dever de respeito e ofensivos do amor-próprio, da sensibilidade e susceptibilidade da A. Os ditos comportamentos do R. foram concausais da perda de equilíbrio emocional da A., ha-

vendo contribuído para a deterioração da relação conjugal”.

Este alargamento dos direitos de personalidade — de tal modo que eles passariam a abranger sempre os direitos especificamente conjugais — acabaria por sugerir um pretensão direito à felicidade, um direito a ter um cônjuge respeitador do amor-próprio, dedicado, colaborante, afetuoso e fiel; e, no limite, toda a indelicadeza, desleixo, falta de afeto ou infidelidade, constituiriam violações culposas do dever de respeito, logo indemnizáveis extracontratualmente. Ora, não existe um tal direito à felicidade conjugal, nem se pode alargar deste modo o círculo e o conteúdo dos direitos de personalidade.

### c) O dano da dissolução do casamento

Entendo que não é indemnizável o dano da dissolução do casamento.

Em primeiro lugar, o pedido de dissolução, verificados os pressupostos legais, é um ato lícito — tributário do direito ao livre desenvolvimento da personalidade — que, portanto, não gera uma obrigação de indemnizar<sup>68</sup>; para a dissolução dar lugar a reparação do dano eventualmente sentido pelo outro cônjuge, teria de haver preceito adequado, mas tal preceito está expressamente pensado apenas para a dissolução requerida com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge [art. 1781.º, b)].

Em segundo lugar, pode notar-se que o art. 1792.º CCiv previa a indemnização do dano da dissolução, mas deixou de o prever, em 2008, salvo no caso excepcional referido atrás.

<sup>68</sup> Como se escreveu no ac. da Relação do Porto, de 09.16.2016 (Carlos Gil): “porque a dissolução do casamento por divórcio corresponde ao exercício de um direito potestativo, na falta de previsão legal expressa a estatuir a obrigação de compensação desses danos com base em facto lícito, afigura-se-nos que tais danos não patrimoniais derivados da dissolução do casamento não serão compensáveis”.

Por último, a reparação do dano da dissolução do matrimónio só tem sentido quando o sistema protege concretamente a estabilidade do casamento, em vez de dar prioridade ao exercício da liberdade de não permanecer casado. Ora, não é possível afirmar que a manutenção do vínculo tem sido uma preocupação dos legisladores ocidentais, e do legislador português, sobretudo em face da lei n.º 61/2008; na verdade, a ideia do casamento-instituição tem perdido a preferência social em toda a parte, em favor da liberdade individual dos cônjuges no sentido da conformação da sua vida íntima, no quadro do desenvolvimento da sua personalidade. O que tem feito o seu curso, em toda a parte, é a desregulamentação do divórcio, no sentido de tornar mais fácil a saída de um casamento falhado.

Por tudo isto, o dano da dissolução só se manteve indemnizável no caso excepcional da alteração das faculdades mentais, por força de escrúpulos compreensíveis<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA continua a pressupor a tutela autónoma da “profunda realidade institucional” do casamento e, com base neste pressuposto, sustenta o recurso à responsabilidade extracontratual para indemnizar o dano da dissolução do matrimónio e os danos indirectos sofridos pelos cônjuges, que levaram à rutura do casamento; o art. 1792.º, por sua vez, seria a norma que legítima este regime, que “abre uma hipótese especial de responsabilidade civil”, em desvio ao art. 483.º (ob. cit., p. 152).

A meu ver — e sem prejuízo de respeitar o habitual nível da argumentação técnica — os pressupostos de que parte a autora não são os pressupostos que justificaram o regime da lei de 2008. Na verdade, esta lei não pretendeu consagrar a defesa do casamento-instituição, sobretudo numa época em que seria contrário ao movimento europeu (pelo menos) fazê-lo; por outro lado, não houve qualquer sinal de que o texto do art. 1792.º pretendesse abrir uma área excepcional de responsabilidade civil aquiliana, situada para além da regra geral do art. 483.º. Mantenho, portanto, que não são indemnizáveis quer a dissolução do casamento quer os danos indirectos sofridos pelos cônjuges que não resultem, simultaneamente, de ofensas aos seus direitos de personalidade.

#### d) Os deveres conjugais pessoais ainda são deveres jurídicos?

A circunstância de os deveres conjugais pessoais não beneficiarem de tutela jurídica, nem sequer da possibilidade do infrator ser compelido a indemnizar um dano (quando não estiver em causa simultaneamente uma violação de um direito de personalidade), tem suscitado a dúvida de saber se esses deveres pessoais ainda são *deveres jurídicos* ou se são apenas deveres morais ou sociais.

Para referir alguns exemplos das dúvidas sobre este problema:

— “Não só a duvidosa índole jurídica dos assim chamados deveres conjugais...”<sup>70</sup>

— “estes deveres não constituem na realidade verdadeiras obrigações, pois embora tenham um alto conteúdo moral ou ético, não são diretamente coercíveis”<sup>71</sup>;

— “o direito da família procura regular, em geral, um tipo de relações tão especiais e complexas do ponto de vista humano que, na realidade, são dificilmente redutíveis a puras normas jurídicas. [...] Os deveres recíprocos dos cônjuges na esfera pessoal estão regulados nos artigos 67.º e 68.º. Em todo o caso trata-se de deveres de conteúdo ético dificilmente coercíveis”<sup>72</sup>;

— “Antes de entrar no exame particular de cada dever há que assinalar que quase todos eles têm uma forte dose de conteúdo moral...”<sup>73</sup>.

— “Nesta fase de transição avançada de uma disciplina das relações familiares com um forte recorte institucional para uma regulamentação centrada progressivamente sobre a protecção dos direitos individuais, a crescente

<sup>70</sup> C. PAMPLONA CORTE-REAL e JOSÉ SILVA PEREIRA, *Direito da Família, Tópicos para uma reflexão crítica*, ob. cit., p. 130.

<sup>71</sup> MARÍN LOPEZ, In Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coordenador), *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, 4.ª ed., Madrid, Bercal AS, 2015, p. 70.

<sup>72</sup> MARÍA LINACERO DE LA FUENTE, In María Linacero de la Fuente, (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, València, Tirant lo Blanch, 2016, p. 131-2.

<sup>73</sup> MANUEL ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 12.ª ed. atualizada por S. Díaz Alabart, Madrid, Edisofer SL, 2013, p. 115.

privatização do casamento que daí resulta faz duvidar da natureza das regras que o código civil contém, particularmente daquelas que preveem deveres não coercíveis como os de fidelidade, assistência moral, colaboração e coabitação. A constatação de que o respeito dos deveres conjugais é confiado mais ao cumprimento espontâneo do que à força do direito [...] testemunha uma mudança no ordenamento, que parece ter renunciado a sancionar o respeito pelas regras que são dirigidas essencialmente à consciência íntima da pessoa”<sup>74</sup>.

— “Embora os deveres pessoais que emergem do casamento sejam verdadeiros deveres jurídicos...”<sup>75</sup>.

— “Para o BGB o regime do casamento é de uma relação privada. Por isto, a lei não define um padrão para o desenvolvimento pessoal do casal [...] O direito matrimonial mudou muito: já não há justiça privada, nem se exerce uma coação jurídica estatal. Lá que muitas pessoas ainda reconheçam preceitos morais como conteúdo do casamento é verdade, e ainda bem. Mas esta moral não é imposta juridicamente [...] Por isso, pode questionar-se até onde vai a autonomia do casal e até onde é viável um modelo legal do casamento”<sup>76</sup>.

É que, se ainda se pode reconhecer na consagração dos chamados “deveres recíprocos dos cônjuges” a adoção de uma “ordem de sentido” na direção da Justiça, já a falta de coercibilidade para o cumprimento — quer sob a forma de coação para o próprio facto do cumprimento, quer ao menos sob a forma de reparação por equivalente (indenização) no caso de incumprimento — justifica a pergunta. Por outro lado, segundo a classificação tradicional, as normas que definem os “deveres recíprocos dos cônjuges” seriam *leges imperfectae*; e logo J. Baptista Machado pergunta se “poderá haver normas jurídicas cuja violação não importe efeitos jurídicos?”<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> MICHELE SESTA, *Manuale di Diritto di Famiglia*, cit., p. 70.

<sup>75</sup> SCHWAB, *ob. cit.*, p. 61.

<sup>76</sup> NINA DETHLOFF, *ob. cit.*, p. 54-6.

<sup>77</sup> *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 96.

Embora eu não tenha a competência para dar a resposta que aquele eminente autor omitiu, sempre me parece útil mencionar que, se o facto do não-cumprimento do dever pessoal — a infração verificada — não dá lugar a uma indemnização do dano que eventualmente tenha sido sentido (mostrando assim a ausência de tutela que pode comprometer a natureza jurídica da norma) a verdade é que o facto não deixa de ter relevo jurídico. Na verdade, as infrações conjugais — se não relevam como factos geradores de responsabilidade civil — podem relevar como factos que mostram uma *rutura definitiva e objetiva* do casamento, nos termos do art. 1781.º, al. d); e também podem relevar para a formação do juízo de iniquidade que justifica a *negação do pedido de alimentos*, nos termos do art. 2016.º, n.º 3. Admito ainda que o dever de respeito dos cônjuges reforce o dever de abstenção de atos capazes de causar danos nos direitos de personalidade, sendo, portanto, apto a *qualificar* as infrações praticadas. Também assim, no âmbito criminal, a “exigência intensificada de respeito pela vida do outro com que se resolveu constituir família ou formar uma comunhão de vida” não só parece fundamentar o *efeito qualificador*<sup>78</sup> nos crimes de homicídio [art. 132.º, n.º 2, b), CPen] e de ofensa à integridade física (art. 145.º, n.º 2, CPen), mas também participa do fundamento do crime de violência doméstica (art. 152.º, CPen), (ainda que, por vezes, não tenha nascido, tecnicamente, um dever *conjugal* de respeito<sup>79</sup>).

Será que estas consequências legais podem garantir o estatuto de normas jurídicas às regras que definem os deveres conjugais recíprocos?

<sup>78</sup> J. FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, *Comentário conimbricense ao Código Penal*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 58.

<sup>79</sup> Cfr. *IDEM*, p. 59.

## VII. Uma correção que se impõe

O regime da responsabilidade civil entre os cônjuges não ficou bem organizado na lei n.º 61/2008; e como também não foi suficientemente explicado, sobrevieram dúvidas persistentes.

a) A norma central do regime ficou no lugar em que estava, isto é, no art. 1792.º. O que pode explicar-se, em primeiro lugar, porque era nesse lugar que se costumava regular a responsabilidade civil decorrente do casamento, apesar das dúvidas que o regime sempre levantou; em segundo lugar, porque se pretendia manter em vigor uma parte da norma: aquela que dizia respeito à dissolução baseada na alteração das faculdades mentais de um cônjuge; e em terceiro lugar, porque parecia ser o lugar mais visível para mostrar a formalização da abertura para a responsabilidade civil entre os cônjuges, que não ficasse vinculada ao dano da extinção do casamento, como se dizia até então.

Porém, a opção sistemática não deve ter sido boa, como se percebe pelas interrogações que suscitou [cfr., p. ex., o ac. do STJ de 05.12.2016 (Tomé Gomes) e Mafalda Miranda Barbosa, *ob. cit.*, p. 151].

b) Como venho escrevendo desde 2010<sup>80</sup>, o texto do art. 1792.º, n.º 1, devia ter dito “responsabilidade civil extracontratual”, porque era este segmento do regime da responsabilidade civil que se queria realmente eger.

Já apresentei acima as razões para esta escolha — que se prendem com o enfraquecimento jurídico do vínculo conjugal que a sociedade vinha reclamando e a lei de 2008 acolheu em várias passagens, com o retraimento do Estado na regulação da inti-

midade, com o privilégio da liberdade dos cônjuges em matéria pessoalíssima e, concretamente, com a exclusão de todo o juízo sobre a culpa, e a sua graduação, na área das relações mais íntimas dos cônjuges.

Assim, o texto do art. 1792.º, n.º 1, (onde quer que se tivesse localizado), devia afirmar: “O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil *extracontratual* e nos tribunais comuns”.

c) Em alternativa à mera correção literal do art. 1792.º, n.º 1, que tenho repetidamente justificado, julgo que teria sido possível produzir uma norma que afirmasse que a mera violação dos deveres conjugais pessoais, isto é, sem violação concomitante de direitos de personalidade, não justificaria a obrigação de indemnizar. Esta norma talvez ficasse bem junto da enunciação dos referidos deveres recíprocos dos cônjuges — 1672.º, n.º 2: “A violação dos deveres conjugais pessoais que constitua, simultaneamente, uma lesão de direitos de personalidade dá ao lesado o direito a ser reparado nos termos gerais da responsabilidade civil extracontratual”.

## VIII. Uma interpretação restritiva tradicional

A deficiência literal que tem traído as intenções do art. 1792.º não impede que se conheça hoje, e se respeite, o espírito global das normas da lei de 2008.

Parece ocioso dizer, hoje em dia, que a valorização do elemento teleológico da lei deve prevalecer sobre o elemento literal, de tal modo que, como se diz na dogmática tradicional:

— “o intérprete não deve deixar-se arrastar pelo alcance aparente do texto, mas deve restringir este em termos de

<sup>80</sup> *A nova lei do divórcio*, «Lex Familiae» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2010, p. 5-32, p. 25.

o tornar compatível com o pensamento legislativo...”<sup>81</sup>;

— “...o método teleológico tem-se vindo a deslocar cada vez mais para um primeiro plano em relação à «interpretação literal» [...] deve importar mais o fim e a razão de ser que o respectivo sentido literal [...] restringindo uma fórmula legal com alcance demasiado amplo. Nestes últimos casos fala-se de interpretação [...] restritiva”<sup>82</sup>;

— “Quando [...] o sentido literal, o contexto significativo e a compatibilidade lógica das proposições jurídicas ainda deixam espaço aberto para diversas interpretações, surge a questão de saber qual delas corresponde à representação que o próprio legislador ligou à expressão por ele escolhida”<sup>83</sup>;

— “se ocorrer uma situação inversa (espírito menos amplo do que a letra) [...] realizar-se-á uma «interpretação restritiva»”<sup>84</sup>.

Julgo que expus as representações e as intenções da lei de 2008, no quadro dos valores globais em que ela assentou. Dito isto, creio que o art. 1792.º, n.º 1, interpretado restritivamente — *reduzindo a “responsabilidade civil” à responsabilidade delitual* — é a norma que afasta o princípio geral da responsabilidade civil por violações especificamente matrimoniais (“endofamiliares”) que não ofendessem direitos de personalidade do lesado, como era o seu propósito.

## IX. Conclusões

1. Em épocas mais recuadas, em muitos sistemas jurídicos, defendia-se abertamente a ideia de que os cônjuges beneficiavam de uma *imunidade matrimonial*, que excluía a

responsabilidade civil por atos ilícitos. Assim se fechava a porta à litigância e à intromissão dos tribunais.

2. Ainda no domínio do Código de Seabra, valeu uma opinião mais mitigada de que, *durante o casamento*, deviam ser evitados os litígios e convinha preservar-se a família das intromissões do tribunal; e a norma geral que previa a responsabilidade civil era *interpretada restritivamente* para afastar o seu uso pelos cônjuges. *Na sequência do divórcio*, porém, estes interesses deixavam de pesar e todos os danos (patrimoniais e não patrimoniais) podiam ser indemnizados, em ação autónoma.
3. A reforma de 1976 *instalou com firmeza a necessidade de compatibilizar a força tradicional da instituição com o reconhecimento dos direitos fundamentais dos cidadãos casados*. Com base nesta ideia, vários autores mitigaram muito, ou excluíram, a ideia da “fragilidade da garantia” e reconheceram *uma tutela plena* aos deveres conjugais pessoais — tanto a tutela especificamente familiar quanto a tutela comum.
4. Na sequência da evolução social e jurídica que entretanto se desenvolveu, tem-se introduzido *um novo equilíbrio* entre a natureza especial do casamento e o princípio geral da indemnização por danos — ignoram-se as violações meramente endofamiliares (*ausência de garantia* para estas) e assume-se que se indemnizam imediatamente todos os danos resultantes da violação dos direitos fundamentais/de personalidade (*reforço da garantia* para estes). Entendeu-se que este novo equilíbrio harmonizava a tendência para a desregulação da intimidade e do

<sup>81</sup> J. BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 186.

<sup>82</sup> KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, Lisboa, F. Calouste Gulbenkian, 1965, p. 120.

<sup>83</sup> KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do Direito*, 2.ª ed., Lisboa, F. Calouste Gulbenkian, 1969, p. 450-1.

<sup>84</sup> FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 918.

matrimónio, por um lado, e o reforço dos direitos fundamentais/de personalidade, por outro.

5. A maior parte da doutrina portuguesa não acompanhou a última fase da evolução referida e continua a defender a possibilidade da responsabilidade contratual por violação dos deveres conjugais.

A jurisprudência maioritária dos tribunais superiores, em Portugal, tem seguido a mesma linha da maioria da doutrina. Isto é, tem entendido que a lei n.º 61/2008 abandonou de vez a ideia da “fragilidade da garantia” dos deveres conjugais pessoais (que já vinha sendo geralmente afastada) através da nova redação do art.º 1792.º. Assim, todas as violações de deveres conjugais poderiam dar lugar a indemnização.

6. Ora, na verdade, o regime de 2008 acompanhou o movimento europeu, designadamente, entregou progressivamente nas mãos dos cônjuges a *liberdade de ação para o desenvolvimento da sua personalidade*, desvalorizando o carácter impositivo dos deveres conjugais — que nunca poderiam ter (nem nunca tiveram) uma garantia jurídica normal; e também promovendo a facilidade para sair do casamento (em vez das restrições antigas) — que permite corrigir todo o percurso, em vez de admitir ressarcimentos (aliás impraticáveis, como admitiu F. Pereira Coelho em 1986) de danos endofamiliares.
7. O regime de 2008 quis afastar qualquer juízo de culpa *no âmbito especificamente matrimonial*, tanto como pressuposto do decretamento do divórcio, quanto para os efeitos tradicionais, que distinguem a con-

tribuição dos cônjuges para o fracasso do casamento e penalizavam o culpado ou o principal culpado.

Neste quadro, é difícil imaginar que os interesses globais da lei de 2008 ficassem satisfeitos com a singela transferência da apreciação dos factos reveladores da tradicional culpa matrimonial e da sua graduação para outra ação e outro tribunal... como parece ter sido dado por adquirido pela maioria da doutrina e da jurisprudência.

Também é difícil imaginar que o novo regime tivesse considerado como razoável eliminar a sanção do divórcio e das suas consequências patrimoniais desfavoráveis, mas deixar a porta aberta à aplicação de sanções pecuniárias a título de indemnização por danos especificamente matrimoniais; é que, desta maneira, continuaria a limitar a liberdade de pedir o divórcio, ao repor tudo o que se quis efetivamente eliminar: a prova das violações, a prova da culpa e a graduação das culpas de cada cônjuge, ainda que não tivessem sido violados direitos fundamentais/de personalidade.

8. Como venho escrevendo desde 2010<sup>85</sup>, o texto do art. 1792.º, n.º 1, devia ter dito “responsabilidade civil extracontratual”, porque era este segmento do regime da responsabilidade civil que se queria realmente eleger.

Em alternativa à mera correção literal do art. 1792.º, n.º 1, que tenho repetidamente justificado, julgo que teria sido possível produzir uma norma que afirmasse

<sup>85</sup> *A nova lei do divórcio*, «Lex Familiae» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2010, p. 5-32, p. 25.

que a mera violação dos deveres conjugais pessoais, isto é, sem violação concomitante de direitos de personalidade, não justificaria a obrigação de indemnizar. Esta norma talvez ficasse bem junto da enunciação dos referidos deveres recíprocos dos cônjuges — 1672, n.º 2: “A violação dos deveres conjugais pessoais que constitua, simultaneamente, uma lesão de direitos de personalidade dá ao lesado o direito a ser reparado nos termos gerais da responsabilidade civil extracontratual”.

9. Enquanto a correção proposta — ou outra equivalente — não for feita, a dogmática tradicional da interpretação da lei seria suficiente para produzir uma *interpretação restritiva* do art. 1792.º, n.º 1, reduzindo a “responsabilidade civil” à *responsabilidade delitual*, de tal modo que esta norma afastasse o princípio geral da responsabilidade civil por violações especificamente matrimoniais (“endofamiliares”) que não ofendessem direitos de personalidade do lesado, como era o seu propósito.

15 de novembro de 2017



### DIREITO SUCESSÓRIO E PROTEÇÃO DE PESSOAS IDOSAS<sup>(1)</sup>

Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa

**Resumo:** *Num país com uma população envelhecida, como é o caso de Portugal, cada vez se coloca mais o problema da proteção dos idosos. Qual o papel do Direito Sucessório neste âmbito? É este o fio condutor da análise realizada neste estudo, em que são abordadas questões tão diversas quanto a posição dos ascendentes enquanto sucessíveis legítimos, a relevância dos mecanismos da indignidade e da deserção, bem como da sucessão contratual, na sua proteção, e os contratos a que os idosos podem recorrer no direito português vigente para assegurarem uma prestação de cuidados.*

**Palavras-Chave:** *Proteção de idosos e cuidador — sucessão contratual — ascendentes e sucessão legítima — deserção e indignidade — doação modal e testamento.*

**Abstract:** *In a country with an aging population, such as Portugal, there is an increasing problem with the protection of the elderly. Which role can Succession Law play to solve this problem? This is the central idea of this study, in which varied issues are addressed, such as the position of the ascendants as mandatory heirs; the relevance of disinheritance and unworthiness mechanisms, and of succession by contract, in their protection; and which contracts can the elderly use in Portuguese current law to ensure they are taken care of.*

**Keywords:** *elderly protection and caregiver — succession by contract — ascendants and mandatory succession — disinheritance and unworthiness — modal donation and will.*

#### 1. As “peças do xadrez” do sistema sucessório português

A morte, enquanto facto jurídico, implica uma resposta jurídica quanto ao problema de saber quem serão os sujeitos chamados à titularidade das situações jurídicas patrimoniais da pessoa falecida (artigo 2024.<sup>o</sup>), pois o património não pode ficar sem um titular. O Direito Sucessório debruça-se sobre o problema da transmissão do património entre as gerações, determinando o artigo 62.<sup>o</sup> da Constituição da República Portuguesa que “a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”.

Qualquer sistema sucessório se centra em torno de dois princípios: a proteção da família e a liberdade de testar; por isso, o chamamento à sucessão pode ser realizado com base na lei ou com base na vontade do *de cuius*. A sucessão testamentária vem regulada no artigo 2179.<sup>o</sup> e ss, embora a liberdade de testar seja limitada pelo princípio da proteção da família, através das regras da sucessão legítima (artigo 2156.<sup>o</sup> e ss). Esta constitui a per-

<sup>1</sup> Este texto foi escrito para a participação do autor numa sessão da Pós-Graduação “O Direito das Sucessões — Problemas atuais e perspectivas de evolução”, organizado pelo Centro de Direito da Família e pelo Centro de Estudos Notariais e Registrais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 11 de maio de 2019. O mesmo traduz-se, no entanto, num estudo mais desenvolvido sobre a temática abordada.

<sup>2</sup> Se não for feita qualquer outra indicação os preceitos referidos no texto pertencem ao Código Civil português.

sonificação legal da proteção da família no Direito Sucessório. Os herdeiros legitimários são, precisamente, os familiares mais próximos do falecido: o cônjuge e os descendentes, ou, na ausência destes últimos, o cônjuge e os ascendentes (artigo 2157.º).

O chamamento dos sucessíveis legitimários verifica-se, segundo o artigo 2134.º, de acordo com as regras da preferência de classes de sucessíveis previstas no artigo 2133.º/1 (aplicáveis à sucessão legitimária *ex vi* do artigo 2157.º), e nos termos da preferência de graus de parentesco no interior de cada classe (artigo 2135.º). Isto significa que os sucessíveis contemplados na segunda classe (cônjuge e ascendentes) apenas serão chamados se os sucessíveis da primeira classe (cônjuge e descendentes) não quiserem ou não puderem aceitar a herança (artigo 2032.º/2). Por outro lado, no interior de cada classe os parentes de grau mais próximo preferem em relação aos de grau mais afastado, o que significa que os netos apenas serão chamados se os filhos não puderem ou não quiserem aceitar, por exemplo.

De acordo com as regras referidas, os ascendentes também só serão chamados na ausência de descendentes. Se tais ascendentes concorrerem com o cônjuge, a este caberão  $\frac{2}{3}$  da herança, sendo o restante  $\frac{1}{3}$  dividido pelos ascendentes (artigo 2142.º/1 *ex vi* do artigo 2157.º). Na ausência de cônjuge, a herança caberá aos ascendentes na sua totalidade (artigo 2142.º/2). De notar, ainda, que, se um dos ascendentes chamado à sucessão não puder ou não quiser aceitar, a sua parte acresce aos restantes ascendentes que com ele concorrem e, apenas na ausência destes, se dará o direito de crescer em benefício do cônjuge sobrevivente (artigo 2143.º). Trata-se de uma regra que permite atenuar o benefício que lhe é concedido em sede de divisão por cabeça, quando concorre com os ascendentes.

A legítima é constituída pela “porção de bens

de que o *de cujus* não pode dispor por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários” (artigo 2156.º). Esta pode variar entre  $\frac{1}{3}$ , quando apenas concorrem à herança ascendentes de segundo grau e seguintes (artigo 2161.º/2) e  $\frac{2}{3}$  da herança, quando concorrem o cônjuge e descendentes (artigo 2159.º/1), cônjuge e ascendentes (artigo 2161.º/1), ou quando são chamados à herança mais do que um filho do autor da sucessão (artigo 2159.º/2). A legítima pode, ainda, ser de metade da herança, se apenas concorre à mesma o cônjuge (2158.º), um filho do *de cujus* (artigo 2159.º/2), ou os seus pais (artigo 2161.º/1).

Em particular, verifica-se como a proteção concedida aos ascendentes, através das regras da sucessão legitimária, é menor do que aquela com que o legislador beneficia o cônjuge e os descendentes. De acordo com a ordem natural das coisas, serão os ascendentes a falecer primeiro, pelo que se justifica que, se não for esse o caso, a sua legítima seja menor do que nas situações em que os bens são atribuídos aos descendentes e ao cônjuge.

A legítima diz-se intangível quantitativa e qualitativamente. Já em vida do autor da sucessão os sucessíveis legitimários têm uma verdadeira expectativa jurídica legalmente protegida. Esta intangibilidade, numa vertente quantitativa, reflete-se na forma de cálculo da legítima (artigo 2162.º); na tipicidade das causas de deserção (artigo 2166.º) e de indignidade sucessória (artigo 2034.º), sendo esta última igualmente aplicável aos sucessíveis legitimários, por maioria de razão; e no direito de reduzir as liberalidades por inoficiosidade (artigo 2168.º e ss), a que os sucessíveis legitimários não podem renunciar enquanto o autor da sucessão ainda é vivo (artigo 2170.º). Na sua vertente qualitativa, a intangibilidade traduz-se na ideia de que o *de cujus* não pode preencher a legítima

com bens determinados contra a vontade do sucessível legítimo, nem onerá-la com encargos de qualquer natureza (artigos 2163.º e 2164.º), ou substituir tal legítima por um legado testamentário, contra a vontade do sucessível (artigo 2165.º).

Como manifestação, por excelência, da liberdade de disposição por morte no Direito Sucessório, temos o testamento. Este é um negócio jurídico unilateral, livremente revogável, pessoal, singular e tendencialmente gratuito, em que o testador determina o destino dos seus bens por morte. Em particular, a possibilidade de revogação deste negócio jurídico é considerada tão importante que o testador não pode renunciar, total ou parcialmente, a essa faculdade (artigo 2311.º). É também a enorme relevância da liberdade de disposição por morte e o seu caráter pessoal que determina que o testamento não pode ser feito mediante representante ou ficar dependente do arbítrio de outrem (artigo 2182.º/1). Ainda na mesma ordem de ideias não se admite que duas ou mais pessoas testem no mesmo ato (artigo 2181.º): o denominado testamento de mão comum.

O nosso sistema sucessório procura, em certa medida, evitar a vinculação por morte, quer através de um acordo expresso (pacto sucessório), quer de um acordo tácito (testamento de mão comum), nesse sentido. A última vontade deve ser livre e espontânea; manifestada em solidão; sagrada, eu diria... Nesta linha de pensamento, os pactos sucessórios são nulos, a não ser que estejam previstos na lei (artigo 2028.º/2). Pode, por isso, dizer-se que são proibidos de uma forma mitigada. Fora da margem excepcional em que são admitidos, a autodeterminação sucessória apenas deveria ser exercida através do testamento. Tais pactos sucessórios serão nulos, quer neles alguém disponha da sua própria herança (pactos sucessórios institutivos ou designativos), quer renuncie à herança de pessoa

viva (pactos sucessórios renunciativos), quer disponha da herança de terceiro ainda não aberta (pactos sucessórios dispositivos) (artigo 2028.º/1). No mesmo sentido, determina o artigo 946.º/1 a nulidade das doações por morte, podendo, no entanto, estas valer como disposições testamentárias, desde que estejam cumpridos os respetivos requisitos de ordem formal.

Existem diversas figuras legalmente consagradas a que a própria lei atribui o nome de “pactos sucessórios” (artigo 1755.º/2). As doações por morte: a) realizadas por um esposado em benefício do outro (doações para casamento; b) realizadas por um terceiro em benefício dos esposados (doações para casamento); c) realizadas pelos esposados em benefício de terceiro (que não são doações para casamento) (todas previstas no artigo 1700.º/1). A validade formal de tais doações depende da sua inserção na convenção antenupcial (artigos 1699.º/1/a) e 1756.º). São estas as exceções “nominadas” à proibição de pactos sucessórios, neste caso, institutivos. As doações por morte para casamento são, hoje, anacrónicas, desde que o cônjuge passou a ser sucessível legítimo com a reforma de 1977, visto que tais doações visavam reforçar a sua posição sucessória quando este ainda não tinha essa qualidade.

De salientar, igualmente, a recente admissibilidade da renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo (artigo 1700.º/1/c) se os nubentes optarem, ou lhes for imposto o regime de separação de bens (artigo 1700.º/3). Trata-se de um pacto sucessório renunciativo, introduzido pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, que constitui mais um importante mecanismo de flexibilização das regras da sucessão legítima no direito português<sup>3</sup>. No

<sup>3</sup> Sobre este novo pacto sucessório, cfr. Daniel MORAIS, “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão do pa-

entanto, outras exceções à proibição se podem encontrar, que não são expressamente qualificadas pelo legislador enquanto tais: as exceções “inominadas” à proibição de pactos sucessórios. Entre elas, encontram-se algumas que configuram verdadeiros pactos sucessórios renunciativos<sup>4</sup>. Saliente-se, a este propósito, que esta proibição (artigo 2028.º/2) não implica, em sede de interpretação, que, em caso de dúvida, se deva concluir pela inexistência de um pacto sucessório na análise de determinado instituto jurídico.

## 2. Sucessão legitimária e proteção de pessoas idosas<sup>5</sup>

### 2.1. A posição dos ascendentes como sucessíveis legitimários<sup>6</sup>

A recente alteração no nosso sistema sucessório, levada a cabo pela Lei n.º 48/2018, sob a capa de uma pequena correção para atender à proteção dos filhos já existentes do casal na situação das famílias recompostas, veio introduzir uma mudança de direção de alcance considerável. A flexibilização agora possível representa um importante alargamento da autonomia privada neste âmbito. A mesma coloca na ordem do dia a relevância e a configuração da sucessão legitimária também em relação

aos próprios descendentes e ascendentes.

Penso que, quanto a esta questão, em geral, se pode dizer que a adequação da sucessão legitimária à realidade dos nossos tempos passa pela atenuação da rigidez das suas regras e não por um alargamento desmesurado da liberdade testamentária, visto que a proteção da família continua a ser uma das funções fundamentais deste ramo do direito. Esta afirmação vale, quer relativamente aos descendentes, quer em relação ao cônjuge sobrevivente ou aos ascendentes.

A posição sucessória dos ascendentes, enquanto herdeiros legitimários, tem sido questionada, verificando-se, atualmente, uma tendência no sentido de lhes retirar essa qualidade. Assim, por exemplo, no direito francês, numa profunda reforma do Título I do Livro III do *Code Civil*, relativo ao Direito das Sucessões, levada a cabo pela Lei n.º 2006-728, de 23 de Junho de 2006, verificou-se a exclusão dos ascendentes do leque dos sucessíveis necessários (reservatários), embora continuem a ser herdeiros legais (artigos 734.º a 740.º do *Code Civil*). No mesmo sentido se pronunciou o Conselho Federal, num recente projeto de alteração do Direito Sucessório suíço, pretendendo-se, expressamente, seguir o caminho já trilhado nos países escandinavos, nos Países Baixos e em França<sup>7</sup>. Esta ideia encontra, igualmente, ecos na nossa doutrina<sup>8</sup>.

Diversos argumentos foram apontados no sen-

trimónio entre as gerações”, in *Revista de Direito Comercial*, 2, 2018, pp. 989-1118, disponível em: [www.revistadedireitocomercial.com](http://www.revistadedireitocomercial.com). Em particular, cfr. p. 1083 e ss.

<sup>4</sup> Cfr. D. MORAIS, “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão do património entre as gerações”. cit., p. 998 e ss.

<sup>5</sup> No que se refere à relevância do Direito da Família na proteção da pessoa idosa, cfr. Vitor Palmela FIDALGO, “Notas sobre a tutela do idoso no Direito da Família”, in António Menezes Cordeiro, Eduardo Paz Ferreira, M. Januário da Costa Gomes e Jorge Duarte Pinheiro (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 419-433.

<sup>6</sup> Embora o cônjuge sobrevivente também possa ser um idoso, optei, neste ponto, por realizar a minha análise centrada fundamentalmente nos ascendentes.

<sup>7</sup> Cfr. Avant-projet et rapport explicatif relatifs à une modification du Code Civil (droit des successions), pp. 8-9, disponível em: [https://www.admin.ch/ch/f/egg/pc/documents/2500/CC-Droit-des-successions\\_Rapport-expl\\_fr.pdf](https://www.admin.ch/ch/f/egg/pc/documents/2500/CC-Droit-des-successions_Rapport-expl_fr.pdf) (consultado a 19 de fevereiro de 2019).

<sup>8</sup> Cfr. Rita Lobo XAVIER, “Para quando uma reforma do Direito Sucessório português?”, in Elsa Vaz de Sequeira/Fernando Oliveira e Sá (coord.), *Edição comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*, Lisboa, Universidade Católica, 2017, p. 593 e ss, em particular, p. 608; *id.*, “Notas para a renovação da sucessão legitimária no direito português”, in António Menezes Cordeiro/Eduardo Paz Ferreira/M. Januário da Costa Gomes/Jorge Duarte Pinheiro (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 351 e ss, em particular, p. 356.

tido da exclusão dos ascendentes do âmbito da sucessão legítima (reservatária) no contexto da reforma do Direito Sucessório francês: a) estes já estão protegidos através de uma obrigação alimentar; b) os cidadãos parecem estar menos ligados à reserva dos ascendentes do que à reserva dos descendentes; c) a reserva dos ascendentes vai contra o dinamismo económico, que determina a transmissão dos bens às gerações mais jovens; d) nas famílias em que os laços entre o *de cujus* e os seus ascendentes não são muito fortes, o cônjuge sobrevivo não aceita facilmente essa reserva, o que origina situações de conflito (particularmente, no caso das famílias recompostas); e) entende-se ser, hoje, impensável resolver o problema da reforma, das despesas de saúde e de velhice através do Direito Sucessório, visto que tal função cabe ao Direito Social<sup>9</sup>.

Como já tive oportunidade de salientar, noutra contexto<sup>10</sup>, embora se trate de uma posição contrarrente, não me parece que os argumentos em causa sejam adequados à realidade portuguesa. O busílis da questão parece-me residir na ideia de solidariedade familiar, ainda bastante presente entre nós. Veja-se a importância da função dos avós na educação dos netos, justificada por esta ideia. Porque haveria de ser esta uma “rua de sentido único”? Num país com uma população seriamente envelhecida, a exclusão dos ascendentes do rol de herdeiros legítimos parece-me muitíssimo discutível.

Não terá o Direito Sucessório um papel a desempenhar no que se refere ao sustento das pessoas idosas, particularmente quando estes se encontram em situação de fragilidade? Por um lado, nem sempre gozam de boas condições de vida graças às

<sup>9</sup> Cfr. D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, Cascais, Príncipia, 2016, p. 57 e ss.

<sup>10</sup> Cfr. D. MORAIS, “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão do património entre as gerações”. cit., pp. 1016-1017.

suas reformas e poupanças; por outro, o Direito Social não resolve todos os problemas em causa, sabendo-se que o apoio estatal é limitado. Dir-se-ia que esta solução se traduz na manutenção da rigidez das regras da sucessão legítima; no entanto, não é necessariamente assim: uma flexibilização seria possível através da admissibilidade de um pacto sucessório renunciativo neste âmbito, acompanhado de outras medidas, a que farei referência de seguida. Fica a ressalva de que os pactos sucessórios renunciativos visam situações familiares particulares, que os tornam, precisamente, a exceção e não a regra<sup>11</sup>.

Para além da posição de cada um dos sucessíveis legítimos individualmente considerados, também foi recentemente discutida a supressão da própria sucessão necessária como um todo. Em Itália, surgiu um projeto de lei nesse sentido, embora o mesmo tenha sido criticado pela doutrina, precisamente tendo em conta, não só a função social da propriedade, mas, igualmente, o facto de a lei italiana conter um regime de favor para as disposições gratuitas em benefício de pessoas físicas necessitadas, reconhecendo-se, igualmente, a importância do Direito Sucessório para o sustento dos ascendentes e do cônjuge<sup>12</sup>.

Acrescente-se, ainda, e na mesma linha de pensamento, que uma das razões que me leva a propugnar um alargamento dos pactos sucessórios renunciativos admitidos no direito português é a

<sup>11</sup> Cfr. D. MORAIS, “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão do património entre as gerações”. cit., pp. 1116-1117.

<sup>12</sup> Trata-se do projeto de lei n.º 1043, de 27 de setembro de 2006 (XV legislatura): Disponível em: [http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg=15&id=00220400&part=doc\\_dc&parse=si&stampa=si&toc=no](http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg=15&id=00220400&part=doc_dc&parse=si&stampa=si&toc=no) (consultado a 4 de abril de 2018). Sobre estes argumentos, cfr. Antonio PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Guido Alpa/Salvatore Patti (direto da), *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, Vol. I, Padova, CEDAM, 2008, pp. 454-457, em particular nota 25; bem como, D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., p. 64 e ss.

proteção de sujeitos deficientes ou em situação de particular fragilidade<sup>13</sup>. A opção pela supressão da posição sucessória dos ascendentes enquanto sucessíveis legítimos, em detrimento de uma flexibilização das regras da sucessão necessária, significaria caminhar no sentido oposto às preocupações de ordem social, que, na minha opinião, devem estar presentes no Direito Sucessório.

Não há dúvida que uma das grandes opções no nosso sistema sucessório é a proteção do cônjuge sobrevivente, embora tal proteção tenha sido atenuada com a admissibilidade da renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo. É, de todo o modo, salutar esta flexibilização da rigidez do sistema sucessório português, embora seja criticável, em muitos aspetos, a forma como foi realizada. Natural será que, no caso das famílias recompostas, se procure proteger os descendentes já existentes dos efeitos sucessórios de uma nova união pelo matrimónio, embora a reforma levada a cabo, sob esta bandeira, tenha um alcance muito mais profundo.

No entanto, na ausência de descendentes, porquê cair num individualismo desenfreado e ignorar a existência de ascendentes no âmbito das regras da sucessão legítima? Não merecem estes igualmente proteção? Viu bem o problema a doutrina italiana quando recusou a supressão da sucessão legítima, particularmente tendo em conta a fragilidade do cônjuge ou dos ascendentes sobreviventes! É, hoje, claro que a ligação biológica, só por si, pouco ou nada conta, sem uma ligação afetiva subjacente. É esta última que justifica que a solidariedade entre as gerações tenha um reflexo nas regras de Direito Sucessório. Semelhante reconhecimento implica uma reação contra a forma automática de funcionamento do mecanismo sucessório, independente

do comportamento dos sucessíveis relativamente ao *de cujus*, apenas contemplado, hoje em dia, em situações extremas.

## 2.2. Proteção de pessoas idosas, incapacidade sucessória e legado legal em benefício do cuidador

A importância dos afetos e a necessidade de proteção de pessoas idosas poderia ser reconhecida no âmbito de uma revisão dos fundamentos da indignidade e da deserção, atendendo ao número limitado de situações contempladas nos artigos 2034.º e 2166.º/1, que precisam de ser adaptados aos nossos dias. Trata-se de institutos que têm um potencial interessante no que se refere à proteção das pessoas idosas e que não foi ainda totalmente explorado pelo nosso legislador. Pelo contrário, não concordo com a supressão da sucessão legítima e com a sua substituição por um direito a alimentos em benefício dos familiares mais próximos.

No mesmo sentido aqui propugnado, o CDS-PP apresentou um projeto de lei, n.º XIII/246<sup>14</sup>, visando a consagração da condenação por crime de exposição ou abandono ou a omissão da obrigação de alimentos como causas de indignidade. No âmbito da exposição de motivos do respetivo projeto, impressionam os dados avançados no que se refere ao envelhecimento da população portuguesa. Assim, de acordo com os dados apresentados, no ano 2000, a população idosa ultrapassou a população jovem pela primeira vez, e, em 2014, por cada 141 pessoas idosas existiam somente 100 jovens. No mesmo ano de 2014, de acordo com um estudo do Instituto Nacional de Estatística, a população portuguesa era constituída por 14,4% de jovens, 65,3% de pessoas

<sup>13</sup> Cfr. D. MORAIS, “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão do património entre as gerações”. cit., p. 1005.

<sup>14</sup> Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=40407>, consultado a 20 de fevereiro de 2019.

em idade ativa e 20,3% de pessoas idosas. Trata-se, em suma, de uma das populações mais envelhecidas dos países da União Europeia.

Embora a recusa de alimentos ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge se encontre prevista como causa de deserdação no artigo 2166.º/1/c, esta deve ser feita pelo autor da sucessão em testamento, com expressa declaração da causa. Pelo contrário, o mecanismo da indignidade dispensa tal declaração. Eis o motivo subjacente ao projeto em causa. A discussão na generalidade deu-se no dia 3 de junho de 2016. Curiosamente, de acordo com o parecer do gabinete da Procuradora-Geral da República<sup>15</sup>, esta alteração legislativa teria a desvantagem de retirar à pessoa idosa em causa a possibilidade de escolha relativamente a querer beneficiar sucessoriamente o filho que praticou os referidos crimes, não os deserdando. No entanto, tal crítica parece olvidar a possibilidade de reabilitação do indigno, legalmente prevista no artigo 2038.º. Para além disso, como resulta do referido parecer, seriam abrangidas outras realidades, podendo o próprio ascendente ser afastado da herança de um filho por lhe ter recusado alimentos, ainda que ambos, mais tarde, se tenham reconciliado, embora não tenha havido uma reabilitação formal. Reconheça-se que a alteração legislativa proposta se traduziria numa sobreposição entre as causas de deserdação e as causas de indignidade, embora uma articulação entre ambas fosse possível, mesmo relativamente a idêntica causa de incapacidade sucessória, devido ao modo

diferente de funcionamento de ambos os institutos.

Particularmente interessante, no que se refere à proteção das pessoas idosas no plano sucessório, é o novo fundamento de deserdação introduzido na Catalunha e que consta do artigo 451-17 da Lei 10/2008, de 10 de julho, que aprovou o Livro IV do Código Civil da Catalunha: inexistência de qualquer relação familiar de uma forma manifesta e continuada entre o sucessível legitimário e o autor da sucessão, desde que isso seja exclusivamente imputável a esse legitimário<sup>16</sup>. Trata-se de um fundamento que, embora vá mais longe do que a mera exposição, abandono ou recusa de alimentos, procurando descer à realidade dos factos, coloca dificuldades de outra natureza. Trata-se de saber se estas não serão maiores do que as suas vantagens... A doutrina espanhola salienta que este novo fundamento de deserdação introduzido no direito catalão permite manter a legítima adaptando-a à nossa sociedade. Trata-se de uma abordagem em que o reconhecimento dos direitos sucessórios tem, igualmente, em consideração o comportamento dos sucessíveis<sup>17</sup>. Isto gera, inevitavelmente, algum grau de insegurança jurídica.

Claro está que não será fácil aos herdeiros demandados pelo sucessível deserddado demonstrar a ausência de uma relação familiar de forma “manifestada” e “continuada” entre este e o autor da sucessão, ao que acresce a demonstração de que tal ausência é exclusivamente imputável a tal sucessível

<sup>15</sup> Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d-56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e-4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c75-61574e7059585270646d46446232317063334e686279396b596a55345a445179595330314e444a6c4e54526b4e325974595451795969307a-596d466b4e4463304e5749314e4441756347526d&fich=db58d42a-542e-4d7f-a42b-3bad4745b540.pdf&Inline=true>, consultado a 20 de fevereiro de 2019.

<sup>16</sup> Sobre esta nova causa de deserdação no direito catalão, cfr. Cfr. Paloma Barrón ARNICHES, “Libertad de testar e desheredación en los Derechos Civiles españoles”, *Indret*, 4/2016, p. 1 e ss, em particular, p. 41 e ss, disponível em <http://www.indret.com/es/>, consultado a 19 de fevereiro de 2019; e Esther Arroyo AMAYUELAS/Esther Farnós AMORÓS, “Nuevas causas de privación de la legítima: Mas libertad para el testador?”, in Helena Mota/Maria Raquel Guimarães (coord.), *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 463 e ss, em particular, p. 467 e ss.

<sup>17</sup> Cfr. Paloma Barrón ARNICHES, *op. cit.*, p. 42.

legitimário. O facto de se tratar de uma ausência manifesta aponta no sentido da sua exteriorização objetiva em atos sérios. A necessidade de tal ausência ser continuada coloca a dúvida de saber qual o arco temporal relevante para que tal requisito se encontre cumprido<sup>18</sup>. Não se poderá afirmar a ausência de qualquer relação familiar quando há um corte de relações unicamente nos últimos meses da vida do autor da sucessão. Por outro lado, se o testador e o seu filho viverem no mesmo teto, por mais desavenças que existam torna-se difícil afirmar que já não existe qualquer relação familiar, o mesmo se verificando se não houver muito convívio entre pais e filhos, mas apenas visitas ocasionais destes últimos aos seus progenitores. Também se pode questionar se será suficiente que o legitimário demonstre algum interesse pelo autor da sucessão, nos últimos meses da sua vida, estando este doente e após terem estado separados por longos anos. Tendo em conta estas dificuldades, a doutrina espanhola salienta que o legislador deveria ter fixado um período temporal a partir do qual entende que já não existem relações familiares relevantes para efeitos sucessórios, considerando-se dez anos um prazo razoável<sup>19</sup>.

Por outro lado, a doutrina espanhola salienta que poderá ser útil que o testador exponha todos os factos que levaram ao afastamento no mesmo testamento em que deserda determinado sucessível, para que se consiga demonstrar que tal afastamento lhe foi exclusivamente imputável. De outra forma, esta última demonstração poderá ser difícil de concretizar, atendendo à impossibilidade de ouvir o autor da sucessão quanto aos factos em

causa<sup>20</sup>. Esta exigência também é criticada tendo em conta a existência cada vez maior de divórcios que se traduzem em ruturas familiares com filhos menores de idade. Neste caso, quando, por força da regulação do exercício das responsabilidades parentais por apenas um dos progenitores, deixa de haver uma relação familiar do outro progenitor com esses mesmo filhos dificilmente se poderá afirmar que tal quebra de relações lhes é imputável<sup>21</sup>. A concretização jurisprudencial deste requisito da nova causa de deserdação tem sido no sentido de prescindir da prova da culpa exclusiva do deserdado, sendo suficiente a prova de que o autor da sucessão nada fez para reestabelecer relações. Pelo contrário, considera-se que existe culpa exclusiva quando o sucessível legitimário deserdado se ter recusou a reestabelecer relações apesar das suas tentativas do *de cujus*<sup>22</sup>. Porque não existe uma presunção legal da veracidade dos factos invocados pelo *de cujus* para justificar a deserdação, quando a sua causa é impugnada pelo deserdado, os herdeiros têm, por vezes, dificuldades em provar esta culpa exclusiva. Por isso, este requisito relativo à culpa exclusiva do sucessível legitimário na ausência de ligações familiares tem sido muito criticado pela doutrina, que defende a sua supressão e a consagração de um modelo fáctico centrada numa mera constatação da ausência de tais ligações<sup>23</sup>.

Em suma, para uma parte da doutrina espanhola trata-se de uma causa de deserdação confusa, que deixa ampla margem de manobra ao juiz e que coloca problemas probatórios delicados<sup>24</sup>. Por

<sup>20</sup> Barrón ARNICHEs, *id.*, *ibid.*

<sup>21</sup> Cfr. Arroyo AMAYUELAS/Farnós AMORÓS, *op. cit.*, pp. 473-474.

<sup>22</sup> Cfr. Arroyo AMAYUELAS/Farnós AMORÓS, *op. cit.*, p. 474.

<sup>23</sup> Como nos dão nota Arroyo AMAYUELAS/Farnós AMORÓS, *op. cit.*, p. 477.

<sup>24</sup> Neste sentido se pronuncia Barrón ARNICHEs, *op. cit.*, p. 45.

<sup>18</sup> Cfr. Barrón ARNICHEs, *op. cit.*, p. 44.

<sup>19</sup> Questões levantadas por Arroyo AMAYUELAS/Farnós AMORÓS, com a proposta de solução indicada no texto (*op. cit.*, pp. 472-473).

isso mesmo, outra parte da mesma doutrina conclui que o caminho não é este, pois esta opção gera insegurança jurídica e um conseqüente aumento da litigiosidade num campo particularmente delicado, como é o campo sucessório. Acresce que se pode questionar a legitimidade para o Direito intervir em áreas que pertencem à esfera íntima dos indivíduos. Por isso, melhor seria a supressão da legítima e a sua substituição por um direito a alimentos em benefício dos familiares mais próximos<sup>25</sup>. Trata-se de uma conclusão, a meu ver, talvez demasiado radical, embora existam, sem dúvida, muitos aspetos a melhorar neste regime legal.

Um caminho semelhante ao que foi seguido na Catalunha em sede de deserdação, foi defendido, recentemente, na nossa doutrina por Guilherme de Oliveira a propósito do Projeto de lei n.º 781/XIII que esteve na origem da introdução no nosso sistema sucessório da renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo, através da Lei n.º 48/2018. Como alternativa à solução introduzida pelo diploma referido, Guilherme de Oliveira sugere a alteração do montante da quota indisponível, a somar a outras medidas, como a ampliação das causas de deserdação, de modo a serem contempladas situações em que não existe qualquer relação familiar efetiva entre o sucessível legítimo e o autor da sucessão<sup>26</sup>. A este propósito o autor fala de ausência da “posse de estado” do vínculo que formalmente justifica o chamamento à sucessão ou, até, da existência de “abandono afetivo”, por omissão de cuidados, utilizando um termo caro à doutrina brasileira. Enfim, a ausência de relações familiares efetivas.

Também analisando criticamente a sucessão legítima no direito português, Cristina Araújo Dias entende que “não tem sentido que um pai ou uma mãe a quem os filhos nunca prestaram apoio nem auxiliaram na sua velhice tenha que reservar uma quota da sua herança aos mesmos que, no momento da morte daquele ou daquela, surgem como herdeiros legítimos”<sup>27</sup>.

A opção por atender ao comportamento dos sucessíveis em sede de deserdação não é exclusiva do direito catalão. Icónica, a este propósito, é a solução do artigo 1621.º A (8) do Código Civil do Louisiana, nos termos do qual os filhos podem ser deserdados pelos pais se, após atingir a maioridade, não os contactaram por um período de dois anos, sem justo motivo e sabendo como o fazer, a não ser que, fazendo parte do exército dos Estados Unidos da América, estejam em serviço. O mesmo vale para os avós em relação aos netos, nos termos do artigo 1622.º do mesmo Código. Nos termos do artigo 1624.º presume-se a veracidade da causa de deserdação invocada pelo autor da sucessão, não bastando o mero testemunho do sucessível deserdado para ilidir tal presunção. A aplicação da causa de deserdação não é, no entanto, isenta de dificuldades<sup>28</sup>. Também o artigo 1962.º, II, do Código Civil brasileiro de 2002 prevê como causa de deserdação dos descendentes: “o desamparo do ascendente em estado e alienação mental ou grave enfermidade”.

Nos ordenamentos jurídicos de matriz germânica a causa de deserdação em análise foi, inicialmente, admitida pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), numa decisão de 30

<sup>25</sup> Cfr. Arroyo AMAYUELAS/Farnós AMORÓS, *op. cit.*, pp. 477-478.

<sup>26</sup> Cfr. Guilherme de OLIVEIRA, “Notas sobre o Projeto de lei n.º 781/XIII (renúncia recíproca à condição de herdeiro legal)”, pp. 9-10, disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-renuncia-a-condicao-de-herdeiro.pdf>, consultado a 20 de fevereiro de 2019.

<sup>27</sup> Cristina Araújo DIAS, “A proteção sucessória da família: notas críticas em torno da sucessão legítima”, in Helena Mota/Maria Raquel Guimarães (coord.), *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 447 e ss, em particular, pp. 459-460.

<sup>28</sup> Cfr. Arroyo AMAYUELAS/Farnós AMORÓS, *op. cit.*, pp. 470-471.

de agosto de 2000, ao ser chamado a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade da sucessão necessária<sup>29</sup>. No entanto, o mesmo Tribunal rejeitou, posteriormente, esta solução, a 19 de abril de 2005, com base na ideia de que a deserdação apenas se justifica em casos excepcionais, e não em caso de um mero distúrbio nas relações familiares. De outro modo, as regras da sucessão necessária perderiam a sua importância<sup>30-31</sup>.

Ainda no mundo germânico o § 773 a (1) do Código Civil austríaco (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) consagrava uma solução deste tipo, ao permitir que o *de cuius* reduzisse a legítima a metade na ausência de qualquer relação próxima entre este e o sucessível necessário, à semelhança das relações que são habituais entre parentes do mesmo grau. No entanto, resultava do § 773 a (3) que não era admitida a redução da legítima se o autor da sucessão tivesse recusado, sem justa causa, que o sucessível em causa o contactasse pessoalmente. Trata-se de uma norma que já não se encontra em vigor no direito austríaco, desde 31 de dezembro de 2016, e que mereceu diversas críticas por parte da doutrina, tendo sofrido várias alterações ao longo do tempo<sup>32</sup>.

Em suma, a ausência de qualquer relação próxima entre o autor da sucessão e o sucessível afigura-se como uma causa de deserdação com um interessante potencial. No entanto, a sua introdução na nossa ordem jurídica teria de ser feita de forma cautelosa. Da experiência de outras ordens jurídicas na aplicação de uma causa de deserdação

deste tipo se retira: a) a necessidade de fixação de um prazo temporal em que não se verifica qualquer contacto entre o *de cuius* e o sucessível (que teria de ser, seguramente, maior do que dois anos); b) a exigência de que tal ausência de contacto não seja, em nenhuma medida, imputável ao *de cuius*. Tal imputabilidade resultaria, objetivamente, da recusa por parte deste, sem justa causa, de qualquer contacto pessoal feito pelo sucessível com o objetivo de reestabelecer as relações familiares. No contexto de uma proteção das pessoas idosas, esta causa de deserdação teria o interesse de permitir o afastamento de sucessíveis unicamente interessados no património do seu ascendente, mas sem qualquer preocupação com a sua pessoa.

Outra alteração legislativa em sede de sucessão legítima, que teria igualmente relevância no que se refere à proteção de pessoas idosas, seria “a criação de soluções individualizadoras que permitam quebrar a igualdade entre os filhos no âmbito sucessório, já que, muitas vezes, o tratamento diferenciado entre os filhos pode ser justificado, nomeadamente nos casos em que estes dão maior apoio aos pais na sua velhice”, como já tive oportunidade de defender<sup>33</sup>. Trata-se de uma solução a que adere uma parte da nossa doutrina e que foi, recentemente, sugerida por Guilherme de Oliveira como alternativa à introdução da renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo entre cônjuges no direito português. Seriam admitidas discriminações positivas, realizadas pelo *de cuius* em benefício de sucessíveis legítimos deficientes, com necessidade especiais, ou mais idosos<sup>34</sup>. Indo mais longe, Cristina Araújo Dias<sup>35</sup> sustenta que a

<sup>29</sup> Cfr. *FamRZ*, 2000, p. 1563.

<sup>30</sup> Cfr. *FamRZ*, 2005, p. 872.

<sup>31</sup> Cfr. D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato*, cit., pp. 66-68; bem como, Arroyo AMAYUELAS/Farnós AMORÓS, *op. cit.*, p. 468.

<sup>32</sup> Cfr. Arroyo AMAYUELAS/Farnós AMORÓS, *op. cit.*, p. 469.

<sup>33</sup> D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., p. 63.

<sup>34</sup> Guilherme de OLIVEIRA, *id.*, *ibid.*.

<sup>35</sup> Cristina Araújo DIAS, *op. cit.*, p. 460.

sucessão legitimária é desnecessária, bastando a sucessão legítima:

“Se a necessidade de cuidar da família, deixando os familiares numa posição confortável economicamente, for uma prioridade do autor da sucessão, reconhecendo o vínculo que o une aos mesmos, o autor da sucessão nada disporá e funcionará a sucessão legítima. Caso contrário, e até para corrigir injustiças que seriam criadas com uma partilha igualitária entre os herdeiros, poderia dispor dos seus bens a favor de outras pessoas, que não aqueles familiares, ou beneficiar algum ou alguns deles. Seriam aquelas situações em que os referidos familiares se afastaram do autor da sucessão, onde não existe um verdadeiro vínculo afetivo e de entreajuda entre os mesmos”.

Na mesma ordem de ideias, o § 2057 *a* do *Bürgerliches Gesetzbuch* determina que um descendente que tenha dado, durante mais tempo, um contributo particular, através de trabalho doméstico, tratando dos negócios do *de cuius*, através de prestações pecuniárias substanciais ou de qualquer outra forma, contribuindo, assim, para a conservação ou aumento do seu património, poderá exigir dos seus co-herdeiros legais uma compensação. O mesmo se aplica a um descendente que cuidou do testador durante mais tempo [§ 2057 *a* (1)]. Tal compensação não poderá ser exigida quando foi acordado um pagamento pela prestação dos serviços em causa [§ 2057 *a* (2)]. O montante será calculado tendo em conta a duração e extensão das prestações realizadas e o acréscimo patrimonial de que a herança beneficiou por tais despesas não terem sido suportadas pelo património do *de cuius* [§ 2057 *a* (3)] A compensação em causa acresce ao quinhão hereditário do sucessível que cuidou do autor da sucessão ou do seu património [§ 2057 *a* (4)].

### 3. As potencialidades da sucessão contratual na proteção de pessoas idosas: perspectiva *de iure constituendo*

Como já ficou referido, existe, aparentemente, no direito português uma certa aversão a uma vinculação no Direito Sucessório, em particular tendo em conta a proibição de pactos sucessórios do artigo 2028.º/2. No entanto, não só esta proibição sofreu, recentemente, um forte abalo, ficando ainda mais mitigada, mas também me parece que uma análise da autodeterminação sucessória no direito português, que tenha em consideração os institutos parassucessórios, nos leva à conclusão de que o centro do nosso sistema sucessório não reside sempre, e totalmente, na vontade do autor da sucessão. Penso que esta visão mais ampla no âmbito sucessório permite sustentar uma:

- flexibilização da interpretação da própria proibição de pactos sucessórios do nosso Código Civil (artigo 2028.º/2, e, num âmbito mais restrito, artigo 946.º/1);
- identificação, despida de preconceitos, de pactos sucessórios na nossa ordem jurídica, em particular, inominados;
- superação da pretensa gratuitidade das atribuições realizadas por via sucessória, nomeadamente através de testamento;
- superação parcial da própria proibição de pactos sucessórios.

Qualifico como institutos parassucessórios os atos *post mortem*, que apenas se tornam definitivos no momento da morte do disponente, por serem livremente revogáveis até esse momento. Os atos *post mortem* são aqueles em que a morte, não constituindo a causa da atribuição, assume a função de uma condição ou de um termo para a produção dos efeitos jurídicos<sup>36</sup>. Por outro lado, na mesma

<sup>36</sup> D. MORAIS, *Revolução Sucessória — Os institutos alternativos ao testamento no século XXI*, Cascais, Príncipia, 2018, pp. 19-23.

categoria de institutos parassucessórios se integram os atos *mortis causa* que não realizam tecnicamente uma sucessão. Pode dizer-se que, nestes atos, o disponente não se vincula pessoalmente, apenas ficando vinculada a sua sucessão. Destaca-se, no seu seio, o contrato a favor de terceiro *mortis causa*, que constitui uma verdadeira forma atípica de disposição por morte<sup>37</sup>. Por outro lado, embora num âmbito bastante mais restrito, pode-se apontar o mandato com representação para doar *post mortem exherquendum*<sup>38</sup>.

Nesta leitura do nosso sistema sucessório, que proponho, centrada na autodeterminação sucessória e não unicamente no autor da sucessão e no exercício da sua liberdade testamentária de forma unilateral, a sucessão contratual poderia ser mais uma via para a proteção de pessoas idosas na nossa ordem jurídica. Não há dúvida de que a sua proteção é o campo de atuação, por excelência, dos pactos sucessórios institutivos a título oneroso<sup>39</sup>. Defendo, por isso, a introdução no direito português de um contrato de prestação de auxílio a troco da nomeação do cuidador como legatário. Não me parece que preconceitos ou dogmas de ordem histórica, que se prendem com as ideias de sucessor pessoal e de centralidade de posição do autor da sucessão na regulamentação da sua sucessão, constituiriam obstáculos intransponíveis à introdução de um contrato sucessório deste género na nossa

ordem jurídica<sup>40</sup>. Basta ter em conta que os próprios legados podem revestir natureza onerosa<sup>41</sup>. Por outro lado, na minha opinião o direito português já admite um contrato sucessório a título oneroso, no que se refere à cláusula do contrato de sociedade que atribui a um ou a vários sócios o direito potestativo de aquisição da quota do sócio falecido. Esta cláusula é admissível à luz do disposto no artigo 225.º/1 e 2 do Código das Sociedades Comerciais<sup>42</sup>.

Não estaria em causa um contrato de trabalho, nem teriam os serviços de ser necessariamente prestados por uma pessoa singular. Na realidade, neste tipo de situações, o mais comum é estar em causa um lar para pessoas idosas. De qualquer forma, a prestação em causa poderia ser realizada por um particular. No entanto, ainda que assim fosse, na situação em causa, a pessoa idosa não se encontra numa posição de força idêntica àquela que define a relação laboral, na perspetiva da entidade patronal. Por outro lado, se estivesse em causa uma relação laboral, seria necessário atender ao artigo 259.º/2 do Código do Trabalho, nos termos do qual o valor das prestações contributivas não pecuniárias não pode exceder o da parte em dinheiro<sup>43</sup>. Se tivermos em conta as pessoas idosas que teriam interesse em recorrer a um contrato deste tipo — ou seja, pessoas que possuem um imóvel que habitam, mas que não têm possibilidades de realizar uma prestação

<sup>37</sup> Cfr. D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., p. 882 e ss, em particular, p. 884, e p. 961; onde estudei em pormenor a problemática das consequências da existência desta forma de disposição por morte atípica para uma análise do nosso sistema sucessório. A figura coloca, em particular, problemas interessantes no âmbito do Direito dos Seguros (cfr. D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., p. 887 e ss).

<sup>38</sup> Cfr. D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória*, cit., pp. 733, 734 e 959; onde sustentei que a figura coloca problemas de caducidade e não de validade.

<sup>39</sup> Cfr. D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., p. 437.

<sup>40</sup> Para uma crítica a estas ideias, cfr. D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., pp. 428-436.

<sup>41</sup> cfr. D. MORAIS, anotação ao artigo 2259.º, in Cristina Araújo Dias (coord.), *Código Civil anotado — Volume IV: Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 380-382, em particular, cfr. o ponto n.º 5 da referida anotação.

<sup>42</sup> Cfr. D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., pp. 807-810.

<sup>43</sup> Sobre o limite que o artigo 259.º/2 do Código do Trabalho representa neste contexto, cfr. D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., p. 657.

pecuniária para que alguém que lhes preste auxílio —, a qualificação do contrato em causa como um contrato de trabalho, com toda a regulamentação legal inerente à existência de uma relação laboral, destituiu-lo-ia de qualquer interesse. Não se trata de proteger um trabalhador, mas de cuidar de uma pessoa idosa que se encontra numa posição fragilizada. Se estivesse em causa uma prestação de trabalho subordinado, dificilmente a retribuição poderia unicamente consistir na possibilidade de residir com tal pessoa idosa, bem como de alimentação. Por isso, sendo a prestação de auxílio realizada por um particular, somente poderá estar em causa um contrato de prestação de serviços.

Poder-se-ia sempre invocar o risco de admitir a celebração deste contrato por uma pessoa coletiva, atendendo ao facto de esta se poder extinguir, entretanto. No entanto, o mesmo acontece com as pessoas singulares, que podem morrer. Por isso, qualquer contrato celebrado com o propósito de garantir a prestação de auxílio a uma pessoa idosa, sem se saber quanto tempo esta viverá ainda, está sempre sujeito à eventual contingência de o prestador de serviços se vir a encontrar, mais tarde, impossibilitado de prestar os serviços em causa. Semelhante situação poderá ser acautelada, se a pessoa idosa celebrar o contrato com duas entidades ou pessoas singulares distintas, sendo que a prestação de uma delas estaria sujeita à condição suspensiva de a outra não poder prestar os serviços de auxílio inicialmente acordados. Poderá, ainda, a pessoa idosa conferir mandato àquele que lhe presta serviços para contratar com outra entidade que considere idónea para a prestação dos mesmos, caso se encontre impossibilitado de o fazer por si próprio.

Confesso que, ao analisar o problema dos pactos sucessórios institutivos a título oneroso, pela primeira vez, na minha dissertação de doutora-

mento, me impressionaram os problemas inerentes à vinculação subjacente a um eventual pacto sucessório institutivo a título oneroso, pois este é celebrado *inter vivos*, mas apenas produz efeitos *mortis causa*. No período que medeia entre a conclusão do contrato e a morte do disponente coloca-se o problema de saber quais os poderes que este mantém sobre tais bens. Em princípio, tais poderes têm de ser restringidos de alguma forma, sob pena de se esvaziar a posição da outra parte no contrato. Estando em causa a atribuição de um bem determinado, o disponente sofrerá algumas restrições no que se refere à possibilidade de disposição do mesmo. A questão prende-se, por isso, com a situação de indisponibilidade dos bens entre o momento da celebração do contrato e o momento da morte, por um lado, e, por outro, com a determinação da vantagem deste contrato *mortis causa* relativamente à realização de uma doação *inter vivos*.

Hoje, voltando à questão, tais problemas já não me causam o mesmo impacto de outrora, tendo em conta a admissibilidade legal da substituição fideicomissária, onde a situação de inalienabilidade dos bens se pode verificar durante toda a vida de uma pessoa. Recorde-se que o fiduciário tem o gozo e a administração dos bens sujeitos ao fideicomisso (artigo 2290.º/1), constituindo a substituição fideicomissária “a disposição pela qual o testador impõe ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor de outrem; o herdeiro gravado com o encargo chama-se fiduciário, e fideicomissário o beneficiário da substituição” (artigo 2286.º). A isto acresce a possibilidade de redução por inoficiosidade das liberalidades realizadas pelo *de cuius*, sem qualquer limite temporal, o que, se não implica uma indisponibilidade dos bens, implica, seguramente, uma insegurança jurídica na realização de tais liberalida-

des, de todo indesejável, e muito mais preocupante do que uma vinculação em vida que se projeta para o momento da morte<sup>44</sup>.

O contrato sucessório também apresenta vantagens claras sobre a realização de uma doação em vida — em particular a doação modal —, nomeadamente, numa ótica de proteção da posição da pessoa idosa. A manutenção dos bens no seu património como pleno proprietário oferece-lhe, sempre, maior proteção do que a realização de uma atribuição dos bens em vida, quando os serviços de auxílio e cuidado que pretende que lhe sejam assegurados deverão verificar-se até ao momento da sua morte, podendo ocorrer uma perturbação na realização de tal prestação. Por outro lado, este não pretende realizar uma liberalidade, mas, pelo contrário, celebrar um contrato sinalagmático de prestação de serviços por um terceiro a troco de uma nomeação como legatário. Estas ideias, por si só, justificam, a meu ver, a admissibilidade de um contrato sucessório a título oneroso tendo em vista a proteção de pessoas idosas. Claro que a realização de um testamento é sempre uma alternativa, que coloca a pessoa idosa numa situação particularmente confortável, atendendo à livre revogabilidade do testamento (artigos 2179.º e 2311.º). No entanto, esta solução apresenta desvantagens óbvias para aquele que presta os serviços em causa, não assegurando, conseqüentemente, a estabilidade de tais serviços pretendidos pela pessoa idosa. Por isso, em última análise, trata-se de uma opção que não beneficia nenhuma das partes, a não ser que exista entre elas uma relação de especial confiança.

<sup>44</sup> Tendo em conta este problema, defendi a relevância da introdução de um pacto sucessório renunciativo neste âmbito, de acordo com o modelo de renúncia antecipada à ação de redução, D. MORAIS, “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão do património entre as gerações”. cit., pp. 1006-1007, 1073-1077.

Porque terá uma pessoa idosa, que pretende celebrar um contrato com este teor, de recorrer a uma liberalidade se não existir qualquer *animus donandi* na sua atribuição? É interessante verificar qual a origem dos institutos jurídicos e constatar a riqueza histórica do direito português no que se refere ao universo das liberalidades. No entanto, deverá tal peso histórico paralisar o legislador quando se torna necessário atender a novas realidades? Quando a ordem jurídica portuguesa poderia beneficiar com a introdução de novos mecanismos para atender à proteção de pessoas idosas?

Na mesma ordem de ideias, na nossa doutrina, a propósito de estatuto da pessoa idosa, Remédio Marques<sup>45</sup> critica a ausência de um contrato que, através da autonomização uma massa patrimonial transmitida a um terceiro, lhe permita garantir a subsistência e a prestação de diversos serviços, como assistência sanitária, habitação, sustento, gestão de assuntos pessoais, etc. Critico esta afirmação apenas pelo facto de a transmissão de bens por parte de uma pessoa idosa a um terceiro, enquanto é viva, a deixar numa situação particularmente desprotegida.

Ainda impressionado com os problemas inerentes à vinculação nos pactos sucessórios a título oneroso, defendi que, no pacto sucessório institutivo a título oneroso, o disponente deveria manter alguma liberdade de disposição relativamente aos seus bens, para demarcar claramente as vantagens desta solução sobre um contrato *inter vivos*. Neste caso, a posição daquele que lhe presta auxílio ficaria salvaguardada através de um mecanismo semelhante àquele que se encontra consagrado no artigo 1701.º/2, ou seja, a conversão do pacto sucessório institutivo num legado de valor a ser pago com pre-

<sup>45</sup> Cfr. João Paulo Remédio MARQUES, “Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português. Obrigação de alimentos e segurança social”, *BFDUC*, 83, 2007, p. 183 e ss, em particular, pp. 183-184.

ferência sobre todos os demais. A isto acresceria a possibilidade de prestação de uma caução por parte da pessoa idosa<sup>46</sup>.

Embora não seja a regra na nossa ordem jurídica, a situação de inalienabilidade dos bens não é, nela, desconhecida. A este propósito, pode afirmar-se que existe uma regra de que a alienação dos bens inalienáveis deve ser permitida quando razões ponderosas o justifiquem. Resulta do artigo 1701.º/2, que a alienação dos bens doados, no caso das doações por morte admitidas na nossa ordem jurídica, apenas se pode verificar em caso de grave necessidade do donatário ou dos membros da família a seu cargo e precedendo autorização do donatário, prestada por escrito, ou o respetivo suprimento judicial.

Por outro lado, no âmbito da substituição fideicomissária, enquanto proprietário temporário, o fiduciário deve conservar os bens, para que, por sua morte, revertam para o fideicomissário (artigo 2286.º). No entanto, o artigo 2291.º determina que se pode verificar a disposição ou oneração dos bens objeto do fideicomisso em duas situações: a) em caso de evidente necessidade e utilidade para os bens da substituição; b) em caso de evidente necessidade ou utilidade para o fiduciário. A autorização, neste caso, será dada pelo tribunal, sempre com as devidas cautelas para os bens e desde que os interesses do fideicomissário não sejam afetados.

Às vezes a melhor forma de conservar uma parte dos bens é alienar a outra parte, para evitar que todos se percam. Poderá verificar-se uma evidente utilidade e necessidade para os bens, quando se dá a aplicação do valor do bem que foi alienado ou onerado a outra finalidade (*v.g.* melhoramentos nos bens). As cautelas para os bens, neste caso, po-

derão ser levadas a cabo através da imposição pelo tribunal da aplicação efetiva do valor obtido, ou garantindo que a aplicação não lesa a expectativa do fideicomissário (*v.g.* exigindo que este preste caução se estiver em causa o levantamento de capitais). Por outro lado, a evidente necessidade ou utilidade para fiduciário verifica-se se este estiver a morrer de fome, por exemplo. No entanto, a exigência de que os interesses do fiduciário não sejam afetados leva à conclusão de que a alienação se encontra sujeita à condição resolutiva da morte do fiduciário<sup>47</sup>. Termine-se com uma pergunta: poderia esta solução ter algum interesse numa ótica de política legislativa, no que se refere à introdução de um pacto sucessório institutivo a título oneroso em Portugal?

Hoje, quase cinco anos volvidos desde a última vez que me debrucei sobre a questão, parece-me que o recurso a uma solução semelhante à que se encontra prevista no artigo 1701.º/2, como defendi anteriormente, continua a ser uma alternativa, ou seja, a conversão do expectativa daquele que prestação auxílio a uma pessoa idosa sobre os bens que lhe foram atribuídos *mortis causa* num legado de valor, ao que se somaria a prestação de uma caução pela pessoa idosa em caso de alienação dos bens.

Pode-se discutir em que situações a pessoa idosa poderia dispor dos seus bens em vida, após a celebração do pacto sucessório: se apenas em caso de grave necessidade própria ou dos membros da família a seu cargo e com autorização do donatário ou seu suprimento judicial; ou se de uma forma mais ampla e em total liberdade. Anteriormente, defendi esta segunda via<sup>48</sup>. No entanto, hoje parece-me excessivo que, após a celebração do contrato,

<sup>47</sup> Cfr. D. MORAIS, anotação ao artigo 2291.º, in Cristina Araújo Dias (coord.), *Código Civil anotado — Volume IV: Direito das Sucessões*, cit., pp. 443-445.

<sup>48</sup> Cfr. D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., p. 651. A faculdade de disposição dos bens por ato

<sup>46</sup> D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., pp. 651-652.

o disponente mantenha uma liberdade total de alienação ou oneração dos bens em causa. Só quando a pessoa idosa se encontrar numa situação de grave necessidade, deverá tal alienação ser possível. No entanto, não seria necessária qualquer autorização daquele que lhe presta auxílio ou o seu suprimento judicial. Não se pode ignorar que a particular exigência que resulta do artigo 1701.º/2 para a alienação dos bens se prende com o facto de estar em causa uma doação por morte para casamento, que, visando favorecer o matrimónio, tem ser dotada de particular estabilidade. Pelo contrário, o favorecimento da pessoa idosa (*favor senes*) justifica uma solução diferente.

Como já referi, procurando demarcar claramente a vantagem do recurso a um contrato *mortis causa* neste caso, sobre a realização de uma doação em vida, defendi que a pessoa idosa deveria manter o poder de dispor dos bens objeto do contrato a título oneroso. Salientei mesmo, relativamente aos pactos sucessórios institutivos em geral, que outra solução limitaria de tal modo os poderes de disposição sobre os bens que se poderia questionar o carácter *mortis causa*, assemelhando-se este a um ato *inter vivos*<sup>49</sup>. No entanto, recordo que, não só a pessoa idosa poderá não pretender realizar uma doação, mas também a possibilidade de manter os bens na sua esfera jurídica garante muito melhor a sua posição. Por isso, ainda que a faculdade de disposição do bem que será atribuído ao cuidador no momento da morte fique excluída, a não ser em casos excepcionais, a vantagem desta solução relativamente ao recurso a uma alienação dos bens *inter vivos* é clara.

Pelo contrário, permitir a alienação ou oneração dos bens com autorização judicial, mas sujeitando-a à condição resolutiva da morte da pessoa idosa, tal como ocorre no artigo 2291.º/2, seria proteger de forma insuficiente a posição deste, tendo em conta que dificilmente alguém teria interesse em adquirir a propriedade temporária sobre um bem, provavelmente imóvel. Não se trata, de qualquer forma, de uma situação única na nossa ordem jurídica. Por exemplo, o usufrutuário pode dar um imóvel de arrendamento — ainda que não esteja em causa um direito real, na minha opinião —, embora tal arrendamento caduque no momento em que o usufruto se extinguir [artigo 1051.º, c)]. Neste caso, o arrendamento somente poderá durar até à morte do usufrutuário, se for vitalício (artigo 1443.º).

Nesta segunda solução referida, a pessoa idosa ficaria numa posição semelhante a um “fiduciário” dos seus próprios bens. Recorde-se que, para o efeito pretendido, a doação não é uma opção, pois não se pretende a realização de uma liberalidade — *v.g.* uma doação com reserva de usufruto (artigo 958.º) e com uma cláusula modal (artigo 963.º) obrigando o donatário a auxiliar o doador enquanto este fosse vivo —, mas de um contrato a título oneroso<sup>50</sup>. Esta ressalva impõe-se, atendendo à semelhança entre a posição do fiduciário e do usufrutuário, bastando ter em conta que são extensíveis ao fiduciário as disposições legais relativas ao usufruto, no que não for incompatível com a natureza do fideicomisso, (artigo 2290.º/2). No entanto, o usufrutuário é um proprietário por conta de outrem, enquanto o fiduciário é proprietário

*mortis causa* fica, naturalmente, excluída, fruto da celebração do pacto sucessório.

<sup>49</sup> D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., p. 573.

<sup>50</sup> Esta doação modal e com reserva de usufruto parece-me exorbitar do âmbito da proibição de doações por morte (artigo 946.º/1). Cfr. D. MORAIS, *Doações em vida com finalidades sucessórias*, Cascais, Príncipia, 2017, pp. 91-92.

pleno, embora temporário. Por isso, o fiduciário não tem de respeitar o destino económico da coisa, ao contrário do que acontece com o usufrutuário, artigo 1446.º. Por outro lado, também não é aplicável ao fiduciário o artigo 1482.º, que permite ao proprietário exigir que a coisa lhe seja entregue ou que se tomem as providências previstas no artigo 1470.º se o usufrutuário fizer mau uso dos bens<sup>51</sup>.

Ambos os regimes legais mencionados, relativos aos poderes do disponente sobre os bens inalienáveis, são interessantes, embora, neles, o equilíbrio entre a posição do transmitente e do transmissário seja diverso, pendendo a balança ora para um lado, ora para o outro. A escolha deve recair sobre a opção que melhor garante a posição da parte mais fraca no contrato: a pessoa idosa (*favor senes*). Embora mantenha que a solução que defendi de conversão do pacto sucessório num legado de valor, associada à prestação de uma caução, seja um caminho para equilibrar os interesses das partes num pacto sucessório institutivo a título oneroso; outros existem, igualmente interessantes e até com maiores potencialidades no que se refere à tutela da expectativa que aquele que presta auxílio terá sobre os bens objeto do contrato.

Poder-se-ia, ainda, equacionar a possibilidade de aquele que presta auxílio beneficiar de uma hipoteca legal sobre os bens (artigo 705.º, al. e)) — tal como acontece, no âmbito sucessório, relativamente aos bens que foram adjudicados ao co-herdeiro, para garantir o pagamento de tornas — caso estes fossem alienados pela pessoa idosa em situação de necessidade, podendo este beneficiar, ainda, de um direito de preferência na aquisição dos bens em causa, ou admitir-se, até, que lhe seja atribuída

uma parte do produto da venda dos bens imediatamente, se isso for possível, atendendo às necessidades dessa pessoa idosa. Esta solução parece-me preferível por vários motivos: a) permite, em certa medida, salvaguardar a expectativa do prestador de auxílio sobre os bens (direito de preferência); b) tem a vantagem de poder operar desde o momento da celebração do contrato (hipoteca legal), ao contrário do que aconteceria com a prestação de caução, que apenas se verificaria no momento da alienação dos bens e após o pagamento do preço, o que não garante de forma tão eficaz a posição do prestador de auxílio. De facto, pouco sentido faria exigir a prestação de uma caução antes de qualquer alienação dos bens, tratando-se de uma pessoa idosa que recorreria a este contrato por não dispor de dinheiro suficiente ou bens móveis para assegurar o pagamento de prestação de auxílio. Esta solução, será, seguramente, a mais adequada à posição de uma pessoa idosa.

Em suma, hoje parece-me que qualquer solução passa pela limitação dos poderes da pessoa idosa sobre os seus bens, a não ser em caso de necessidade grave, e pela garantia da posição do prestador de auxílio. Este sabe que, embora tenha uma expectativa sobre os bens objeto do contrato, poderá vir a receber um montante inferior se uma situação de grave necessidade da pessoa idosa se verificar. Assim se equilibram, parece-me, os interesses em presença.

Penso que, a ser introduzido, neste âmbito, um pacto sucessório a título oneroso no direito português, deveria revestir uma forma solene, como acontece nos restantes negócios *mortis causa* admitidos na nossa ordem jurídica<sup>52</sup>. Como veremos adiante, quando, na prática, são celebrados contratos neste sentido, embora nulos, existe sempre

<sup>51</sup> Cfr. D. MORAIS, anotação ao artigo 2290.º, in Cristina Araújo Dias (coord.), *Código Civil anotado — Volume IV: Direito das Sucessões*, cit., pp. 441-443.

<sup>52</sup> D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., p. 650.

uma enorme dificuldade de prova. Também estaria em causa um contrato aleatório devido à sua natureza *mortis causa*, na medida em que o prestador de auxílio apenas receberia os bens acordados se sobrevivesse ao autor da sucessão. No entanto, tendo em conta que estarão em causa cuidados a uma pessoa idosa, a probabilidade de tal prestador de auxílio não lhe sobreviver será diminuta<sup>53</sup>. Tratar-se-ia, ainda, de um contrato de execução continuada, em que o prestador de auxílio se obrigaria a prestar serviços que poderiam ser: domésticos, cuidados de saúde, gestão de assuntos pessoais, mera companhia, etc. Neste contrato, o aspeto espiritual ou moral poderia ter primazia sobre o aspeto material, dependendo da situação concreta da pessoa idosa e do prestador de auxílio. Será mais normal esperar que o contrato tenha uma vertente acentuadamente espiritual ou moral se o prestador de auxílio for uma pessoa singular, por exemplo.

#### 4. Autonomia privada e proteção de pessoas idosas no direito português vigente: contratos a título oneroso

Não sendo permitido no direito português vigente um pacto sucessório institutivo a título oneroso, como aquele cuja introdução defendo, devemos-nos questionar acerca dos mecanismos previstos na nossa ordem jurídica para atender à situação concreta da proteção de idosos. A primeira referência que se impõe é ao contrato de renda vitalícia (artigo 1238.º), nos termos do qual uma pessoa aliena em favor de outra uma soma em dinheiro, ou qualquer bem, móvel ou imóvel, ou um direito, e a segunda obriga-se a pagar certa quantia em dinheiro ou outra coisa fungível durante a vida

do alienante ou de terceiro. Este contrato difere do pacto sucessório a título oneroso propugnado, na medida em que, nele, não está em causa fundamentalmente uma prestação de *dare*, mas de *facere*<sup>54</sup>.

Pelo contrário, no direito suíço, o contrato de renda vitalícia pode assumir uma configuração em tudo semelhante ao pacto sucessório institutivo a título oneroso que defendo. Neste contrato, previsto nos artigos 521.º e 522.º do *Code des Obligations [Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations)]*, contra a obrigação de transmissão de certos bens, que pode operar *inter vivos* ou *mortis causa*, o transmissário compromete-se a manter e cuidar do transmitente durante toda a sua vida<sup>55</sup>. Trata-se de um contrato que pode ser celebrado com uma pessoa singular ou com uma pessoa coletiva. Se estiver em causa um asilo reconhecido pelo Estado, a celebração do contrato poderá ser realizada através de documento particular.

Insuficiente é, igualmente, o contrato de alimentos, visto que este se encontra limitado pelo critério de proporcionalidade que subjaz à quantificação dos alimentos legais (artigo 2014.º/1)<sup>56</sup>. Deste modo, não é caracterizado pela flexibilidade que seria necessária para a proteção de pessoas idosas que se pretende obter.

Com vista à sua proteção por um terceiro, uma

<sup>54</sup> Cfr. D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., pp. 655-656.

<sup>55</sup> Nos termos do artigo 521.º: “1. Le contrat d’entretien viager est celui par lequel l’une des parties s’oblige envers l’autre à lui transférer un patrimoine ou certains biens, contre l’engagement de l’entretenir et de la soigner sa vie durant; 2. Si le débiteur est institué héritier du créancier, le contrat est régi par les dispositions relatives au pacte successoral. Artigo 522.º: “1. Le contrat d’entretien viager doit être reçu dans la forme des pactes successoraux, même s’il n’implique pas une institution d’héritier. 2. La forme sous seing privé suffit néanmoins, lorsque le contrat est conclu avec un asile reconnu par l’Etat et aux conditions fixées par l’autorité compétente”.

<sup>56</sup> Trata-se de um aspeto focado por Remédio MARQUES, “Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português. Obrigação de alimentos e segurança social”, pp. 183, 184 e 186.

<sup>53</sup> D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., p. 653.

pessoa idosa pode celebrar um contrato através do qual aliena o imóvel onde reside com reserva de propriedade, verificando-se a transmissão da propriedade no momento da morte. A contraprestação seria a prestação de auxílio e cuidados por parte do adquirente do imóvel. O artigo 409.º tem amplitude suficiente para permitir um contrato com este teor. Se o alienante pode reservar para si a propriedade da coisa alienada “até à verificação de qualquer outro evento”, a propriedade poderá ser transmitida somente no momento da sua morte, quando as prestações de auxílio e cuidado a realizar terminam.

Com estes contornos, esta alternativa não permite a obtenção dos mesmos efeitos do contrato sucessório institutivo a título oneroso que defendo. Na realidade, após a celebração do contrato, o idoso ficaria numa posição de proprietário temporário, na medida em que a sua morte constituiria um termo para a transmissão dessa propriedade ao seu cuidador. Por isso mesmo, ainda que pudesse dispor do bem enquanto proprietário temporário, dificilmente algum terceiro teria interesse em adquirir nessas condições. Numa situação de grave necessidade, a pessoa idosa não estaria tão protegida como através da celebração de um pacto sucessório institutivo a título oneroso. Este último permitir-lhe-ia alienar a título oneroso o imóvel em causa, sem limitações, em caso de necessidade.

Mais interessante se afigura a hipótese de o contrato ser igualmente submetido à condição resolutiva de uma situação de absoluta necessidade. Penso que este contrato não cairia na proibição de contratos sucessórios do artigo 2028.º/2. Apesar de realizar uma atribuição *post mortem*, a pessoa idosa perderia a possibilidade de revogação da atribuição em causa. Somente com a verificação objetiva do evento condicionante se resolveria a atribuição. A isto acresce a possibilidade de o contrato con-

templar, em tal caso, uma compensação adequada para o prestador de auxílio<sup>57</sup>.

## 5. Autonomia privada e proteção de pessoas idosas no direito português vigente: contratos a título gratuito, em particular o testamento e a doação modal

### 5.1. Relevância prática da questão: pessoa idosa, testamento, cuidar e a importância de um equilíbrio dos interesses em presença

Uma pesquisa jurisprudencial com as palavras “pessoa idosa, testamento, cuidar”, mostra até que ponto são relevantes e se colocam na nossa jurisprudência problemas levantados pelas liberalidades realizadas a troco de cuidados de pessoas idosas. Assim, tais cuidados podem ser colocados como condição ou encargo da deixa testamentária. Por isso, se o testador “esteve institucionalizado, em consequência das graves patologias incapacitantes que o afectaram, suportando o respectivo custo com a pensão auferida, apenas se provando a prática *pontual e secundária* de actos de assistência e auxílio”, tal condição não se deve ter por verificada, como se retira do acórdão do STJ de 10 de setembro de 2015 (Proc.º 2695/06.2TBVLG.P1.S1, Relator: Lopes do Rego)<sup>58</sup>.

Também se deve entender que, se o testador instituir como herdeiro “a pessoa que estiver a tratar e cuidar de si há mais de três meses”, não

<sup>57</sup> Contrato configurado por PALAZZO, *op. cit.*, p. 386. Sobre o contrato de prestação de serviços a troco de uma alienação de um imóvel com reserva de propriedade, cfr. D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., pp. 656-659.

<sup>58</sup> Disponível em: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Todos os acórdãos de tribunais portugueses indicados de agora em diante se encontram disponíveis neste mesmo sítio.

poderá ser reconhecida a qualidade de herdeiros testamentários àqueles que não praticaram atos “minimamente significativos de apoio, tratamento ou cuidado”, e se “limitaram praticamente a algumas visitas no lar de terceira idade onde o *de cuius* foi internado, sem suportarem nenhum custo” (acórdão do STJ de 2 de novembro de 2017, Proc.º 362/11.4TJPR.T.P1.S1, Relator: Salazar Casanova)

Por outro lado, a “filha que residindo no mesmo edifício em que habitam os pais, que acede ao pedido dos últimos no sentido de deixar a sua atividade profissional de empregada de balcão para passar a dedicar-se, exclusivamente, a cuidar dos pais face à idade avançada e aos problemas de saúde destes, age no cumprimento de uma obrigação natural e, como tal, não lhe assiste o direito de reclamar da herança aberta por óbito de seus pais o montante das retribuições que deixou de auferir durante o período de tempo em que deixou de exercer a sua atividade profissional para passar a cuidar exclusivamente dos pais, no cumprimento daquele pedido” (acórdão do TRG, de 20 de setembro de 2018, Proc.º 5717/17.8T8VNE.G1).

Ainda na mesma pesquisa se verifica que: “configura um negócio jurídico usurário, nos termos do art. 282º/1 CC, a consciência e o aproveitamento pelo cuidador, que prestou assistência durante cerca de dois anos, da situação de inferioridade em mulher, viúva, com 75 para 77 anos, doente e dependente dos cuidados de terceira pessoa para a satisfação das necessidades básicas da vida (sofreu amputação do membro inferior direito, hemiparesia esquerda, mastectomia por carcinoma da mama direita), com algumas limitações cognitivas, sem ascendentes vivos e sem descendentes, a quem o cuidador impediu as visitas de familiares e amigos e que neste quadro vem a falecer, depois de dispor de todo o seu património a favor desse cuidador, sem

causa justificativa” (acórdão do TRP de 8 de julho de 2015, Proc.º 1579/14.5TBVNG.P1).

Destas decisões de retira a importância de um equilíbrio dos interesses em presença: necessidade de proteger um idoso de uma situação de usura, e de garantir a posição daquele que lhe presta cuidados. Deste pequeno universo jurisprudencial resulta toda a delicadeza da questão, bem como toda a sua relevância prática. Trata-se de um problema com o qual muitos idosos se confrontam nos dias de hoje, e que terá uma expressão ainda mais significativa no futuro, devido ao envelhecimento da população portuguesa.

## 5.2. As limitações do testamento e da doação modal para atender aos interesses em presença: várias situações configuráveis

O recurso ao testamento com a finalidade de obtenção de auxílio a uma pessoa idosa (o testador), coloca, à partida, a dificuldade de prova da existência de um acordo entre o testador e o seu cuidador no sentido de a prestação de auxílio e cuidados ser *recompensada* com a instituição deste como herdeiro ou sua nomeação como legatário. Esta primeira dificuldade é claramente ilustrada pelo acórdão do STJ de 30 de novembro de 2004, Processo n.º 04A3864, Relator — Lopes Pinto<sup>59</sup>. O STJ decidiu que “dispondo o testador de um imóvel a favor da autora na condição desta cuidar dele até à sua morte, não fica impedido de revogar o testamento nem confere àquela o direito a exigir o bem legado, se revogado”, e que “a revogação do testamento não justifica o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa”. Neste caso, a cuidadora foi viver para casa dos testadores, sendo que,

<sup>59</sup> Trata-se de uma decisão a que fiz referência em D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., pp. 620-621.

em troca, cuidaria destes e dos arrumos da casa. No entanto, não ficou provado que a sua instituição como legatário fizesse parte de tal acordo.

Nos casos em que a prestação de serviços se encontra ligada a uma deixa testamentária, podem distinguir-se, fundamentalmente, três hipóteses: a) existe um verdadeiro acordo que tem por objeto a prestação de trabalho contra o correspetivo de uma deixa testamentária; b) não existe qualquer acordo, mas unicamente uma promessa verbal, mais ou menos precisa, por parte do testador de que se recordará no testamento daquele que prestou o serviço; c) a prestação de trabalho é feita espontaneamente a favor daquele em cuja herança se tem alguma esperança, de modo a garantir algum benefício, ou seja, o caso em que a situação, objetivamente observada, parece subentender que os serviços prestados serão objeto de uma compensação equitativa<sup>60</sup>.

Apenas a primeira das situações referidas se reconduz à proibição de pactos sucessórios (artigo 2028.º/2), por se demonstrar a existência de um acordo preciso que funda uma obrigação, cujo cumprimento será constituído pela realização da disposição testamentária posterior ou imediatamente. Pelo contrário, se o *de cuius* se limitou a manifestar verbalmente, ao interessado ou a terceiros, a intenção de dispor dos seus bens de um determinado modo, não existe qualquer pacto sucessório, nem nenhuma vinculatividade.

No entanto, mesmo que se consiga provar tal acordo (*v.g.* por o mesmo ter sido reduzido a escrito), ainda nos deparamos com alguma resistência à aceitação da ideia de que a realização de um testamento possa ser vista como uma prestação,

integrada num sinalagma<sup>61</sup>. Como já referi, não me parece que as ideias de sucessor pessoal e de centralidade da vontade do autor da sucessão constituam obstáculos intransponíveis à aceitação de um pacto sucessório institutivo a título oneroso no direito português. No entanto, esta ideia encontra resistência na nossa jurisprudência. Ilustrativa disso é a decisão do TRL, de 11 de Outubro de 2006 (Processo n.º 8495/2006-1), no sentido de que: “1. O facto de a falecida Ré ter pedido aos Autores que cuidassem dela, prometendo-lhes que, como contrapartida por esses serviços por eles prestados, os instituiria, por testamento, únicos e universais herdeiros de todos os seus (dela) bens e que esses demandantes aceitaram essa proposta, passando a tomar conta da Ré e a prestar-lhe serviços, não prova que entre essas partes tenha sido celebrado um contrato de prestação de serviços. 2. É inaceitável afirmar-se que a promessa feita por essa falecida Ré, de instituir os Autores como únicos e universais herdeiros dos seus bens, constitui, em sentido técnico-jurídico uma recompensa pelos serviços a ela prestados pelos ora apelantes. 3. A vontade do testador, pela relevância social do acto, tem que ser, até ao final da vida, totalmente livre de qualquer constrangimento”.

Desta decisão resulta claramente que o TRL considerou inconcebível a existência de um pacto sucessório a título oneroso; no entanto, o artigo 2028.º/2 não faz qualquer distinção ao proibir os diversos tipos de pactos sucessórios, estando abrangidos quer os celebrados a título gratuito, quer a título oneroso.

<sup>60</sup> Cfr. Maria Vítta de GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, Jovene, 1976, pp. 158 a 160.

<sup>61</sup> Sobre os problemas inerentes à admissibilidade dogmática de disposições *mortis causa* com carácter sinalagmático no sistemas sucessórios de matriz latina, cfr. D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., pp. 620-630.

Mais recentemente, e ainda, sobre a mesma questão, tenha-se em conta o acórdão do TRC, de 25 de setembro de 2018, Processo n.º 3755/15.4T8LRA.C2, nos termos do qual: “(...) 3. Consagrando a lei a livre revogabilidade do testamento, não podem os beneficiários exigir o cumprimento da obrigação acordada com o testador como contrapartida da assistência que lhes foi e iria ser prestada. 4. Não tendo sido acordada qualquer outra forma de remuneração, a compensação pelos serviços prestados só poderia ser alcançada através da via do enriquecimento sem causa, em caso de verificação dos respetivos pressupostos”. Isto porque “a preocupação de proteger a parte mais fraca, subjacente à imposição de limites à liberdade formal das partes, leva o legislador à previsão de normas imperativas como é o caso do artigo 2311.º do CC, segundo o qual o testador não pode renunciar à faculdade de revogar, no todo ou em parte o seu testamento, tendo-se por não escrita a cláusula que contrarie a faculdade de revogação”. No entanto, em teoria, o facto de se ter por não escrita a renúncia à faculdade de revogação do testamento, não implica que não pudesse estar em causa um verdadeiro contrato sucessório a título oneroso nulo.

Mas, mesmo que se aceite que a instituição de herdeiro se integra num contrato, coloca-se o problema da qualificação do contrato em causa. Como referi, a ser instituído um contrato sucessório com vista à prestação de auxílio a idosos, este não deveria ser configurado como um contrato de trabalho, atendendo à situação de fragilidade da pessoa idosa, o que exclui a posição de força em que normalmente se encontram os padrões. No entanto, como salienta Vita de Giorgi<sup>62</sup> na doutrina italiana, quan-

do se recorre, na prática, ao testamento com vista à prestação de serviços, estará em causa um contrato de trabalho. Na minha opinião, se estivesse em causa a atribuição de um imóvel através de testamento, tratar-se-ia de um contrato parcialmente típico, visto que tal atribuição não poderia ser vista como uma retribuição<sup>63</sup>.

Do acórdão do TRG, de 20 de setembro de 2018, que mencionei para ilustrar a relevância prática das questões em análise, resulta que se entende que a prestação de serviços de auxílio e assistência por um filho é encarada como uma obrigação natural (artigo 402.º), devido à existência de um dever paternofilial nesse sentido (artigo 1874.º). No entanto, excluindo a situação em que quem presta assistência age ao abrigo de um dever (o que também pode ocorrer em relação ao cônjuge da pessoa idosa, nos termos do artigo 1672.º), não é hoje aceitável que alguém preste serviços de cuidados de duas pessoas idosas, bem como serviços domésticos, tendo como único corresponsável “cama e comida”. Tendo isto em conta, se se demonstrar, em concreto, que se trata, realmente, de uma prestação de trabalho subordinado, Luís Menezes Leitão<sup>64</sup> entende que as regras relativas ao enriquecimento sem causa (artigo 479.º) não são adequadas para atender à especificidade da prestação laboral, quando a atribuição *mortis causa* não se vem a verificar após a prestação dos serviços de auxílio e cuidado. Em particular estaria em causa o recurso à *condictio ob rem*, ou seja, a situação em que alguém realiza a prestação laboral com vista a um efeito que não se verificou.

<sup>63</sup> Cfr. D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., p. 630.

<sup>64</sup> Luís Menezes LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 620-629.

<sup>62</sup> Vita de GIORGI, *op. cit.*, pp. 161-165. No mesmo sentido, R. LENZI, “Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma”, *Riv. Not.*, 1989, p. 1209 e ss, em particular, pp. 1240-1241.

Neste caso, para Menezes Leitão, a prestação deve ser compensada com a existência do dever de pagamento de uma retribuição, aplicando-se analogicamente o artigo 122.º do Código do Trabalho, nos termos do qual: “o contrato de trabalho declarado nulo ou anulado produz efeitos como válido em relação ao tempo que seja executado”. Fica assim afastada a ideia de que a governanta que presta os seus serviços a um viúvo na esperança de este lhe vir a atribuir o seu imóvel em testamento, apenas pode ser tutelada com recurso ao enriquecimento sem causa<sup>65</sup>. Esta será a solução independentemente de se demonstrar que houve, de facto, a celebração de um contrato. Basta um acordo entre as partes sobre o fim da prestação, ou seja, que a prestação de auxílio seja vista, por ambas, como visando a realização de uma deixa testamentária, embora o testador não se obrigue a realizar tal disposição. Este acordo situa-se a meio caminho entre um simples motivo e uma obrigação negocial. Sabendo o cuidador que não pode exigir do testador a realização do testamento, espera, ainda assim, que o testador o beneficie *mortis causa* fruto do referido acordo.

Se, no caso concreto, não estiver em causa uma prestação laboral, será admissível o recurso à *condictio ob rem*, que surge como uma das modalidades do enriquecimento por prestação<sup>66</sup>. Isto, no entanto, apenas se não se demonstrar a existência de um verdadeiro contrato, embora nulo, existindo somente o referido acordo sobre a causa da prestação. O recurso a esta *condictio* implica que estejam preenchidos os seguintes pressupostos: a) a realização de uma prestação visando um determinado resultado; b) correspondendo esse resultado ao con-

teúdo de um negócio jurídico; c) sendo que esse resultado não se vem posteriormente a realizar.

Assim, para que se possa recorrer à *condictio ob rem* é necessário que a finalidade visada com a prestação tenha em vista um comportamento da outra parte, mais precisamente, uma contraprestação. Por outro lado, esse resultado tem de corresponder ao conteúdo de um negócio jurídico, ainda que o mesmo não seja juridicamente vinculante, pois se o fosse haveria a possibilidade de recorrer às normas relativas ao incumprimento dos contratos. Apenas se exige o acordo das partes sobre o fim da prestação, ou seja, um acordo sobre a causa jurídica. Segundo este autor, é rara a verificação de todos os pressupostos da *condictio ob rem*, pelo que é raro o recurso à mesma.

Mostrando-se a existência de uma verdadeira obrigação de realizar um testamento em benefício do cuidador, fruto da celebração de um contrato sinalagmático de prestação de serviços (pacto sucessório institutivo *mortis causa*), embora nulo, não seria necessário o recurso ao enriquecimento sem causa. Como salienta Menezes Leitão<sup>67</sup>, a aplicação do artigo 473.º é naturalmente excluída quando existe uma pretensão fundada em um negócio jurídico, na medida em que os negócios constituem causas justificativas da aquisição, pois, mesmo a liquidação do negócio jurídico fundada em invalidade continua a ter por fonte o próprio negócio jurídico. Assim, se se provar que existiu um verdadeiro contrato, do qual a celebração do testamento faz parte, devido à possibilidade de conhecimento oficioso da nulidade do contrato (artigo 286.º), haverá lugar à aplicação do artigo 289.º, que determina a restituição de tudo aquilo que tiver sido prestado, ou do respetivo valor, se a restituição em espécie não for possível.

<sup>65</sup> Trata-se de uma posição que segui na minha dissertação de doutoramento: D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, cit., p. 631.

<sup>66</sup> Sobre a *condictio ob rem*, cfr. Menezes LEITÃO, *op. cit.*, pp. 500-530.

<sup>67</sup> Menezes LEITÃO, *op. cit.*, pp. 918-919.

Ainda no que se refere ao recurso ao testamento para obtenção de auxílio por parte de um idoso se pode questionar se não configura uma situação de abuso de direito a revogação do próprio testamento após a prestação de tal auxílio por um legatário nomeado nesse testamento. Será pouco plausível que aquele que presta tais serviços possa beneficiar de uma proteção quantitativa e qualitativa no que se refere à atribuição sucessória, e que tal proteção seja suficientemente forte para paralisar o exercício da faculdade de revogação do testamento. Basta recordar que o sucessível testamentário beneficia de uma mera esperança de vir a ser contemplado no testamento e não de uma expectativa jurídica. Tendo isso em conta, para Menezes Cordeiro, o artigo 2311.º traduz-se numa permissão de *venire contra factum proprium* no âmbito da revogabilidade do testamento<sup>68</sup>.

No que se refere ao recurso ao testamento para um idoso obter algum auxílio por parte de um terceiro, devemos ter, ainda, em conta o regime do artigo 2194.º<sup>69</sup>. De acordo com este preceito, é nula a disposição a favor do médico ou enfermeiro que tratar de testador, ou do sacerdote que lhe prestar assistência espiritual se o testamento for feito durante a doença e o seu autor vier a falecer dela. No entanto, segundo o artigo 2195.º os legados remuneratórios de serviços recebidos pelo testador constituem uma exceção, bem como as disposições em benefício de descendentes, ascendentes, colaterais até ao terceiro grau, ou cônjuges do testador, referidos no artigo 2192.º/3, para o qual o mesmo artigo 2195.º remete. Trata-se de uma situação de indisponibilidade relativa que

visa a proteção da liberdade de testar, atendendo à posição de ascendente que, em certas situações, o médico, enfermeiro ou sacerdote podem adquirir sobre o testador.

Verifica-se que aquele que presta auxílio a uma pessoa idosa a troco de um benefício sucessório poderá ser confrontado com a nulidade de uma disposição testamentária realizada em seu benefício. Visto que o artigo 2194.º constitui uma norma excecional, perante a regra geral da capacidade testamentária do artigo 2188.º, a sua aplicação analógica não é possível (artigo 11.º). Deve entender-se por enfermeiro ou médico aquele que tem essa qualidade legal ou quem se arrogue tal qualidade, mesmo sem a ter. Por outro lado, não estão abrangidos os meros atos de auxílio pessoal ou de apoio e assistência a um doente (*v.g.* o amigo, vizinho, ou empregado que lembram o doente de tomar o remédio ou que o acompanham ao hospital, ou que o ajudam a cuidar da sua higiene ou a ministrar os fármacos prescritos). Nestes casos, não é plausível que se verifique a dependência psicológica que está subjacente à nulidade do testamento. No entanto, na prática pode ser difícil distinguir entre atos de mero auxílio, ou atos que constituem tratamentos do doente e que implicam a aplicação do artigo 2194.º<sup>70</sup>.

No que se refere à exceção contemplada no artigo 2195.º, recorde-se que os legados remuneratórios visam compensar um serviço que foi prestado ao testador. No entanto, se a atribuição em causa for realizada no cumprimento de uma obrigação, não estará em causa uma doação remuneratória. Se os serviços relevantes ainda não ocorreram, ou estaremos perante o cumprimento de uma obrigação, o que exclui a existência de uma liberalidade,

<sup>68</sup> Cfr. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, 1/Parte Geral, Tomo IV — Exercício Jurídico*, 2.º reimpressão da edição de maio/2005, Coimbra, Almedina, 2007, p. 291.

<sup>69</sup> Cfr. D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, pp. 607-613.

<sup>70</sup> Neste sentido, cfr. o acórdão do STJ de 13 de setembro de 2011, Proc. n.º 6066/05.OTVLSB.L1.S1, Relator — Salazar Casanova.

ou perante um mero motivo, tratando-se de uma doação pura e simples.

Tendo em conta este regime, verifica-se que se estiver em causa uma situação em que um idoso pretende um apoio na sua vida do dia a dia, mas sem que este se encontre gravemente doente, não será plausível a aplicação do artigo 2194.º. Por outro lado, se o testamento for realizado após a prestação de auxílio em causa, a probabilidade de o cuidador se confrontar com uma situação de nulidade de uma disposição testamentária em seu favor será menor, na medida em que poderá estar em causa um legado remuneratório.

Como já foi referido, o recurso a uma doação em vida com a finalidade de obtenção de auxílio por parte de um idoso apresenta sempre a desvantagem de este ficar imediatamente privado dos seus bens, o que lhe confere menor proteção. Na doação modal (artigo 963.º), o donatário fica adstrito ao cumprimento de uma ou mais prestações no interesse do doador ou de terceiro; no entanto, não está em causa uma contraprestação da atribuição patrimonial que lhe é feita. Trata-se, pelo contrário, de uma mera limitação a tal atribuição. Em caso de incumprimento do encargo por parte do donatário, o doador ou os seus herdeiros pode-

rão resolver a doação, desde que esse direito lhes seja conferido pelo contrato (artigo 966.º). Nem sempre o doador está consciente da necessidade de estipular no próprio contrato a possibilidade de resolução da doação. Como já tive oportunidade de defender, no caso de prestação de auxílio a idosos pode-se presumir que o encargo é essencial para a realização da doação, pelo que deveria haver uma regra especial nesse sentido<sup>71</sup>. Acresce o facto de a mesma implicar uma ação judicial, solução claramente desvantajosa no contexto tendo em conta a morosidade da justiça, associada ao facto de estar em causa um idoso.

As desvantagens do recurso a uma doação modal com a finalidade de proteção de idosos ficam claras. Assim, esta será uma alternativa insuficiente para aqueles que eventualmente pretendam a celebração de um pacto sucessório institutivo a título oneroso nesta matéria, mas não o podem fazer devido à proibição de pactos sucessórios do artigo 2028.º/2.

---

<sup>71</sup> Cf. D. MORAIS, *Autodeterminação sucessória — por testamento ou por contrato?*, pp. 617-618.



## REVISIÓN CRÍTICA DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES DEL MENOR CON TERCEROS NO FAMILIARES EN LOS ORDENAMIENTOS PORTUGUÉS Y ESPAÑOL. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

*Maria Isabel de la Iglesia Monje*

Professora Titular de Direito Civil — Universidade Complutense de Madrid

*Critical review of the child's right to personal relationships with non-family third parties in the Portuguese and Spanish legal systems. The influence of the CJEU's Jurisprudence*

**Palabras clave:** Menores. Derecho de visita. Derecho de relaciones personales. Terceros no familiares. Ordenamientos jurídicos portugués y español. Jurisprudencia del TJUE

**Keywords:** Minors. Right of visit. Right of personal relationships. Non-family third parties. Portuguese and Spanish legal systems. Jurisprudence of the CJEU

**Resumen:** La sentencia del TJUE, Sala Primera, de 31 de mayo de 2018, tras su análisis del «derecho de visita» del artículo 1, 2º, a), y del artículo 2, 7º y 10º, del Reglamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, considera que debe interpretarse en el sentido de que incluye no solo el derecho de visita de los progenitores a sus hijos, sino también el de otras personas con las que resulte importante que el menor mantenga relaciones personales. Aunque trata el tema en particular de los abuelos, otorga indirectamente cierta importancia al derecho de comunicaciones con terceros no familiares.

Tanto el ordenamiento español (art. 160, 2º CC) como el portugués (art. 1887 bis CC) mencionan esta posibilidad aunque ha sido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español la que ha configurado una jurisprudencia importante con una casuística variada de terceros a los que se reconoce este derecho. La jurisprudencia portuguesa no ha reconocido aún la importancia del círculo socio afectivo no familiar del menor.

**Abstract:** The ruling of the CJEU, First Chamber, of May 31, 2018, after analyzing the “right of access” of article 1, 2, a), and of article 2, 7 and 10, of Regulation (EC) No.

2201/2003 of November 27, 2003, on jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and matters of parental responsibility, considers that it should be interpreted as including not only the right of access for parents to their children, but also that of other persons with whom it is important that the child maintain personal relationships. Although it deals with the particular topic of grandparents, it indirectly grants some importance to the right of communication with non-family third parties.

Both the Spanish (Article 160, CC 2) and Portuguese (Article 1887 bis CC) systems mention this possibility although it has been the case law of the Spanish Supreme Court that has established an important jurisprudence with a varied casuistry of third parties to which this right is recognized. Portuguese jurisprudence has not yet recognized the importance of the minor's non-family socio-emotional circle.

**Sumario:** I.- INTRODUCCIÓN: EL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES Y EL NUEVO CONCEPTO APERTURISTA DE FAMILIA II.- EXAMEN DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES DEL MENOR EN LOS ORDENAMIENTOS PORTUGUÉS Y ESPAÑOL. A).- Marco jurídico del derecho en ambos ordenamientos. B).- La doctrina científica y el derecho de relaciones personales. III.- POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA PORTUGUESA Y SU COMPARACIÓN CON LA ESPAÑOLA. A) Jurisprudencia portuguesa. Análisis crítico. B) Jurisprudencia española. Evolución. C) El derecho de relaciones personales transfronterizo de los allegados en la jurisprudencia española. D) La necesaria influencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en los ordenamientos de la Unión Europea. IV.- ANÁLISIS CRÍTICO. V.- BIBLIOGRAFIA. VI.- ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO. VII.- LEGISLACIÓN CITADA

## I. Introducción: El derecho de relaciones personales y el nuevo concepto aperturista de familia

La publicación de la STJUE de 31 de mayo ha incidido en el examen del conocido derecho de visita, que todos sabemos que va más allá, hacia un derecho de relaciones personales, en el caso enjuiciado de los abuelos, pero que toca también *el de otras personas*<sup>1</sup> con las que resulte importante que el menor mantenga relaciones personales, que —evidentemente— no son titulares de la responsabilidad parental.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Evidentemente el *allegado* y su derecho de relaciones personales con el menor tiene unos antecedentes internacionales y europeos, los más importantes y que han sido claves para su introducción en nuestro ordenamiento de la Institución, y en la reforma de diferentes leyes que a continuación veremos son:

El *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 4 de noviembre de 1950, que en su art. 8 ya estableció que las relaciones personales y familiares de los menores afectan al futuro desarrollo de su personalidad y al respeto a su vida privada y familiar.

La *Declaración Universal de los Derechos del Niño* de 20 de noviembre de 1959 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas donde se formulan una serie de principios con el objetivo de reconocer al niño, por su falta de madurez física y mental, una especial protección y cuidado.

El derecho del menor a relacionarse con sus allegados (además de con sus abuelos y parientes) aparece recogido en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989

El *Convenio Europeo de relaciones personales relativas a los niños*, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo el 3 de mayo de 2002, y abierto a firma el 15 de mayo de 2003. Brevemente nos vamos a detener en su contenido, que no es ratificado por España hasta trece años más tarde: *reconozca la necesidad de los menores de mantener relaciones personales, no sólo con sus padres, sino también con otras personas relacionadas con ellos por vínculos familiares, en atención a la importancia para los padres y otros familiares de seguir en contacto con ellos, siempre que se preserve el interés superior de los menores.*

La *Observación General nº 14* indica que la familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, en particular de los niños y que se interpreta en sentido amplio de forma que incluye a la familia biológica, a la adoptiva y a la de acogida y a los miembros de la familia extensa y allegados, particularmente importantes en situación de ruptura familiar

<sup>2</sup> Vid. en relación con este tema (IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> Isabel de la: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011 (2676/2011). Derecho de los menores a relacionarse con sus allegados” en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil*

La indicada STJUE tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE,<sup>3</sup> por el Varhoven Kasatsionen Sad (Tribunal Supremo de Casación, Bulgaria), mediante resolución de 29 de mayo de 2017, recibida en el Tribunal de Justicia el 6 de junio de 2017, en el procedimiento entre Neli Valcheva y Georgios Babanarakis. Sentencia en la que el TJUE confirma *que el concepto de derecho de visita debe interpretarse de forma autónoma, y no solo incluye el derecho de los progenitores a visitar a su hijo, sino que indirectamente posibilita también el de los allegados, esto es el del círculo socio afectivo del menor.*<sup>4</sup>

y *Mercantil*). Volumen V (2011-2012) Dirigido por Mariano Yzquierdo Tolsada. BOE (ed. on line), Dykinson (ed. impresa), Madrid. 2016. Pag. 351 a 364. ISBN 978-84-9085-868-4.

<sup>3</sup> “Concepto de allegados y el interés superior del menor”, en *RCDI*, Estudios jurisprudenciales. Derecho civil. Año: 2015 — Num: 751. Septiembre-Octubre. Año: 2015 — Num: 751 — Pag: 2871-2892).

<sup>4</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea C 83/47. 30.3.2010.

La reclamante en el pleito principal, Sra. Neli Valcheva, residente en Bulgaria es la abuela materna de un menor de edad nacido en el año 2002, del matrimonio entre la Sra. Mariana Koleva, hija de aquella, y el Sr. Georgios Babanarakis. Este matrimonio fue disuelto por un órgano jurisdiccional griego, que concedió la custodia de Christos Babanarakis a su padre. El juez griego estableció el régimen de ejercicio del derecho de visita entre la madre y el hijo, incluyendo contactos por Internet y por teléfono, así como encuentros personales en Grecia durante varias horas, una vez al mes.

La abuela consideró que no tenía la posibilidad de mantener contactos de calidad con su nieto y tras haber solicitado sin éxito ayuda a las autoridades griegas, recurrió ante la justicia búlgara para que se determinara la forma de ejercicio del derecho de visita por ella y su nieto. Solicitó al amparo del artículo 128 del Código de Familia, que estableciera dicho régimen de ejercicio concretamente el derecho a verlo algunos fines de semana de cada mes, así como a acogerlo en su casa dos veces al año durante una o dos semanas de las vacaciones del menor. Tribunales búlgaros (de primera instancia y de apelación) desestimaron la pretensión por falta de competencia, ya que el Reglamento europeo establece que los órganos jurisdiccionales competentes son los del Estado miembro donde el menor tiene su residencia habitual (en este caso, los tribunales griegos). La Sra. Valcheva interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo de Casación búlgaro interponiendo ante el TJUE la cuestión prejudicial preguntando si debe interpretarse el concepto de “derecho de visita” del artículo 1, 2<sup>a</sup>, a), y del artículo 2, 10<sup>a</sup>, del Reglamento 2201/2003 en el sentido de que no solo se aplica a la visita de los progenitores al menor, sino también a la visita de otros miembros de la familia, y en particular de los abuelos.

Dos han sido pues, los criterios esenciales para la interpretación de la norma sobre la que versa la cuestión prejudicial: el del *interés superior del menor*, y en particular el del *criterio de proximidad del menor*. Recordemos que el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental incide, en su considerando número 12, en que “las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad.” Previamente el considerando 2º señala que “El Consejo Europeo de Tampere corroboró el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como piedra angular de la creación de un verdadero espacio judicial, y destacó el derecho de visita como prioritario”

La necesidad de interpretación del Reglamento, y consiguientemente de la cuestión prejudicial del tribunal búlgaro que origina la STJUE se debe a que el Reglamento 2201/2003 *no precisa* si el concepto de «derecho de visita» definido en el artículo 2, 10º comprende el derecho de visita de los abuelos, indicando únicamente que se entiende por “derecho de visita, en particular, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado.” De ahí que la Sala Primera del TJUE afirme que el concepto debe interpretarse de manera autónoma, atendiendo a su tenor, a la estructura y a los objetivos del Reglamento, independientemente de los trabajos preparatorios del mismo,<sup>5</sup> o de otros actos del Derecho

de la Unión y del Derecho internacional, pues en ellos -dada la amplitud de su definición- no se incluye qué personas pueden disfrutar de ese derecho de visita.

Palabras que indirectamente señalan como el *concepto de familia* con el tiempo va variando *hacia un modelo diferente más aperturista*, donde pueden ser primordiales para el menor, aquellas personas con las que *no comparte lazos de sangre pero con las que ha convivido y que son importantes para su desarrollo emocional*.

## II. Examen del derecho de relaciones personales del menor en los ordenamientos portugués y español

### A) Marco jurídico del derecho en ambos ordenamientos

Dentro del Capítulo II del Código civil portugués dedicado a los efectos de la filiación se encuentra la Sección II referida a la patria potestad que incluye el art. 1887º-A que regula la convivencia de los menores con sus hermanos y ascendientes y que afirma que “*los padres no podrán privar a sus hijos injustificadamente de convivir con sus hermanos y ascendientes*”.

73

legislador de la Unión se planteó la cuestión de quién podía ejercer la responsabilidad parental o disfrutar del derecho de visita. El legislador consideró varias opciones, en particular limitar los beneficiarios a uno de los progenitores del menor y, viceversa, no limitarlo a determinadas personas. Este documento menciona en particular a los abuelos, al hacer referencia al *proyecto del Consejo de Europa relativo al Convenio sobre las relaciones y los contactos con los hijos*, que reconoce el derecho de estos a mantener contacto no solo con sus progenitores, sino también *con aquellas personas con quienes tengan lazos familiares, como sus abuelos*. En definitiva, el legislador de la Unión se decantó por que ninguna disposición restringiese el *círculo de personas que pueden ejercer la responsabilidad parental o disfrutar de derechos de visita*.

52001DC0166. Documento de trabajo de la Comisión — Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental /\* COM/2001/0166 final \*/

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0166>

<sup>5</sup> Del trabajo de la Comisión de 27 de marzo de 2001 relativo al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental [COM(2001) 166 final] se deduce que el

Comparativamente debemos señalar que en el ordenamiento jurídico español, este derecho había sido concretado por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Ley que modificó el artículo 160.2 CC donde se afirma que “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados... En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.”

Vamos a hacer un breve resumen de la situación en el ordenamiento español, destacando cuatro etapas fundamentales:

La primera etapa comenzaría con la Ley que reconoce la existencia de los allegados nos referimos a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Ley que modificó el art. 161 del Código con varias cuestiones importantes: Así en el párrafo primero se comienza a hablar del derecho de relación entre los padres y el menor cuando aquellos no ejerzan la patria potestad, en los siguientes términos: “El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro de manera plena o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.”

Pero no es hasta el párrafo 2º y 3º del indicado 161 CC cuando se comienza a hablar del allegado: “No podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias.”

Esta pequeña introducción va a producir, por un lado, la existencia de una nueva sensibilización social al reco-

nocimiento del derecho de relación de los parientes, y, por otro lado, la progresiva debilitación del control de los hijos por los padres. Circunstancias que como vamos a ver en las siguientes páginas va a ir en aumento con las siguientes modificaciones legales. Hasta llegar al momento actual donde la patria potestad no se concibe como ese poder arcaico de los padres sobre los hijos, y el creciente protagonismo de los menores (todo se supervisa bajo el prisma del principio del interés superior del menor), modificándose en los derechos forales incluso el término pues ya no se habla de *patria potestad* sino de *responsabilidad parental*.

Seguidamente, apenas dos meses después, la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, regula en su artículo 90 CC el contenido del convenio regulador que deberá contener varios extremos entre los que se encuentran “el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.” En este caso, se concreta el derecho de relaciones personales en visitas, comunicación y estancia cuando se trata del progenitor que no tenga la custodia de los hijos.

De igual modo, el art. 94 CC introducido en este momento, se refiere en concreto al progenitor no custodio, de un menor o de un incapaz, insistiendo en su derecho de visita, comunicación y compañía, en los siguientes términos: “El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.”

Posteriormente, el artículo 103 del Código, introducido también por esta Ley, señala la posibilidad de que “otra persona” (quien mejor que un allegado) podrá hacerse cargo de los menores en concepto de tutores: “Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoles funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez”

La segunda etapa importante comenzaría con la publicación de la Ley de modificación del Código Civil en mate-

*ria de adopción: el cambio del contenido del art. 160 CC y la inclusión del derecho de relación del menor acogido.* Hay dos modificaciones importantes en esta Ley. Por un lado el contenido del que hasta ahora había sido el del artículo 161 CC, pasa sin modificación alguna a formar parte del artículo 160 CC. Así en su párrafo 160, 1º CC tras afirmar el derecho de relación de los padres que no ejerzan la patria potestad con sus hijos menores, se determina una salvedad relativa a los adoptados, donde se impide ese derecho de relación una vez que ya han sido adoptados los menores por otra familia, o “conforme a lo dispuesto en resolución judicial”. Resulta interesante esta última apreciación puesto que generalmente había una total ruptura con la familia de origen una vez producida la adopción. Situación que va a ser modificada, como veremos, tras la publicación de la Ley 26/2015. Las variaciones que se introducen en los párrafos 2º y 3º consisten únicamente en la inclusión de los *parientes* como otra categoría distinta a la de los allegados, y que la antecede en orden.

Por otro lado, tiene lugar la introducción en el art. 161 CC del otorgamiento del derecho de visita y relación de los padres con el menor acogido, que se ha ido extendiendo en la actualidad (a hermanos, abuelos, parientes y allegados). Derecho que ya nos indica el legislador que “podrá ser regulado o suspendido por el Juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor”.

La etapa definitiva sería la tercera, con la publicación de la Ley de 2003 *de modificación del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos*. El reconocimiento de las relaciones personales del menor y del menor acogido con sus abuelos. Con esta Ley se introdujeron diversas modificaciones que perseguían eliminar el exiguo tratamiento existente en nuestro Código Civil a las relaciones de los nietos con sus abuelos imprescindibles en el desarrollo personal de los menores. Pero sobre todo el espíritu de la Ley puso de manifiesto como el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paterno-filiales que, aunque prioritarias, no pueden aislarse del resto de relaciones familiares, dando importancia a los abuelos, parientes, y a los allegados, dándoseles visibilidad y a su vez reconocimiento de sus derechos.

En conclusión, el legislador en este momento y con carácter primordial pensaba en la idea de que los abuelos

pueden prestar una ayuda inestimable a sus nietos, ya fuera en las situaciones de crisis matrimonial como sin la existencia de esta ruptura tanto por el grado de máxima proximidad de parentesco como por su experiencia vital... y de ahí la gradación y el último término en el que se encontraban los allegados hace dieciséis años... La situación actual como vamos a ir viendo y ahora anticipamos es totalmente distinta. Una vez que la sociedad ha asumido como real, necesario y efectivo este régimen de comunicación y visitas con los abuelos se hace más necesaria pensar en el estatuto jurídico propio de los allegados quienes en diversas situaciones pueden tener una vinculación de convivencia y proximidad real con los menores más aún que con sus abuelos.

*Se introduce la posibilidad de que a los allegados excepcionalmente se les encomienden los hijos, no expresamente sino dentro del término “otras personas” que así lo consintieren confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.*

Esa justificación quizá se encuentra en la relación afectiva... suficientemente fuerte como para que la vocación del peticionario a seguir manteniendo esa relación afectiva sea relevante jurídicamente, es decir, sea merecedora por sí sola de la tutela del ordenamiento jurídico. Comienza a perfilarse el carácter y la naturaleza jurídica del allegado como las personas cercanas o próximas al menor en el espacio o en el tiempo o cercanas o próximas por parentesco, amistad, trato o confianza.

La última y cuarta etapa, sería la de la publicación de las Leyes de 2015 sobre *modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* y la cristalización definitiva del Derecho de Menores.

El artículo 160 CC ha sido redactado por el apartado diez del artículo segundo de la citada ley, e *introduce* una subcategoría más que antepone a las existentes, y que es la referencia a los *hermanos*, considerados como los sujetos más próximos en poder.

El artículo 161 ha sido también redactado por el apartado once del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en los siguientes términos: *“La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos,*

hermanos y demás parientes y *allegados* respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. A tal efecto, el Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor.

*El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Pero centrándonos en el art. 160, 2º CC español, cabe señalar, que al igual que en el caso portugués, se encuentra dentro del Título VII referido a las relaciones paterno-filiales, pero en su Capítulo Primero donde se hallan las Disposiciones Generales.

A primera vista y antes de entrar a estudiar lo que señalan tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de ambos sistemas legales, debemos realizar a vuela pluma, un breve comentario de las *diferencias y similitudes* existentes.

El ordenamiento portugués se refiere al derecho del menor de *convivir* frente al derecho español que desde una perspectiva más amplia nos habla de *relaciones personales*. No obstante en ambos casos el contenido del derecho considero que es similar, o que el propio Juez podrá ampliar el contenido del derecho según el caso planteado.

Mientras que en el derecho portugués se posibilita u otorga el derecho desde la patria potestad de los padres, en el caso español se hace desde una perspectiva más amplia indicándose genéricamente que “*no podrán impedirse...*” no sólo por los padres, sino que nadie podrá impedirlo (salvo que haya justa causa). Derecho que se otorga poniendo el punto de mira en el menor, en su beneficio o interés supremo, pues solamente se negará o se *le privará*

si *justificadamente* concurren circunstancias que deben prohibirlo.

En el supuesto portugués se refiere únicamente a los hermanos y ascendientes del hijo mientras que en el derecho español el derecho a ser titular del mismo se amplía además, a “*otros parientes y allegados*”. Lo cual parece establecer una graduación que se extiende fuera de los lazos familiares en los que se encuentran los hermanos, los ascendientes y parientes (que pueden ser tíos, primos....) hacía terceros que pertenecen al círculo socio afectivo del menor, saliendo la conexión fuera de los lazos familiares.

## B) La doctrina científica y el derecho de relaciones personales

Analizando la perspectiva de la doctrina científica, vemos que en términos actuales la postura portuguesa va más allá que el planteamiento del Código civil. Y ello, como señala CORTE REAL “el sistema familiar portugués oscila entre los valores tradicionales y las últimas tendencias de la evolución sociológica familiar...<sup>6</sup> Con el surgimiento del interés superior del menor y el principio de su progresiva autonomía de los hijos según van alcanzando madurez,<sup>7</sup> el deber de vigilancia de los padres debe equilibrarse sin extralimitarse sin interferir en el deseo de mantener comunicaciones personales con sus allegados (pensemos en los adolescentes que poseen un mayor grado de autonomía), salvo que en el mantenimiento de este derecho de comunicación pueda colocar en una situación de riesgo al menor.

<sup>6</sup> CORTE REAL, Carlos Pamplona: “Relance crítico sobre o direito de familia português.” *Textos de direito da família*. Dir. Francisco Pereira Coelho y coordenação Guilherme de Oliveira. Publicado en Coimbra. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1112-9. Pags. 107 A 130

<sup>7</sup> SALOMAO, Marcia Poggiana: *Escritos de direito das famílias: Uma perspectiva luso-brasileira*. Pag. 338 a 343.

En derecho de familia, del ejemplo práctico de la solidaridad surge el derecho de los abuelos, de los tíos de los excompañeros, de los padrastros, de las madrastras, que consiste en el derecho de contacto, de visita o de convivencia con los menores y adolescentes, siempre favoreciendo los derechos afectivos de éstos o los lazos de parentesco, o, los contruidos en la convivencia familiar que no deben ser rotos o transgredidos.<sup>8</sup>

La consideración de la *socioafectividad* como categoría jurídica aparece en las relaciones de filiación y de las entidades familiares que han evolucionado en la actualidad.<sup>9</sup> Y que surge de la protección que el derecho otorga a situaciones de la vida familiar marcadas por la convivencia, estabilidad y afectividad, entendida como deber jurídico que se entrelaza con los deberes de convivencia familiar. Así, la evolución de la familia pasa de un hecho basado en la *consanguinidad* al hecho cultural de *afinidad en el sentido de afectividad*. La familia recupera la función de sus orígenes más remotos el grupo unido por lazos afectivos... *Más allá aún del principio de solidaridad familiar*.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> GROENINGA, Giselle Cámara: “Guarda compartilhada — responsabilidade solidária”, en *Família y solidariedade. Teoria y prática do direito de família*. IBDFAM. Coordenação: Rodrigo da Cunha Pereira. Brasil. 2008. Pág. 179.

<sup>9</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto: “Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental”, en *Escritos de direito das famílias. Uma perspectiva luso-brasileira*. Coord.: Berenice Dias y Duarte Pinheiro. Magister. Porto Alegre. 2008. pag. 147

<sup>10</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto: “Paternidade socioafetiva e o processo da súmula nº 301/STJ.” *Família y Dignidade*. Coordinado por Rodrigo Da Cunha Pereira. IBDFAM. Brasil. 2006. Pág. 808 y ss. Solidaridad como superación del individualismo jurídico en el derecho de familia, originado por la evolución de los derechos humanos, es la tercera etapa de estos derechos: en esta tercera etapa (la primera fue la de concreción de derechos y garantías individuales, en la segunda la de los derechos sociales y) donde se formularía los derechos de solidaridad no solo de las personas en sus relaciones, sino en relación con el medio ambiente y los demás derechos de los seres vivos y de las futuras generaciones. Pág. 1 a 17

Surge el “cuidado” como valor jurídico: cuidado en las relaciones y cuidado en la convivencia intergeneracional como transmisora de valores y cultura. Cuidado que recibe la fuerza subyacente del principio de solidaridad el cual, a su vez, transforma estos valores en derechos-deberes exigibles en las relaciones favorables. Todas las instituciones de derecho de familia deben estudiarse al amparo de la solidaridad familiar. Y así llegamos a la filiación socioafectiva que es uno de los avances más importantes en relación con la solidaridad familiar y la primacía de la dignidad humana pues nace de la generosidad y el respeto de unos con otros.... NETTO LOBO mantiene como “la paternidad socioafectiva surge de la convivencia familiar, independientemente del origen del hijo... Es el paradigma actual de la paternidad”.<sup>11</sup>

Por otro lado, lo que ocurre es que en España se ha dado un paso más y esta concepción se extiende hacia el círculo socioafectivo del principio de interés superior del menor que estaría en consonancia con esa solidaridad. En la actualidad la familia nace de la complejidad de las relaciones afectivas y solidarias que un ser humano construye.

OLIVEIRA pone el énfasis en la relevancia del binomio sangre/afectos en la sociedad actual, indicando que ambas verdades la biológica y la afectiva/social pueden convivir de manera conjunta como intento de salvaguardar el núcleo esencial del derecho a la identidad personal y al libre desenvolvimiento de la personalidad del menor.<sup>12</sup> A su juicio “los afectos estimulan el verdadero sentido de familia y pertenencia. La sangre y la biología despro-

<sup>11</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto: “Paternidade socioafetiva e o processo da súmula nº 301/STJ.” *Família y Dignidade*. Coordinado por Rodrigo Da Cunha Pereira. IBDFAM. Brasil. 2006. Pág. 808 y ss.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Carla Patricia Pereira: *Entre a mística do sangue e a ascensão dos afectos: o conhecimento das origens biológicas*. Coimbra editora. Walter Kluwer. 2011

vistas de afectos no contribuyen al desenvolvimiento integral de una persona”. Se pregunta cuál es la posición del ordenamiento portugués, y ella misma concreta indicando que “El portugués no consagra un biologismo absoluto ya que prevé situaciones en el que la verdad biológica no prevalece.”

Considero que realmente en la práctica no se ha dado un paso más como en nuestro ordenamiento y cómo veremos más adelante, no se ha concretado vía jurisprudencial como sí ha tenido lugar en España, tanto en varias sentencias del Tribunal Supremo, como en varias sentencias de las Audiencias Provinciales.

Y así llegamos brevemente a la interesante propuesta que realiza SILVA relativa a la modificación del art. 1887 A CC portugués sobre la base práctica del derecho del menor a su manutención derivado de sus relaciones con terceros específicamente significativos, familiares o no.<sup>13</sup> Propuesta que anticipamos la consideramos certera y ajustada a los actuales fundamentos del derecho de familia ya que, además, supondría un avance práctico en el derecho de relaciones personales del menor con su entorno social (con los lazos afectivos, psicológicos significativos). De igual modo se conectaría con el derecho español y se ajustaría a la interpretación de la normativa europea consagrándose formalmente uno de los derechos del menor esencial para su formación y desarrollo, constituyendo su quiebra la posible creación de graves desequilibrios en su desarrollo.

De hecho propone como posible modificación del precepto la siguiente:

*“1°. Los padres o cuidadores a quienes incumba el ejercicio de responsabilidades parentales, aunque de hecho no pueden privar a los hijos o a los menores del derecho de relacionarse con sus ascendientes, hermanos u otros familiares o con cualquier*

*otra persona con quien el menor haya tenido una relación afectiva fuerte y significativa, salvo que se considere que hayan motivos justificativos para su privación.*

*2°. Si el interés superior del menor lo justifica el menor por sí mismo, o por medio de representante, o por cualquiera de las personas referidas en el número anterior, o el ministerio fiscal, pueden requerir al Tribunal que se haga efectivo ese derecho, pudiendo el juez, oído el Ministerio Público, fijar la forma de esa relación armonizando siempre que sea posible los diferentes intereses en cuestión.*

*3°. La acción referida en el número anterior tendrá el carácter de urgente, debiendo resolverse en el plazo máximo de 6 meses”.*

Los motivos fundamentales que se indican en la propuesta son los siguientes:

En el *apartado primero* se prevé que el menor esté con padres o cuidadores, siendo este último concepto la figura que abarca aquellas personas que cuidan de una criatura de hecho -y que todavía no se halla regulada en los términos legales-. Se protege el derecho del menor en el mantenimiento de los lazos afectivos aunque esté al abrigo de esta situación de hecho. Es importante este matiz ya que de esta forma no se tendrá que aguardar a la resolución del procedimiento y a la decisión del otorgamiento del ejercicio de las responsabilidades parentales para seguidamente resolverse esta cuestión de los convivientes con terceros efectivamente significativos que de otra forma se puede perjudicar al derecho en sí, por el transcurso del tiempo. Por ello y para resolver el principal problema de la ley, se extiende el ámbito de aplicación, previéndose expresamente que el derecho del menor y los derechos de terceros pueden extenderse fuera de la de los familiares.

En el sistema español, el legislador ya tuvo presente esta posibilidad del sujeto activo en sentido extenso, pues pueden darse múltiples posibilidades de que el menor esté bajo el cuidado de distintas personas (el más corriente es el de los padres pero

<sup>13</sup> SILVA, Júlio Barbosa: e: “O direito da criança na manutensão das suas relações com terceiros afectivamente significativos : o presente (e uma proposta para o futuro)”, en *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. ISSN 1645-829X. N. 1 (2015), p. 113-158

puede estar bajo el cuidado del guardador de hecho que generalmente es un pariente ya sea abuelo, tíos o hermanos mayores fruto de relaciones anteriores de los padres)<sup>14</sup> o incluso puede estar bajo la protección de una institución pública (administración en caso de los menores desamparados o de menores con problemas de conducta) situaciones todas, en las que el menor tiene derecho de relación con allegados más allá de sus padres, hermanos o parientes.

También resulta interesante detenernos en la salvedad que propone SILVA indicando “*salvo que se considere que hayan motivos justificativos para su privación*”, salvedad que ya recogió el legislador español en 2003, y su modificación contenida en el art. 160 CC el cual comienza a enunciar el derecho en sentido negativo y con carácter general: “*No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.*”

En la modificación del *segundo párrafo* de la norma que propone el autor, se da cuerpo a la figura del menor como pleno sujeto de derechos en función del principio general de derecho de “su interés superior”. Así se introduciría expresamente en el código civil portugués, quedando a su vez protegidos los derechos de terceras personas pero teniendo en cuenta la primacía del derecho de menor quien puede ejercitar su derecho a través de una acción de forma directa (por sí mismo) o a través de intermediarios (ya sea representante, -padres o cuidadores de derecho-, cuidadores de hecho, o el propio ministerio fiscal, siempre teniendo como fundamento la Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos del niño (arts. 4 y 5)

<sup>14</sup> IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> Isabel de la: “Guardador de hecho y el interés del menor: El allegado”, en *III Encontro de Internacionalização do Compedi*. COMPEDE-UCM. 2016. Págs. 587 a 609. ISBN (Internacional): 978-85-5505-144-9.

<http://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/10/Miolo-atual-Autores-espanho%CC%81is-Madrid-1.pdf>

También se reconoce el papel del Ministerio Público como posible impulsor del proceso a su requerimiento, a semejanza de lo que sucede para la regulación el ejercicio de las responsabilidades parentales ya los efectos de promover y proteger los derechos de los menores en peligro. Si se impulsa el derecho por el MF será como un proceso semejante al que existe en el RGPTC (Regime Geral do Processo Tutelar Cível), para la investigación de la paternidad en la Organização Tutelar de Menores. De este modo el ministerio público actúa como garante de los intereses del menor siguiendo el procedimiento en todo momento.

Aunque el autor expresamente no lo contempla en su modificación indica “que si se llegan a acuerdos fuera del tribunal a través de mediación será necesaria su homologación judicial. En el caso de no haber acuerdo es necesaria la prueba de que es en favor del interés superior del menor, siendo que será oído el MF sobre esta cuestión, reforzándose su papel y posición para la decisión final.”

En el ordenamiento jurídico español es la doctrina científica y la jurisprudencia la que prevé todas estas posibilidades.

Recordemos que, además, regula el ejercicio de la acción no sólo para la reclamación del derecho sino también para mantener su oposición al mismo, siendo el juzgador en que analizará cada supuesto concreto y sobre todo cada situación familiar (“En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias”). Siempre asegurándose que en su resolución quepa tantos los derechos de los padres, como de los hermanos, abuelos o en su caso allegados, no limitando el otorgamiento de estos el de aquéllos.

En lo que respecta al *apartado tercero* del artículo que propone SILVA establece de forma pruden-

te y muy justificada, pero sobre todo teniendo en cuenta los intereses enjuiciados y las consecuencias graves del paso del tiempo que pueden ir en detrimento de los intereses del menor y su beneficio, un *plazo máximo* para la decisión, pensando que *seis meses* serán suficientes para la realización de las pruebas solicitadas por las partes en condiciones normales y la toma de la decisión por el juzgador. Otorgándose en cierta medida el carácter urgente del procedimiento.

Consideramos muy acertado el tiempo establecido del plazo, y que sea calificado además, como de máximo, calificando el procedimiento como urgente. Es sabido que el tiempo es de vital importancia en los procesos de familia, máxime teniendo en cuenta que los menores crecen y entran en una edad complicada como puede ser la adolescencia, momento en el cual las relaciones familiares y más aún la de los allegados... “les sobran”, pues se vinculan en mayor medida con su círculo social de amigos que empiezan a crear.

En el sistema español, el art. 160.2 CC no prevé esta medida y así ha sido muy criticado por la doctrina científica española.

### C. Actualidad del derecho español de relaciones personales con los allegados

La figura del allegado ha aumentado su importancia en el reconocimiento de su existencia propiciado por la jurisprudencia.

El término allegado llegó a nuestro ordenamiento de las fuentes internacionales y europeas, pero sin haber sido definida por el legislador quien simplemente lo apunta en determinados ámbitos de nuestro ordenamiento, (registro civil, ámbito sanitario, mediación familiar o responsabilidad civil...) pensando en aquella persona en trato, confianza o

amistad del menor. No obstante, es la jurisprudencia la que tiene un papel creativo característico, por otra parte, de los sistemas de common law.

Conviene resaltar también que la figura del allegado ha pasado por la fase de constitucionalización, esto es, sensibilizándose con valores y reglas constitucionales.

Así nos encontramos, como ya hemos expuesto anteriormente que el legislador español, siguiendo las indicaciones internacionales y europeas, le dedica un precepto referido al otorgamiento de su derecho de relaciones personales con el menor (art. 160 CC), reafirmando también su derecho de comunicación y visitas cuando el menor se encuentre en régimen de acogimiento residencial por la Administración (art. 161 CC) mientras que en otros muchos preceptos le alude con expresiones cercanas a la de allegado, como *personas cercanas*, o *personas muy próximas* de manera abstracta y desordena que consideramos oportuno que deberían ser modificadas desde nuestro humilde punto de vista.

### III. Posición de la jurisprudencia portuguesa y su comparación con la española

#### A. Jurisprudencia portuguesa. Análisis crítico.

MARTINS e VÍTOR acertadamente confirman que “los tribunales portugueses, a diferencia de la jurisprudencia de otros países, no fueron pioneros en el reconocimiento de un derecho de los abuelos a las relaciones personales”... sino que fue a partir de la modificación del art. 1887 A CC cuando “la jurisprudencia no sólo reconoció la existencia de un derecho de los abuelos a las relaciones personales con los nietos, sino también se centró en los

principales aspectos de su régimen” tales como la titularidad, fundamento, finalidad, naturaleza jurídica, contenido, siendo los tribunales los que han contribuido “a una construcción teórica cada vez más elaborada del régimen jurídico de las relaciones personales entre abuelos y nietos”.<sup>15</sup>

Como vamos a ver, falta dar un paso más y traspasar la frontera de las relaciones familiares a las relaciones socio afectivas de terceras personas o allegados como se ha reconocido en el ordenamiento jurídico español. Y ello porque “la omisión del legislador no excluye a terceros ya que existe un derecho del menor a la convivencia con terceros y figuras de referencia, derecho que encuentra fundamento en el principio del interés superior del menor.”<sup>16</sup> Y así ha reconocido MADEIRA al concluir que “El siguiente paso es sin duda la ampliación del reconocimiento de este derecho a terceras figuras, como ya lo hacen países como Francia y España, que atribuyen expresamente — a través de una cláusula general — un derecho de convivencia con las llamadas figuras de referencia, atendiendo a las realidades socio-afectivas.”<sup>17</sup>

La sentencia del Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de julio de 2005<sup>18</sup> recoge como doctrina que el artículo 1887 CC<sup>19</sup> debe interpretarse res-

trictivamente ya que se concibe su aplicación a las situaciones en que hay una actitud de dificultad de la convivencia entre hermanos o entre abuelos y nietos. En esa línea el artículo 1887 bis CC representa la necesidad de salvaguardar relaciones familiares no estrictamente nucleares que podrían perderse si los padres entendieran, con causa justificada, que sus hijos no debían convivir con sus hermanos o abuelos. Son los padres los que gestionan la convivencia entre hermanos o entre abuelos y nietos, basándose en el ámbito del poder-deber de educación de los hijos, siempre teniendo presente los principios de racionalidad y de equilibrio, y el superior interés de los hijos más pequeños.<sup>20</sup>

En el ordenamiento portugués y hasta la introducción de tal precepto legal, sólo era posible la convivencia entre hermanos o entre nietos y abuelos en los casos en que se registrase una situación de peligro para la seguridad, salud, formación moral o educación del niño, en los términos descritos en el art. 1918 del Cód. Civil. *El matiz diferenciador con respecto al ordenamiento jurídico español, el art. 160 se refiere al viso protector del menor desde la perspectiva de éste, y no como un derecho de los abuelos de comunicación o de*

81

<sup>15</sup> MARTINS, Rosa Candido e VÍTOR Paula Távora, “O Direito dos Avós às Relações Pessoais com os Netos na Jurisprudência Recente”, *Revista Julgar*, n. 10, Coimbra, 2010. Pags. 59 a 75.

<sup>16</sup> MARTINS, Rosa Candido e VÍTOR Paula Távora, “O Direito da Criança à Convivência com Familiares e Outras Pessoas de Referência”, disponible online en [www.justicav.com](http://www.justicav.com)

<sup>17</sup> MADEIRA, Laura Fernandes: “Direito das crianças à convivência com familiares — em especial, os avós”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, v. 8, n. 8. 2016. pags. 58 a 82.

<sup>18</sup> Tribunal da Relação de Coimbra. Sentencia de 5 de julio de 2005. Processo: 1566/05. Tribunal de recurso: Tribunal Judicial de Figueira de Castelo Rodrigo. Ponente: Sousa Pinto. ECLI:PT:TRC:2005:1566.05

<sup>19</sup> El art. 1878 CC portugués (titulado “Contenido del poder parental”), se establece en su apartado 1 que “Corresponde a los padres, en interés de los hijos, velar por la seguridad y la salud de éstos, proveer

a su sustento, dirigir su educación, representarlos, aunque nacidos, y administrar sus bienes.

En el apartado 2 del precepto, complementario del anterior, se añade que “los hijos deben obediencia a los padres; sin embargo, de acuerdo con la madurez de los hijos, deben tener en cuenta su opinión en los asuntos familiares importantes y reconocerles autonomía en la organización de su propia vida.”

<sup>20</sup> El artículo 1887 bis, que fue introducido en el Código Civil por el Decreto Legislativo n.º 84/95, de 31 de agosto, representa la necesidad de salvaguardar relaciones familiares no estrictamente nucleares que podrían perderse si los padres entendieran que sus hijos no debían convivir con sus hermanos o abuelos. Tal afirmación se sustenta en la idea de que esa relación se traduce en una plusvalía para el desarrollo psico-social y educativo de los menores y también, correlativamente, en una situación gratificante para los abuelos. Aunque ese principio no es absoluto, pues que la ley permite que “justificadamente” puedan los padres obstaculizar dicha convivencia.

*mantenimiento de relaciones personales con dicho menor.*<sup>21</sup> De manera que incluso si los padres negasen tal derecho, con base en el interés superior del menor, los jueces españoles otorgan siempre tal derecho.

En la actualidad, como se ha dicho, esta convivencia debe existir, sólo pudiendo negarse por los padres si existe una situación que lo justifique. Sentencia que señala que también que “la Constitución y la ley ordinaria, en lo que concierne a los aspectos ligados a la regulación del ejercicio del poder paternal en general y a la educación en particular, dan una manifiesta primacía a las relaciones entre padres e hijos, sólo admitiendo la intervención de terceros, incluso familiares, en su sustitución y en situaciones de patente incapacidad de los progenitores para tales funciones.”<sup>22</sup>

Por otro lado esta sentencia de 2005 se refiere también al contenido y extensión de este derecho de visita indicando que “no implica necesariamente periodicidad cierta, ni siquiera espacio temporal preciso, sino que tiene en su base la idea de regularidad (diferente de periodicidad cierta) y de tiempo suficiente para el establecimiento de comunicación inter relacional entre abuelo y nieto (el cual puede variar en función de las circunstancias en que ocurre).”

De manera que “sólo en casos en que los pa-

<sup>21</sup> En el supuesto de hecho de esta sentencia, es la abuela la que interpone la demanda ante los tribunales porque considera que su nuera, tras el fallecimiento de su hijo, no permite tener un derecho de visita con los nietos. Sin embargo el Tribunal de apelación de Coimbra concluye que “Los contactos habrán eventualmente disminuido, pero encuentran dentro del ámbito del poder / deber de educar de la madre, a quien corresponde la gestión de la relación de su hijo menor con familiares y otros.”

<sup>22</sup> El artículo 36 de la Ley Fundamental portuguesa, titulada «Familia, matrimonio y afiliación» y que se inscribe en el capítulo relativo a los derechos, libertades y garantías personales (capítulo I del título II) establece: “... 5. Los padres tienen el derecho y el deber de educación y mantenimiento de los hijos.”

“6. Los hijos no pueden ser separados de los padres, salvo cuando éstos no cumplan sus deberes fundamentales con ellos y siempre mediante decisión judicial...”

dres no permitan la existencia de esa convivencia en los términos expuestos (inexistencia de un mínimo de regularidad y de tiempo para la relación comunicacional entre hermanos o entre abuelos y nietos), será admisible, a quien se siente lesionado con tal impedimento, pedir en Tribunal la concreción de esa convivencia.” En el caso de autos, no quedó demostrada la inexistencia de ese espacio de convivencia, antes se comprobó que “después de la muerte del padre del menor la madre del mismo pasó a llevar al menor, casi a diario, la casa de los abuelos, aquí solicitantes, por períodos de media hora, una hora, dos horas y raramente tres horas “y” otras veces, por razones que desconocemos, hasta no lo lleva”.

En la **Sentencia del Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de febrero de 2008**,<sup>23</sup> se insiste, como sustento de su doctrina, en que “el artículo 1887-A, CC vino a consagrar el derecho de un menor a convivir y a relacionarse de forma estrecha (y familiar) con su familia natural, en particular con los hermanos y abuelos... Se trata de un derecho de convivencia recíproca o, si se quiere, de un derecho de visita recíproco.”<sup>24</sup>

De esta sentencia resulta muy interesante la doctrina que recoge, concretando que, hay que “interpretar con cuidado este precepto, pues del mismo no resulta ni puede resultar que este “derecho de convivencia” es idéntico o tiene el mismo contenido de los derechos y deberes de los padres sobre

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de febrero de 2008. Processo: 50031-B/2000.C1. Ponente: Jaime Ferreira. ECLI:PT:TRC:2008:50031.B.2000.C1

<sup>24</sup> Frente a la interpretación contraria mantenida en el Ac. Rel. 17/02/2004 Lisboa, (en C. J. año XXIX, Tomo I, pág. 117), donde se defiende que “no existe ningún derecho de visita que tenga por objeto a los menores, en particular no existe el derecho de visita de los abuelos. Lo que existe es el derecho del niño de mantener regularmente relaciones personales y contactos directos con los padres y otras personas, salvo si hay algo contra el superior interés del niño”.

los hijos, en caso de separación de aquellos, como se desprende de los art. 1905, apartados 1 y 2, 1906, CC y 180° de la OTM.”<sup>25</sup> Pues... los abuelos no están, personal y habitualmente, llamados o preparados para ejercer un poder disciplinador, formativo y de guardia de los nietos, sino que les corresponde y normalmente desempeñan un “papel afectivo y lúdico, satisfaciendo las necesidades emocionales de los nietos”.

Continúa indicando que “es importante, la relación familiar de un joven, que habitualmente le proporciona afecto, cariño, confort, seguridad e identificación personal y social, con lo que se desarrolla su personalidad y formación socio-moral y contribuye en el sentido de que los padres no pueden injustificadamente privar a los hijos de la convivencia con los hermanos y ascendientes.”<sup>26</sup>

En cuanto a la extensión del contenido del derecho de los abuelos, el propio tribunal cita a SO-

TTOMAYOR,<sup>27</sup> quien señala que “la norma del artículo 1887 bis presenta, sobre todo, un efecto preventivo, en el sentido de inhibir a los padres de oponerse a la relación de los hijos con los abuelos y con los hermanos. En consecuencia, creemos que esta necesidad de intervención del Estado en las decisiones de los padres sólo existirá en situaciones límite y raras, en las que el tribunal al resolver el conflicto en un determinado sentido funcionará como un factor pacificador.”

Muy interesante para nuestro estudio resulta la pregunta retórica que en la propia sentencia se señala por el juzgador al interpretar el art. 1887 bis CC “... *los padres no pueden injustificadamente privar a los hijos de la convivencia con los hermanos y ascendientes (¿y porque no también con tíos, primos y amigos?)*.” *Realiza los primeros pasos para ampliar conscientemente la interpretación del mantenimiento de la existencia del derecho de comunicación a la familia extensa, e incluso, al introducir el término “amigos” puede estar dando paso al círculo socioafectivo más amplio del menor.*

En la **Sentencia del Tribunal da Relação de Lisboa, de 1 de junio de 2010**,<sup>28</sup> ya se perfila el contenido del artículo 1887 bis, el cual contempla expresamente el derecho de los abuelos a las relaciones personales con sus nietos, derecho que sólo puede derogarse en caso de que existan razones que impidan su ejercicio. El tribunal interpreta el precepto según la propia redacción de la ley, indicando que “de acuerdo con la carga de la prueba que de ella se deriva, deben invocarse y probarse por quien entiende que de dichas relaciones personales con los abuelos debe beneficiarse el menor.”

Aporta esta sentencia, además, que de la lectu-

<sup>25</sup> “Además se destacó en las sentencias de Rel. Puerto de 01.07.1999 (en CJ año XXIV, Tomo I, pág. 180) y Rel. De Lisboa 17/02/2004 (en CJ año XXIX, Volumen I, es deseable que los menores tengan una fuerte conexión con los abuelos, incluso para la buena formación afectiva y moral de los niños, por lo que, si es necesario, debe establecerse un régimen de visitas abierto, siempre que así sea deseado por los niños, pues lo contrario será violar su derecho al desarrollo de la personalidad.”

<sup>26</sup> En el caso de autos, la menor ha convivido desde su nacimiento con la familia materna (abuelos y tíos) “siendo ésta una familia con una relación de gran cohesión familiar y de valores tradicionales, en que se mantiene el hábito de hacer un almuerzo dominical entre todos, incluso después de la autonomía de los hijos”, cuando la madre enfermó fueron éstos quienes “cuidaron de ésta en los períodos en que estaba con la madre, llevándola y yendo a buscarla a la escuela, ayudándola con los trabajos de casa, llevándola a médicos cuando era necesario, así como a la psicóloga que la acompañaba, pernoctando junto a ellos...” Tras el fallecimiento de la madre, el padre de la menor manifiesta renuencia a la convivencia de la menor con la tía materna, con quien tiene una relación tensa.

No obstante, el tribunal falla teniendo en cuenta el interés superior de la menor adolescente que tiene que centrarse en sus estudios y estableciendo que “no se ha probado que haya alguna vez existiendo cualquier privación de convivencia entre los abuelos y la nieta como bien demostrado está.”

<sup>27</sup> SOTTOMAYOR, María Clara: *Regulación del Ejercicio del Poder Paternal en los Casos de Divorcio*, Editora: Almedina. Monografías. 3ª edición. pag. 117.

<sup>28</sup> Tribunal da Relação de Lisboa, Sección 7ª. Sentencia de 1 de junio de 2010. Ponente: Dina Monteiro. Processo: 5893/06.5TBVFX.L1-7

ra del 1887 bis CC debe interpretarse que “el amor y la creación de lazos afectivos no puede imponerse por decisión del Tribunal, pero no es menos cierto que, sin conocimiento y convivencia entre las personas, esos sentimientos tampoco pueden desarrollarse. Hay que crear oportunidades y dejar que las relaciones sigan su destino.”

En el caso de autos no hay relación entre los padres de la menor y los abuelos paternos (ni con la familia paterna en general). La menor conoce la existencia de los abuelos pero no los conoce pues nunca ha estado con ellos, incluso se manifestó en contra de la posibilidad de modificar la situación actual, rechazando mantener contactos — aunque mínimos — con los abuelos. El Tribunal es consciente de que “para la resolución de este recurso, es necesario analizar el contenido de los derechos no sólo de la menor, sino también el de sus abuelos paternos, en un plano de paridad. En ambos casos estamos ante derechos personales derivando, de tal afirmación, su irrenunciabilidad y su intransmisibilidad.”

El Tribunal no puede olvidar que los derechos de los abuelos caminan en paralelo con los derechos de los menores y que sólo deben ceder a estos últimos en casos que merezcan la calificación de hechos justificativos de tal prohibición. *Compete a los padres el desarrollo de los vínculos afectivos entre abuelos y nietos*, cuando se verifica que los progenitores no cumplen con su obligación de fortalecer los vínculos familiares, incumbe al Tribunal suplir esa falta ya que no existe ninguna razón que imponga el mantenimiento de esta ausencia de contactos, además de la posición de intolerancia asumida por los padres de la menor y que esta última asume por razones que, posiblemente, se ligan a una solidaridad parental ya que, además, no se conocen otras razones objetivas para este comportamiento.

De hecho, el Tribunal impone el contenido del derecho indicando que “Las visitas entre abuelos y nieta deban ser inmediatamente fijadas en los términos en que fueron solicitadas, so pena de poder crear un clima de revuelta y de negación por parte de la menor, propios de la adolescencia, máxime cuando esta altura de la vida está marcada por la existencia de progenitores intransigentes en el establecimiento de tales visitas. Hay que crear un espacio para que otros sentimientos puedan afluir, ... y tener presente que la finalidad de la ley es que las visitas se cumplan como medio de realización y crecimiento de la propia identidad de la menor”.<sup>29</sup>

El derecho de relaciones personales entre la menor y su padrino que la cuidó desde que nació, como se analiza en la **Sentencia del Tribunal de Relação de Coimbra de 20 de junio de 2012**,<sup>30</sup> dispone que “el ejercicio de las responsabilidades parentales a través del proceso de jurisdicción voluntaria viabiliza la búsqueda de la mejor solución, ... el concepto de superior interés del menor orienta al juzgador en el sentido de procurar encontrar la solución que -no sólo objetivamente sino también a la luz de los afectos, del grado de desarrollo psíquico, de la percepción, de la distinta dimensión del tiempo de la infancia y de los efectos de los días en el estadio de desarrollo del menor concreto — le

<sup>29</sup> “Para la efectividad de lo anterior, el Juez de Primera Instancia deberá velar por la celebración de una entrevista, con la presencia de todos los interesados allí mencionados, debiendo los padres de la menor, en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del ejercicio de la responsabilidad parental y en el marco de su poder-deber de educación de la menor, facilitar la concreción de esas mismas visitas.” Concretamente en el fallo se indica que “- Se fija un régimen quincenal de visitas entre los abuelos paternos y la menor, con una duración de dos horas, y que tendrán lugar en espacio destinado por el Instituto de Solidaridad Social y con la presencia de técnico de esta Institución. Este técnico elaborará informes trimestrales que se enviarán al Tribunal de Primera Instancia para el establecimiento de visitas autónomas entre estos familiares.”

<sup>30</sup> Tribunal de Relação de Coimbra. Sentencia del 20 de junio de 2012. Ponente: Carlos Marinho. ECLI:PT:TRC:2012:450.11.71BTNV.A.C1

construye, a la medida exacta de esos elementos y de sus necesidades, un universo en el que pueda encontrarse y crecer en plenitud.”

Indica también que “del art.1887 bis CC que distintas relaciones, afectos, relativos a terceros, no puedan merecer regulación en el momento de la decisión del incidente que analice el ejercicio de las responsabilidades parentales — ni esta expresión («parentales») debe apartarse de esta conclusión, ya que expresa sólo el núcleo y el origen del instituto y no habla de la felicidad y los intereses del menor, que todo lo dominan.”

Las relaciones de la menor con su padrino, “que de ella cuidó desde pequeña, (es) una relación idéntica a la de filiación y siendo ésta su figura primaria de referencia, su interés reclama la fijación al mismo de un régimen de visitas.” “Este derecho de visita es legalmente admisible, en los términos del art. 146 d) y 150, ambos de la O.T.M., del art. 1410 del CPC, y el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental.”

Del art. 150 de la Organización Tutelar de Menores (OTM) — aprobada por el DL n° 314/78, de 27 de octubre, y del proceso de jurisdicción voluntaria del artículo 1410 del Código de procedimiento civil,<sup>31</sup> dice la sentencia que parece que “se «abre la puerta» para la búsqueda de la mejor solución, alejada de costumbres normativas y de forma, imponiendo el camino el concepto de superior interés de niño”.

Entiende el juzgado que la importancia del padrino en la vida de la menor y los vínculos concretos son tan fuertes y relevantes en su existencia y formación que justifican la atribución del derecho de visi-

ta. No obstante considera esencial la audiencia del menor para la buena decisión de la causa (art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 147 A de la Organización Tutelar de Menores).

La **Sentencia del Tribunal de Relação do Porto de 7 de enero de 2013**<sup>32</sup> abre ya el criterio y posibilita “fijar un régimen de visitas y convivencia de un menor con otras personas distintas de las contempladas en el artículo 1887 bis CC”, de manera que no puede ser desestimada la petición presentada por los tíos del menor sólo sobre la base de que la convivencia con los tíos no está mencionada en el precepto. Régimen que puede radicar en la norma sustantiva del artículo 1918 CC y desde la óptica procesal, “esa realidad debe ser escrutada, evaluada y decidida en proceso tutelar civil, en forma de acción tutelar común (artículo 210 de la Organización Tutelar de Menores)”

El propio tribunal considera obvio que no cabe la exclusión de la convivencia con los tíos porque no se les alude en el art. 1887 bis, siempre que su convivencia forme parte del núcleo primordial del contenido de la responsabilidad parental. Se afirma que “nada hay en el contenido del derecho-deber parental que establezca un contacto con otras personas (con tíos, en particular); pero pueden las condiciones concretas conducir a que sea conveniente.... Concluimos, entonces, que el artículo 1887 bis CC aunque sólo se centra en la convivencia con hermanos y ascendentes, sin embargo, no deslegitima a otras personas (quizá los tíos) a poder invocar un régimen de visitas; todo depende de la hipótesis concreta; de la averiguación de los hechos, que deben ser evaluados y escrutados a tal efecto.”

<sup>31</sup> «Criterio de juicio: En las medidas que se adopten el tribunal no está sujeto a criterios de legalidad estricta, sino que debe adoptar en cada caso la solución que considere más conveniente y oportuna.»

<sup>32</sup> Tribunal de Relação do Porto. Sentencia de 7 de enero de 2013. Processo: 762-A/2001.P1. Ponente: Luís Lameiras. ECLI:PT:TRP:2013:762.A.2001.P1

Posteriormente, la **sentencia del Tribunal da Relação de Guimarães de 12 de junio de 2014**,<sup>33</sup> vuelve a incidir sobre “la ventaja de la colaboración de los abuelos en la educación y formación de los nietos, por la proximidad, cariño, protección, acompañamiento y confort que normalmente les dispensan, reforzando lazos familiares.”

En dicho pronunciamiento se pone de manifiesto además, que en aquellos casos en que los padres se oponen al derecho de comunicación con los nietos es “imprescindible la ilicitud del hecho y la culpa, además de que no basta cualquier incumplimiento puntual o ocasional de las responsabilidades, debiendo ser reiterado y grave.” En el caso que se enjuicia el menor, con cerca de 10 años de edad, ansioso y con desviación de comportamiento, ... rechaza la convivencia con los abuelos más allá del mero saludo con un beso, indica el Tribunal que “no justifica tal rechazo, (sino que) debe ser “convencido” para reforzar esa convivencia, sin amenaza, ni presión, para restablecer con ellos la normal relación familiar, libre y esclarecida, con lazos de amistad y solidaridad.”

Como se menciona por el Tribunal Supremo (y cita la sentencia de 28.9.2010) “El derecho a la convivencia no puede ser visto como un derecho unilateral y exclusivo de los padres o en su interés, sino, sobre todo, como un derecho autónomo del hijo menor, orientado a su desarrollo psíquico y emocional. Tal derecho sólo no debe ejercerse cuando se ejerce en contra de esta afirmación”.

Así pues se entiende que la jurisprudencia es unánime al indicar que el incumplimiento de ese derecho, casi siempre designado como derecho de visita, sólo es relevante siempre que no se trate de

una falta ocasional, puntual o desgarrada, de uno de los progenitores en relación al régimen instituido en cada caso concreto, sino de un incumplimiento efectivamente grave y reiterado por parte del progenitor remiso, una conducta que justifique un efectivo juicio de censura.

De hecho el artículo 1887 bis CC, reconoció legalmente un derecho que ya se venía reconociendo como un imperativo en las relaciones familiares, enfatizando las grandes ventajas para el menor que resultan de su convivencia con los hermanos y los ascendientes, al consignar que “los padres no pueden injustificadamente privar a los hijos de la convivencia con los hermanos y ascendientes”.

La misma sentencia indica que la convivencia “preserva y profundiza lazos familiares entre hermanos y entre las generaciones más jóvenes y más mayores, desarrollando la solidaridad, el respeto y el sentimiento de gratitud. Resulta conocida la ventaja de la colaboración de los abuelos en la educación y formación de los nietos, por la cercanía, cariño, protección y confort que normalmente les dispensan, tantas veces a lo largo de los años, incluso después de la mayoría de edad. Muchas veces, con gran motivación y espíritu altruista, los abuelos colaboran con los padres en el desempeño de tareas que a ellos competen, en el interés de los nietos (llevar y buscar a los nietos a la escuela, darles comidas, acompañarlos en las diversas actividades de formación complementaria, visitas al médico, entre muchas otras, hasta con apoyo material).”

Este derecho de los abuelos ha sido interpretado como un derecho de visita, que puede ser invocado contra los padres que no respeten su ejercicio. Los abuelos y los hermanos del menor pueden, así, hacer valer ese derecho contra la voluntad de los padres, salvo que éstos prueben que tal relación es perjudicial para el hijo.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal da Relação de Guimarães de 12 de junio de 2014. Processo: 3056. Ponente: Filipe Caroço. ECLI:PT:TRG:2014:3056.06.9TBGMR.C.G.1

En el caso de autos es el propio menor el que se niega a visitar a los abuelos, a frecuentar su residencia, aunque acepta la convivencia con los abuelos en el lugar donde frecuenta la catequesis cuando éstos san a buscarle. Es el menor que, por su voluntad libre, rechaza la convivencia con los abuelos en lo que está más allá de visitas ocasionales y puntuales, no siendo imputable a la madre o a cualquier otra persona cualquier decisión o influencia en ese sentido. No obstante el tribunal indica que “cabría a la madre, en el marco de su deber de educar, fomentar la convivencia de su hijo con los abuelos.”<sup>34</sup>

Impone, además, la necesidad de “ser trabajada la voluntad de convivir con los ascendientes. En esta tarea, participarán activamente todos los familiares, la profesora y la psicóloga que la ha acompañado, ésta por aplicación de su conocimiento técnico, en particular en consulta periódica con la participación de la familia ... Proceso de reaproximación a los abuelos puede ser intermediado y debe ser hecho sin ningún tipo de amenaza o presión sobre el niño. No debe imponerse la relación de visita que, en realidad, no es concebible sin el deseo de vivir esa relación. En una primera fase podrá alargarse el período de tiempo de convivencia ocasional, en los espacios en que el menor se siente bien, pasando, si es posible, por pequeños y cortos paseos a pie con los abuelos en que el niño será motivada y estará a gusto para decir, en cada momento, si quiere regresar al espacio de convivencia con los amigos, con la madre o con otros familiares.” Siempre teniendo

<sup>34</sup> Indica el Tribunal que en consonancia con la sentencia de la Relación de Lisboa 23/10/2012, por mucho que se reclama la intervención de la corte, no hay buenas soluciones a la vida de un menor de edad sin la participación conjunta de los familiares directos, sin entender, por parte de todos y cada uno de ellos, de que el niño tiene derecho a crear una buena imagen de cada uno, a pesar de las disidencias entre éstos, siendo esencial para su desarrollo que conviva lo más posible con todos, como por lo demás es imperativo legal, excepto cuando circunstancias excepcionales lo desaconsejen.

en cuenta que las visitas apuntan sobre todo a la satisfacción del interés del menor y no a la satisfacción de intereses egoístas de los abuelos, como el de tener compañía, o de tener una persona con quien conversar o pasear. Destacándose la necesidad de que todos los familiares actúen entre sí con espíritu de colaboración y eviten la desavenencia y las manifestaciones de desacuerdo con el niño.

En conclusión la interpretación actual que del art. 1887 bis realiza la jurisprudencia es muy similar a la que realizan los tribunales españoles — como vamos a ver en el siguiente apartado— pero sin terminar de concretar la importancia y la existencia de la figura del allegado, tal vez porque no hayan llegado supuestos de hecho para su estudio, interpretación y resolución.

## B. Jurisprudencia española. Evolución

En los últimos años, han llegado hasta nuestro más Alto Tribunal problemas que ha resuelto indicando que la falta de entendimiento entre los padres y los abuelos del menor, como en la STS, de 20 de octubre de 2011,<sup>35</sup> no impide otorgar el derecho de la abuela a visitar a su nieto aunque las relaciones con su hijo, el padre del menor, sean inexistentes. Concretamente en esta sentencia se afirma que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores y todo ello porque la sentencia de apelación denegó el derecho de visita de la abuela porque la hostilidad entre ella y su hijo era tal que este presentaba «un cuadro de ansiedad, depresión e hipertensión» y esta situación podía «repercutir en la integridad psicológica del menor». Es decir, tuvo en cuenta, no el interés

<sup>35</sup> La STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 689/2011 de 20 Oct. 2011, Rec. 825/2009. Ponente: Encarnación Roca Trías. (La Ley 194731/2011). ECLI: ES:TS:2011:6491

del menor, sino el del padre. De ahí que el Tribunal Supremo revocase dicha sentencia y reconociese el derecho del nieto a relacionarse con su abuela. En el mismo sentido las SSTs de 20 de septiembre de 2016, o de 24 de mayo de 2013)<sup>36</sup>

En cuanto a la concreción de cuestiones específicas de la práctica del derecho, la STS de 26 de mayo de 2014,<sup>37</sup> establece que a fin de que haya un reparto equitativo de las cargas, los desplazamientos necesarios para trasladar y retornar al menor del domicilio será por parte de cada uno de sus progenitores en el sentido de que “cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el *derecho de visita*, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual”.

También se tuvieron que pronunciar en el caso del fallecimiento de uno de los progenitores y la oposición del otro a que el menor mantuviera el contacto con los abuelos, como en el supuesto de la STS de 27 de julio de 2009<sup>38</sup> o, en la STS de 20 de septiembre de 2002,<sup>39</sup> y, previamente en la STS de

23 de noviembre de 1999<sup>40</sup> (anteriores estas dos últimas, incluso, a la ley y modificación del Código).<sup>41</sup>

No obstante, superada ya la problemática del derecho de visita entre nietos y abuelos *nuestra jurisprudencia ahora se centra en otras cuestiones como es la del mantenimiento de las relaciones personales y comunicaciones con el entorno más amplio del menor cuando carece de abuelos y familiares como son los allegados o círculo social del menor*.<sup>42</sup>

Así, fue la STS de 12 de mayo de 2011<sup>43</sup> que puso fin a las controversias iniciadas en el ámbito del es-

---

(La Ley 7868/2002.) El padre que ostenta la guardia y custodia tras el fallecimiento de la madre se niega a que la familia de ésta vea a las niñas sin justa causa que impida las comunicaciones. La Sala concretó en el sentido de que “El ejercicio del derecho de visita no puede depender de una actitud personal del padre --que siente animadversión hacia la familia de su esposa--, máxime cuando las relaciones entre las niñas y sus familiares eran buenas y les beneficia en gran medida.”

<sup>40</sup> STS de 23 de noviembre de 1999, Rec. 1048/1995. Ponente: José Almagro Nosete. La Ley 2464/2000, que ante la falta de disposición expresa en esos momentos, resolvió indicando que “de acuerdo con la sentencia del TS de 11 Jun. 1998, que pondera la formación integral y la integración familiar y social del menor, debe mantenerse que las medidas que los jueces pueden adoptar, ex art. 158 CC, se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso, o después de cualquier procedimiento, conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la LO 1/1996 de 15 Ene., de Protección jurídica del menor, aplicable retroactivamente, por cuanto se ha dicho, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas Convenciones internacionales vinculan a España (ver Convención de Naciones Unidas de 20 Nov. 1989, ratificada por Instrumento de 30 Nov. 1990)”

<sup>41</sup> Para el examen de este derecho y de su jurisprudencia Vid:

<sup>42</sup> IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> Isabel de la: “Concepto de allegados y el interés superior del menor / Concept of relatives and the best interests of the child”, en *RCDI*, Estudios jurisprudenciales. Derecho civil. Año: 2015 — Num: 751. Septiembre-Octubre. Pág: 2871-2892.

<sup>43</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 320/2011 de 12 de mayo de 2011, Rec. 1334/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. La Ley 52207/2011. Ecli: ES:TS:2011:2676

IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> Isabel de la: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011 (2676/2011). Derecho de los menores a relacionarse con sus allegados” en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*. Volumen V (2011-2012) Dirigido por Mariano Yzquierdo Tolsada. BOE (ed. on line), DYKINSON (ed. impresa), Madrid. 2016. Pág. 351 a 364. ISBN 978-84-9085-868-4

<sup>36</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 359/2013 de 24 de mayo de 2013, Rec. 732/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. La Ley 45896/2013. ECLI: ES:TS:2013:2382 (donde se afirma que la mala relación existente entre la madre y la abuela de la menor no es suficiente para denegar el derecho de visitas de la abuela salvo que se acredite que esa circunstancia puede influir negativamente sobre la nieta, lo que en el caso de autos no se ha demostrado), o la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 551/2016 de 20 de septiembre de 2016, Rec. 2889/2015, Ponente: Antonio Salas Carceller. La Ley 124486/2016. ECLI: ES:TS:2016:4091 (donde se declara el derecho de la demandante a relacionarse con sus nietos, hijos de los demandados. La ruptura familiar se produjo tras la denuncia interpuesta por la abuela contra su yerno, padre de los niños, por abusos sexuales respecto de sus hijas. Se considera beneficioso para los menores el restablecimiento de los lazos.)

<sup>37</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 289/2014 de 26 de mayo de 2014, Rec. 2710/2012. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. (La Ley 74352/2014). ECLI: ES:TS:2014:2609

<sup>38</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 576/2009 de 27 de julio de 2009, Rec. 543/2005. Ponente: Jesús Corbal Fernández. (La Ley 167180/2009) ECLI: ES:TS:2009:5382.

<sup>39</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 858/2002 de 20 de septiembre de 2002, Rec. 577/1997. Ponente: José de Asís Garrote.

tablecimiento de las relaciones personales entre un menor y la antigua compañera de su madre biológica a quien se le otorga la categoría jurídica de *allegada* a la que alude el artículo 160 CC. Y a su vez determino que la *extensión del derecho del menor a relacionarse con sus allegados* en una cuestión que debe decidirse por el juez siempre teniendo en consideración la aplicación del *principio del interés superior del menor*.

Como bien indica la magistrada ponente, ROCA TRIAS, la pareja constituyó en su día una unidad familiar, pero son muy distintos los efectos que tienen lugar entre sus miembros, y los efectos entre los convivientes y sus hijos. Entre los miembros de la pareja se aplicará el principio de libertad de pacto, pero los efectos que produce la maternidad se hallan reguladas por el principio constitucional de protección del menor (art. 39.3 CE), en la convención de sobre derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y en el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, los cuales imponen unas reglas imperativas con la finalidad protectora.

Para que no se rompa el vínculo definitivo con la madre no biológica, ambas instancias, y el TS reitera el otorgamiento de tal derecho de visitas y comunicación, ya que el menor no tiene porque sufrir la ruptura de la pareja y la desvinculación de una de ellas, especialmente si aquella era la que ejercía el rol de madre, independientemente del sexo de las mismas, o cómo haya sido procreado... Las dos madres habían creado una estructura familiar con un núcleo de convivencia, el que tras su ruptura no debe afectar al menor.

Una de las alegaciones contenidas en el único motivo de casación se basa en que “el derecho de visitas reconocido (a la madre no gestante) vulnera los derechos de la madre (gestante) como tal, al tener que compartir el niño con la persona allegada, pero no decisoria ni imprescindible en su formación y educación”

En todo grupo familiar siempre será más importante el interés del menor que el interés de los progenitores, por lo que en las discusiones sobre guarda y custodia, o sobre derecho de visitas deben primarse aquél más aún durante la primera etapa de la vida de un niño. Resulta notorio que en la estructura familiar, el derecho de relación y los modelos de conducta a seguir son primordiales en los primeros años del menor ya que forjan su personalidad. El menor ha tenido una relación de proximidad familiar humana y afectiva con ambas madres. No debe olvidarse que la Constitución al proteger la familia obliga a los poderes públicos a salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad del menor.

La cuestión radica en que precisamente por su condición sexual y no ser la madre biológica del menor y no constar en el Registro Civil como progenitora del menor, no cabe la existencia de una relación jurídica de filiación aunque sí de hecho, y *por ello, se le otorga la categoría jurídica de allegada y se le concede el derecho de relación, comunicación y visita de carácter amplio*, precisamente en base a la necesidad de que el menor pueda mantener el vínculo con su madre no biológica.

Todo ello sin olvidar que en la propia alegación se mantiene que además de no tener en cuenta el interés del menor y de lo que puede aportar la madre no biológica que durante tres años había mantenido no sólo una estrecha relación con el menor, sino que ejercía hacia él su rol de madre, se le cosifica, se le considera un objeto a compartir tal y como se deduce cuando la recurrente indica que “se le vulneran sus derechos de madre, al tener que compartir el niño con una persona allegada...” Lo que demuestra que se tiene en juicio primordialmente el interés de las dos adultas.

La sentencia objeto de análisis resulta fundamental por su innovación en dos cuestiones muy

relevantes. Primero, *por la consideración de la antigua compañera de la madre como allegada*. Y, en segundo lugar, *por la creación de un derecho de relaciones personales entre la allegada y el menor, que es un concepto nuevo más amplio que el derecho de visitas, pues incluye el derecho de relación y comunicación además del de visitas totalmente concretado en tiempos determinados*. Además el interés del menor obliga a los tribunales a decidir las relaciones que el menor va a tener en el futuro recordando que no se le pueden recortar relaciones y comunicaciones con personas que le son próximas humana y afectivamente, independientemente de que entre ellos existan o no lazos biológicos simplemente por causa de diferencias entre los adultos.

A partir de esta sentencia cada vez la jurisprudencia va teniendo más en cuenta esta figura, la del *allegado*, y, con más asiduidad se le otorga una cercanía mayor a los lazos familiares. Así ocurre en el supuesto de la STS de 5 de diciembre de 2013,<sup>44</sup> ponente SEIJAS QUINTANA, donde se ejercita una acción de reclamación de filiación por posesión de estado por la ex esposa de la madre biológica de las niñas. El Tribunal consideró suficiente que la ex esposa de la madre biológica prestase su consentimiento respecto a la determinación de la filiación a su favor, y que dicha manifestación se haga antes de que nazca el hijo y no necesariamente ante el encargado del Registro Civil, quedando acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo. La posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y refuerza el consentimiento como título de

atribución de la paternidad.

Y, posteriormente en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de enero de 2014,<sup>45</sup> donde se analiza una acción de reclamación de la filiación por posesión de estado, formulada por la mujer que fue pareja de hecho de la madre biológica del niño, nacido durante su relación de pareja mediante la técnica de reproducción asistida. El ponente, ORDUÑA MORENO, va a estimar el recurso de casación al considerar la posesión de estado como presupuesto para la legitimación del ejercicio de la acción y como medio de prueba de la filiación reclamada. Todo ello al amparo del interés superior del menor. Se insiste en que este interés se proyecta “sobre la protección de la vida familiar (que) alcanza, sin distinción, a las relaciones familiares con independencia, como razón obstativa, de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto, en sí mismo considerado, de forma que incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor.”

En resumen, del artículo 160, 2º CC se desprende que el legislador ha querido preservar y garantizar el entorno del menor, y en su caso específicamente por su vulnerabilidad reducirlo sólo hacia el ámbito o proyección familiar y social. Con el allegado se alcanza, una tercera gradación de proximidad ya que *se consigue incluir a una persona no del ámbito familiar directo que puede solucionar, proteger supuestos concretos determinados jurisprudencialmente*. Además, ha utilizado conscientemente este término abstracto para garantizar la tutela jurídica del menor en términos amplios, en base a los derechos fundamentales recogidos

<sup>44</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 740/2013 de 5 de diciembre de 2013, Rec. 134/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. La Ley 190869/2013. Ecli: ES:TS:2013:5765

<sup>45</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 836/2013 de 15 de enero de 2014, Rec. 758/2012. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. La Ley 11199/2014. Ecli: ES:TS:2014:608

constitucionalmente en los arts. 39 CE y 10, 2.

Amplitud con perspectiva de futuro, pues hay que tener en cuenta que en una sociedad como la actual donde se va más allá del concepto nuclear de la familia, acudiéndose a situaciones de familias monoparentales, aparece la figura del allegado que, en cierto modo, como ha dicho la doctrina “hace pervivir la familia *in extenso*”. Lo que está claro es que *el allegado constituye una auténtica red social sobre la que se podrán asentar unas relaciones personales más garantistas para la protección del menor.*

El interés de la ponente en determinar la categoría jurídica de allegado a la compañera de la madre biológica (en la STS de 12-5-2011) consiste en que no quiere otorgarla simplemente un hipotético derecho, sino un derecho efectivo pues le une al menor una relación afectiva importante.

La cuestión se centra en que el art. 160 CC no concreta la *extensión* ni la *intensidad* de los periodos en los que el menor puede relacionarse con sus allegados. De ahí que sea el Juez quien deberá tener en cuenta:

- i) la situación personal del menor y de la persona con la desea relacionarse;
- ii) las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido;
- iii) la intensidad de las relaciones anteriores;
- iv) la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia y,
- v) en general, todas aquellas que sean convenientes para el menor.

Todo ello sin perjuicio de su posible modificación posterior en el supuesto de que existiese algún perjuicio para el menor, pues como ya hemos indicado la finalidad de este derecho no es satisfacer

los deseos de los progenitores sino el interés y las necesidades afectivas y materiales de los hijos, de modo que las visitas están condicionadas en todo momento a que resulten beneficiosas para el menor. Por ello, el artículo 94-2.º del Código Civil indica que «el juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Puede modificarse siempre pensando en el beneficio de los hijos en caso de alteración de las circunstancias cuyos requisitos suelen ser sustanciales, objetivos que suponga la aparición de hechos o situaciones nuevas y de algún modo imprevistas, con un grado de permanencia en el tiempo, acreditada por la parte que la hace valer y consistir en acontecimientos ajenos a la voluntad del cónyuge en el instante de la modificación.

El término allegado y su derecho a relacionarse se debe producir cuando se constata que esa relación es beneficiosa para el menor, lo cual, y respecto a los abuelos, salvo excepciones, es siempre beneficiosa, pues ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular. El caso de los abuelos es diferente pues se constata su importancia en la propia Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de Noviembre de 2003 y que es una figura jurídica clara y desempeña un papel fundamental de cohesión y de transmisión de valores en la familia; esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, *distingue a los abuelos de otros parientes y allegados.* Por ello *es labor de la Jurisprudencia el análisis de cada supuesto de hecho para otorgar al sujeto la categoría jurídica de allegado* pues resulta obvio que no basta que el simple interés del tercero sino sobre todo la relación mantenida con el menor y el beneficio

que su figura le proporciona para el desarrollo de su personalidad.

### C. El derecho de relaciones personales transfronterizo de los allegados en la jurisprudencia española

Llegados a este punto, es necesario retomar el contenido del inicio de este pequeño artículo, y analizar el contenido de la STJUE, Sala Primera, de 31 de mayo de 2018, y su análisis del «derecho de visita» del artículo 1, 2º, a), y del artículo 2, 7º y 10º, del Reglamento 2201/2003, que incluye también el de *otras personas con las que resulte importante que el menor mantenga relaciones personales*, en particular sus abuelos, sean o no titulares de la responsabilidad parental, y ver la situación desarrollada y expuesta en las páginas anteriores en ambos ordenamientos.

Como es sabido el Reglamento (CE) 2201/2003 es un instrumento jurídico único que ayuda a las parejas internacionales a resolver litigios por motivos de divorcio y de custodia de los hijos en los que haya más de un país implicado. Y lo hace a través de normas que determinan *qué órgano jurisdiccional es responsable de los asuntos matrimoniales y de responsabilidad parental* en los litigios en los que haya más de un país implicado; normas que facilitan que las resoluciones judiciales dictadas en un país se reconozcan y se ejecuten en otro, y un procedimiento para resolver casos en los que uno de los progenitores sustraiga a un menor de un país de la Unión Europea (UE) y lo traslade a otro. En virtud de este Reglamento, cualquier país de la UE debe reconocer automáticamente las resoluciones judiciales dictadas en otro país de la UE en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Debemos analizarlo porque las resoluciones sobre el ejercicio de la responsabilidad parental

que sean ejecutivas en el país de la UE en la que se dictaron pueden ejecutarse en otro país de la UE cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último país. No obstante, para las resoluciones judiciales que reconozcan el derecho de visita o relativas a la restitución de un menor que hayan sido certificadas por el juez original en virtud del presente Reglamento, no se requiere ninguna declaración.

La Jurisprudencia de la Sala Primera del TS español,<sup>46</sup> ha sido desde siempre contundente a la hora de establecer el derecho de visita de los abuelos, de ahí que la jurisprudencia menor -sobre todo las Audiencias- hayan teniendo en cuenta el art. 8 del Reglamento nº 2201/2003, y consideren que la situación no puede ser objeto de discusión, otorgando el derecho de visita de los abuelos en los casos de residencia separada del menor y aquellos.

Así la AP de Madrid, Sección 22ª, de 28 de enero de 2011,<sup>47</sup> basándose en el artículo 8 del Reglamento nº 2201/2003, y no oponiéndose finalmente la progenitora a la sanción judicial de unas determinadas relaciones entre la menor que reside junto a su madre en Holanda y sus abuelos paternos españoles, las divergencias entre las partes quedaban constreñidas a la extensión, lugar y modo de realización de las correspondientes visitas, sobre todo de los periodos vacacionales.

Por el contrario, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer Nº. 1 de Getafe, de 9 de julio de 2010,<sup>48</sup> en-

<sup>46</sup> Vid. “El derecho de visita transfronterizo de los abuelos a sus nietos a la luz del TJUE. Cross-border rights of access for grandparents to their grandchildren according to the European Union Court of Justice” en *RCDI*. Estudios jurisprudenciales. Derecho civil. N. 769. Septiembre-Octubre. Pags. 2671 a 2682.

<sup>47</sup> SAP de Madrid, Sección 22ª, Sentencia 80/2011 de 28 de enero de 2011, Rec. 698/2010. Ponente: Eduardo Hijas Fernández. (La Ley19194/2011). ECLI: ES:APM:2011:559.

<sup>48</sup> Juzgado de Violencia sobre la Mujer Nº. 1 de Getafe, Sentencia 21/2010 de 9 Jul. 2010, Proc. 6/2010. Ponente: María Inés Díez

tendió que se produce una falta de competencia internacional del tribunal español para resolver sobre las pretensiones relativas a las dos hijas comunes menores de edad que residen en Rumania de un matrimonio rumano que reside en España. Como hemos analizado, y así se recoge en este pronunciamiento, los criterios de competencia internacional en materia de responsabilidad parental vienen recogidos en el Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, ya que su art. 12 se establece que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia en una demanda de divorcio tendrán competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda: a) cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor, y b) cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresa o inequívocamente por los cónyuges. Pues bien, tal precepto no puede ser aplicado al caso de autos ya que las dos hijas menores se encuentran en Rumania, bajo el cuidado de la abuela paterna, sin que ninguno de los cónyuges ejerza, pues, de hecho la responsabilidad parental de las mismas; y es indudable que la declaración de rebeldía del demandado no equivale a una aceptación expresa e inequívoca de la competencia de los tribunales españoles... El Juzgado estima parcialmente la demanda de divorcio y declara la disolución del matrimonio de los litigantes y su falta de competencia internacional para resolver sobre las pretensiones relativas a las dos hijas comunes menores de edad que residen en Rumania.

Pero es que además nuestra doctrina jurisprudencial es una de las *pioneras* en otorgar el derecho

de visita más allá, esto es superando los lazos familiares y otorgando el derecho de visita a personas del entorno del menor con quien ha convivido y ha tenido y tiene una relación muy cercana sin estar unidos por vínculos de sangre: esto es personas del círculo social próximo del menor.

En definitiva: *la importancia de la Sentencia del TJUE supone una confirmación de la línea mantenida por nuestros tribunales desde hace años.*

#### **D. La necesaria influencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en los ordenamientos de la Unión Europea**

Como hemos indicado en las líneas anteriores la legislación española ya admitía desde hace décadas este planteamiento y la interpretación jurisprudencial es una de las pioneras en admitir el reconocimiento del derecho de visita de allegados o próximos del círculo social sin lazos de sangre que ya disfrutaban del derecho extenso de relaciones personales con menores por su proximidad a éstos.

De esta manera la sentencia europea *no va a influir decisivamente en nuestra jurisprudencia, ni la va a reconducir...*, al contrario, *la sentencia del TJUE supone un respaldo a la línea que ha mantenido.* Resolución que no pone en cuestión nuestra doctrina pero que deberá asumirse y hará modificar criterios en otros países europeos, ya que la decisión expuesta por el Tribunal de Luxemburgo afecta a todos, de ahí la relevancia de este pronunciamiento.

De esta manera en la jurisprudencia portuguesa, en cierto modo, deberá *hacer extensivo el derecho de relaciones personales de manera expresa a los allegados o terceros del círculo social del menor que justificadamente soliciten el otorgamiento de ese derecho en su beneficio.*

Y ello es así porque *la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de casación Búlgaro nos afecta a*

Álvarez. (La Ley 326284/2010).

todos los ordenamientos integrantes de la Unión Europea. Recordemos que el procedimiento prejudicial tiene lugar cuando un órgano jurisdiccional nacional plantea una cuestión de interpretación nueva y de interés general para la aplicación uniforme del Derecho de la UE, o cuando la jurisprudencia existente no parece dar la necesaria orientación para abordar una nueva situación legal. Y, además que la consulta en qué consiste la cuestión prejudicial debe referirse a la interpretación o validez del derecho de la UE. En este caso el TJUE no aplica por sí mismo el Derecho de la UE al litigio presentado por el órgano jurisdiccional remitente, ya que su función es ayudar a resolverlo; la función del órgano jurisdiccional nacional es extraer conclusiones de la resolución del TJUE. El procedimiento prejudicial es vinculante tanto para el órgano jurisdiccional remitente como para todos los órganos jurisdiccionales de los países de la UE.

Lo relevante es que en el esquema de la cuestión prejudicial la interpretación emitida por el Tribunal Europeo vincula, así, al órgano jurisdiccional que formuló la cuestión prejudicial y que en ningún caso, puede separarse de ella o ignorarla. Ni por propia autoridad ni porque se lo indique un órgano jerárquicamente superior puede desconocerse lo interpretado en una sentencia por el Tribunal de Justicia. Por otro lado, la sentencia interpreta el Derecho de la Unión, y obliga a cualquier otro órgano judicial nacional que deba aplicar el Derecho que ha sido interpretado.

Cabe hablar, pues, de una eficacia *erga omnes* de la sentencia que enlaza directamente con la doctrina del acto aclarado que supone que una disposición que ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia permite considerar que elimina (aunque no impide) la obligación de plantear una cuestión sobre la misma.

#### IV. Análisis crítico

I. La sentencia del TJUE, Sala Primera, de 31 de mayo de 2018, tras su análisis del «derecho de visita» del artículo 1, 2º, a), y del artículo 2, 7º y 10º, del Reglamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, avanza y supera las barreras para la libre circulación de las sentencias en el ámbito sobre la responsabilidad parental encaminándose hacia la *supresión total de medidas intermedias respecto del reconocimiento y ejecución de los derechos de visita* que se garanticen en una resolución judicial comunitaria, en el caso que hoy comentamos el derecho de relaciones personales de los abuelos y de terceros o allegados “transfronterizos”.

No obstante lo más importante de esta sentencia estriba en el reconocimiento de ciertas cuestiones de manera indirecta. La primera de ellas, que realmente ha sido el núcleo de nuestro estudio, se centra en el reconocimiento del derecho de visita de carácter transfronterizo *de otras personas con las que resulte importante que el menor mantenga relaciones personales*. Y la segunda, conectada con la anterior, reside en otorgar indirectamente cierta importancia al derecho de comunicaciones con *terceros no familiares*.

Resolución europea que hemos utilizado para poner de manifiesto la diferencia existente en dos ordenamientos tan cercanos como son el español y el portugués. Pues, aunque ambos reconocen en sus ordenamientos, concretamente en sus códigos civiles, la figura del tercero no familiar (llamado allegado en el caso español) y su derecho de mantener relaciones personales con el menor (aunque en el caso portugués tal vez de manera teórica), no ha sido hasta el pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo español el que ha configurado

una jurisprudencia importante con una casuística variada de terceros a los que se reconoce este derecho. Por su parte, la jurisprudencia portuguesa no ha reconocido aún la importancia del círculo socio afectivo no familiar del menor sino que del examen jurisprudencial realizado continúa centrándose en el derecho de relaciones de abuelos y parientes.

II. El inicialmente denominado derecho de visita reconocido en ambos ordenamientos jurídicos ha dado paso con el transcurso del tiempo a ser un derecho más abierto, que en nuestra jurisprudencia española se ha transformado en el llamado derecho de relaciones personales pues engloba un sentido más amplio que la simple visita, aglutinando a otros derechos como las comunicaciones o las estancias más largas como las vacacionales... Cambio que se ha producido de forma pareja a la de la modificación de la *patria potestad* entendida como el control arcaico de los padres sobre los hijos hacia la denominada *responsabilidad parental* donde lo que prima es el creciente protagonismo de los menores. Pues tras el surgimiento del principio general de derecho del interés superior del menor todas las cuestiones deben observarse bajo ese nuevo prisma.

Una vez que la sociedad ha asumido el cambio en las relaciones familiares y la necesidad de que esas relaciones se hagan extensivas no solo a los abuelos, sino también al círculo socioafectivo no parental se hace más efectivo pensar en el *estatuto jurídico propio de los allegados* quienes en diversas situaciones pueden tener una vinculación de convivencia y proximidad real con los menores más aún que con sus abuelos u otros parientes con los que les une los lazos de sangre.

Así llegamos al concepto de allegado *como aquél cercano o próximo al menor en el espacio o en el tiempo ya sea por amistad, por trato o por confianza*. Y precisamente con base en esa relación afectiva el ordena-

miento jurídico de ambos países considera relevante jurídicamente esta figura, y consiguientemente merecedora por si sola de su tutela.

III La finalidad de este breve estudio se centra en poner de manifiesto también las *diferencias* existentes entre ambos sistemas legales pues desde nuestra perspectiva consideramos oportuno en el sistema portugués una actualización del artículo 1887 A CC a *fin de ajustarlo a la interpretación que se realiza por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea* de la normativa europea, concretamente del Reglamento (CE) 2201/2003, consagrándose formalmente uno de los derechos del menor esencial para su formación y desarrollo.

Modificación que supondría una equiparación con nuestro sistema y que se centraría en la introducción en el código civil portugués, del principio general del interés superior del menor relacionándolo a su vez además con la protección del derecho de allegados, o terceras personas que pudieran solicitar el ejercicio de su derecho de relaciones personales. Y como ocurre en nuestro sistema español, sería conveniente también que el propio menor pudiera ejercitar una acción de forma directa (por sí mismo) o a través de intermediarios ya sea representante, -padres o cuidadores de derecho-, cuidadores de hecho, o el propio ministerio fiscal, para la consecución de su derecho.

Siempre pensando en la importancia del círculo socio afectivo del menor en su desarrollo psicológico, emocional y madurativo. Reiteramos, pues *la necesidad de dar un paso más y traspasar la frontera de las relaciones familiares a las relaciones socio afectivas de terceras personas o allegados* como se ha reconocido en el ordenamiento jurídico español.

En consonancia con ello, la Jurisprudencia portuguesa interpreta el actual art. 1887 bis de forma muy similar a la que realizan los tribunales español-

les sin llegar a concretar la existencia y la importancia de la figura del *allegado*.

A diferencia de lo que ocurre en nuestra jurisprudencia donde se ha indicado que *el allegado constituye una auténtica red social sobre la que se podrán asentar unas relaciones personales más garantistas* para la protección del menor. No debemos olvidar que el término *allegado* y su derecho a relacionarse con los menores sólo es posible cuando se constata que esa relación es beneficiosa para el menor, ya que respecto a los abuelos, salvo excepciones, es siempre beneficiosa, pues ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y así se constata su importancia en la Ley española 42/2003, de 21 de Noviembre de 2003. Ley que calificó la labor de los abuelos como figuras fundamentales de cohesión y de transmisión de valores en la familia. De ahí que sea, en el caso de los *allegados* españoles, el propia juzgador *quien analiza cada supuesto de hecho para otorgar al sujeto la categoría jurídica de allegado* ya que resulta obvio que no basta que el simple interés del tercero sino sobre todo la relación mantenida con el menor y el beneficio que su figura le proporciona para el desarrollo de su personalidad.

IV. En relación con el *derecho de relaciones personales transfronterizo*, en general, el problema se centra en la dificultad de protección del menor. Derecho de relaciones que nace cuando un progenitor que tiene bajo su guarda al menor posibilita el ejercicio del derecho de visita al otro progenitor, o a los abuelos o *allegados*, y más aún si éstos residen fuera de las fronteras de donde reside el menor. Estamos además, ante un problema relacionado con la libertad de circulación dentro del espacio comunitario.

Derecho perfeccionado en el plano internacional (en el Convenio del Consejo de Europa, en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado a través de documentos, protocolos....) y

que ahora, en una fase posterior, debe remarcar a través de la labor de interpretación jurisprudencial que realiza el TJUE y de su diálogo con los tribunales nacionales a través, de las cuestiones prejudiciales que se plantean por éstos.

El Reglamento (CE) 2201/2003 señala que las resoluciones sobre el ejercicio de la responsabilidad parental que sean ejecutivas en el país de la UE en la que se dictaron pueden ejecutarse en otro país de la UE cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último país. No obstante, para las resoluciones judiciales que reconozcan el derecho de visita o relativas a la restitución de un menor que hayan sido certificadas por el juez original en virtud del presente Reglamento, no se requiere ninguna declaración.

V. La sentencia del TJUE, Sala Primera, de 31 de mayo de 2018, es de *gran interés doctrinal directo* no solo porque reconoce el derecho de visita de los abuelos —que también, pues es la primera vez que lo hace— donde se afirma la consideración del concepto y su interpretación de forma autónoma como un derecho genérico otorgado en beneficio del menor ya que no solo incluye el derecho de los progenitores a visitar a su hijo, *sino también porque remarca a su vez el reconocimiento implícito del derecho de otras personas con las que resulte importante que el menor mantenga relaciones personales*.

Consiguientemente también tiene la resolución, si cabe, un *mayor interés indirecto* pues se afirma la importancia del derecho de relaciones personales (comunicación, visita...) de otras personas importantes en la vida del menor. El *criterio de proximidad* en el entorno del menor es fundamental. Los lazos de sangre son secundarios, aunque en este supuesto concreto existan.

Frente a trabajos anteriores al Reglamento (como el de la Comisión de 27 de marzo de 2001

relativo al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental [COM(2001) 166 final] el legislador europeo se decantó por que ninguna disposición *restringiese* el círculo de personas que pueden ejercer la responsabilidad parental o disfrutar de derechos de visita. Esto es, el artículo 2, punto 10, del Reglamento n.º 2201/2003, *define ampliamente el derecho de visita* incluyendo el derecho de trasladar al menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado, pero *sin establecer limitación alguna con respecto a las personas que pueden disfrutar de ese derecho de visita*.

VI. La sentencia europea es muy importante por lo señalado anteriormente pero *no va a influir decisivamente en la jurisprudencia española, ni la va a reconducir...*, al contrario, *la sentencia del TJUE supone un respaldo a la línea que ha mantenido*.

*Por el contrario esta Resolución deberá asumirse y hará modificar criterios en otros países europeos, ya que la decisión expuesta por el Tribunal europeo afecta a todos, de ahí la relevancia de este pronunciamiento, afectando a la jurisprudencia portuguesa, en cierto modo, pues deberá hacer extensivo el derecho de relaciones personales de manera expresa a los allegados o terceros del círculo social del menor que justificadamente soliciten el otorgamiento de ese derecho en su beneficio*.

Recordemos que la función del TJUE es ayudar a resolver el litigio planteado por el Tribunal nacional, y la función del órgano jurisdiccional nacional es extraer conclusiones de la resolución del TJUE. Pero, el procedimiento prejudicial *es vinculante tanto para el órgano jurisdiccional remitente como para todos los órganos jurisdiccionales de los países de la UE*.

## V. Bibliografía

CARBAJO GONZÁLEZ, J.: “El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil”, en *Diario La Ley*, 2000, Ref. D-125, tomo 4, Editorial La Ley.

CORTE REAL, Carlos Pamplona: “Relance crítico sobre o direito de familia português.” *Textos de direito da familia*. Dir. Francisco Pereira Coelho y coordenação Guilherme de Oliveira. Publicado en Coimbra. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1112-9. Pags. 107 A 130

DE LA TORRE OLID, F. y CONDE COLMENERO, P.: “Allegados y responsabilidad civil La red social por Derecho” en *Diario La Ley*, N.º 8426, Sección Doctrina, 21 de Noviembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-389, Editorial La Ley. (La Ley 8181/2014)

DIAZ ALABART, Silvia: “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados”, *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio 2003.

FAYOS GARDÓ, Antonio; TORRÉ SAURA, Alberto J.: “Las relaciones entre los menores y sus abuelos y otros parientes”, en *Diario La Ley*, N.º 8459, Año XXXVI, 15 de Enero de 2015, Ref. D-17, Editorial La Ley.

GROENINGA, Giselle Cámara: “Guarda compartilhada — responsabilidade solidaria”, en *Família y solidade. Teoria y prática do direito de familia*. IBDFAM Coordenação: Rodrigo da Cunha Pereira. Brasil. 2008. Pag 179.

IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> Isabel de la: “Concepto de allegados y el interés superior del menor / Con-

cept of relatives and the best interests of the child”, en *RCDI*, Estudios jurisprudenciales. Derecho civil. Año: 2015 — Num: 751. Septiembre-Octubre. Año: 2015 — Num: 751 — Pag: 2871-2892).

“Guardador de hecho y el interés del menor: el allegado”, en *III Encontro de Internacionalização do Conpedi*. COMPEDI-UCM. 2016. Págs. 587 a 609. ISBN (Internacional): 978-85-5505-144-9.

<http://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/10/Miolo-atual-Autores-espanho%CC%81is-Madrid-1.pdf>

“El derecho de visita transfronterizo de los abuelos a sus nietos a la luz del TJUE. Cross-border rights of access for grandparents to their grandchildren according to the European Union Court of Justice” en *RCDI*. Estudios jurisprudenciales. Derecho civil. N. 769. Septiembre-Octubre. Pags. 2671 a 2682.

LOBO, Paulo Luiz Netto: “Socioafectividade no direito de familia: a persistente trajetória de um coceito fundamental”. *Escritos de direito das familias. Uma perspectiva luso-brasileira*. Coord.: Berenice Dias y Duarte Pinheiro. Magister. Porto Alegre. 2008. pag. 147.

“Paternidade socioafectiva e o rerocesso da fórmula nº 301/STJ.” *Familia y Digidade*. Coordinado por Rodrigo Da Cunha Pereira. IBDFAM. Brasil. 2006. Pag. 808 y ss.

LOPEZ JARA, Manuel: “El régimen de relaciones personales entre el menor y la pareja de su progenitor tras la ruptura de la convivencia”, en *Nuevos desafíos del derecho de familia*, Aída Kemelmajer de Carlucci, Daniel Ángel Borrillo, Jesús Flores Rodríguez coordinadores. Buenos Aires : Rubinzal Culzoni, impr. 2014, pag 219.

MADEIRA, Laura Fernandes: “Direito das crianças à convivência com familiares — em especial, os avós”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, v. 8, n. 8. 2016. pags. 58 a 82.

MARTINS, Rosa Candido e VÍTOR Paula Távora, “O Direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente”, *Revista Julgar*, n. 10, Coimbra, 2010. Pags. 59 a 75.

“O Direito da Criança à Convivência com Familiares e Outras Pessoas de Referência”, disponível online em [www.justicativ.com](http://www.justicativ.com)

OLIVEIRA, Carla Patricia Pereira: *Entre a mística do sangue e a ascensão dos afectos: o conhecimento das origens biológicas*. Coimbra editora. Walter Kluwer. 2011

SALOMAO, Marcia Poggianela: *Escritos de direito das familias: Uma perspectiva luso-brasileira*. Pag. 338 a 343.

SANTANA PAEZ, Emelina: “El interés del menor. Relaciones con abuelos y allegados. Conflictos de intereses entre menores y relaciones paterno-filiales yuxtapuestas”, en *Especialidades en derecho de familia*. Dykinson, 2014

SILVA, Júlio Barbosa e: “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afectivamente significativos : o presente (e uma proposta para o futuro)”, en *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. ISSN 1645-829X. N. 1 (2015), p. 113-158.

SOTTOMAYOR, María Clara: *Regulación del Ejercicio del Poder Paternal en los Casos de Divorcio*, Editora: Almedina. Monografías. 3ª edición. pag. 117.

VERDERA IZQUIERDO, B: “Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados.”, en *Diario La Ley*, N° 5669, Sección Doctrina, 4 de Diciembre de 2002, Año XXIII, Ref. D-253, pág. 1569, tomo 7, Editorial La Ley. (La Ley 3967/2002).

VI. Índice de sentencias citadas por orden cronológico

#### Jurisprudencia Portuguesa

- Tribunal da Relação de Coimbra. Sentencia de 5 de julio de 2005. Processo: 1566/05. Tribunal de recurso: Tribunal Judicial de Figueira de Castelo Rodrigo. Ponente: Sousa Pinto. ECLI:PT:TRC:2005:1566.05
- Tribunal da Relação de Coimbra. Sentencia de 26 de febrero de 2008. Processo: 50031-B/2000. C1. Ponente: Jaime Ferreira. ECLI:PT:TRC:2008:50031.B.2000. C1
- Tribunal da Relação de Lisboa, Sección 7ª. Sentencia de 1 de junio de 2010. Ponente: Dina Monteiro. Processo: 5893/06.5TB-VFX.L1-7
- Tribunal de Relação de Coimbra. Sentencia del de 20 de junio de 2012. Ponente: Carlos Marinho. ECLI:PT:TRC:2012:450.11.7TBT-NV.A.C1.
- Tribunal de Relação do Porto. Sentencia de 7 de enero de 2013. Processo: 762-A/2001.P1. Ponente: Luís Lameiras. ECLI:PT:TRP:2013:762.A.2001.P1
- Tribunal da Relação de Guimarães. Sentencia de 12 de junio de 2014. Processo:

3056. Ponente: Filipe Carozo. ECLI:PT:-TRG:2014:3056.06.9TBGMR.C.G1.

#### *Jurisprudencia Española*

- STS, Sala Primera, de lo Civil, 320/2011 de 12 de mayo de 2011, Rec. 1334/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. La Ley 52207/2011. Ecli: ES:TS:2011:2676
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 740/2013 de 5 de diciembre de 2013, Rec. 134/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. La Ley 190869/2013. Ecli: ES:TS:2013:5765
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 836/2013 de 15 de enero de 2014, Rec. 758/2012. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. La Ley 11199/2014. Ecli: ES:TS:2014:608
- SAP de Madrid, Sección 22ª, Sentencia 80/2011 de 28 de enero de 2011, Rec. 698/2010. Ponente: Eduardo Hijas Fernández. (La Ley19194/2011). ECLI: ES:APM:2011:559.
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer N°. 1 de Getafe, Sentencia 21/2010 de 9 Jul. 2010, Proc. 6/2010. Ponente: María Inés Díez Álvarez. (La Ley 326284/2010).

#### VII. Legislación Citada

- TFUE, (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea C 83/47. 30.3.2010). Artículo 267
- Reglamento (CE) N.º 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

- Artículo 1, apartado 2, letra a). Artículo 2, punto 10. Artículo 2, punto 7.
- 52001DC0166. Documento de trabajo de la Comisión — Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental /\* COM/2001/0166 final \*/
  - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0166>
  - Constitución Portuguesa. Artículo 36.
  - Código Civil Portugués. Art. 1878. Artículo 1887 bis,
  - Decreto Legislativo n.º 84/95, de 31 de agosto, Diário da República n.º 201/1995, Série I-A de 1995-08-31. Assembleia da República.
  - Código de procedimiento civil (CPC). Art. 1410.
  - Organización Tutelar de Menores (OTM) — aprobada por el DL n.º 314/78, de 27 de octubre. Art. 150
  - Código Civil. Artículo 160.2.
  - Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.
  - Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,
  - Código de Familia de Bulgaria (Semeen kodeks), en su versión publicada en el Darzhaven vestnik n.º 74, de 20 de septiembre de 2016. Artículo 128, artículo 59
  - Ley sobre las Personas y la Familia (Zakon za litsata i semeystvoto) en su versión publicada en el Darzhaven vestnik n.º 120, de 29 de diciembre de 2002. Artículo 4.

## Doutrina

# RESPONSABILIDADES PARENTAIS E GUARDA FÍSICA — UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

Marianna Chaves

Professora e Assessora Jurídica da UNTL

**Resumo:** *As últimas décadas têm sido profícuas em mudanças no seio das famílias e do ramo do Direito que a elas se dedica. A roupagem e a própria terminologia do cuidado parental passaram por uma série de transformações mundo afora. As responsabilidades parentais englobam todos os deveres e direitos dos progenitores em relação aos seus filhos. Diferencia-se o exercício das responsabilidades parentais do cuidado pessoal ou físico, mais comumente denominado de “guarda física” (Aufenthaltsbestimmungsrecht ou determinação de residência). O presente texto busca apresentar a necessária distinção entre “guarda física” e as responsabilidades parentais.*

**Palavras-have:** *Responsabilidades parentais; cuidado parental; exercício; guarda física; cuidado pessoal.*

**Abstract:** *The last decades have been fruitful in changes within families and Family Law. The raiment and the terminology of parental care itself have gone through a series of transformations around the world. Parental responsibilities encompass all the duties and rights of parents in relation to their children. The exercise of the parental responsibilities differs from the personal or physical care, more commonly known as “physical custody” (Aufenthaltsbestimmungsrecht or determination of residence). The present paper aims to present the necessary distinction between “physical custody” and parental responsibilities.*

**Keywords:** *Parental responsibilities; parental care; exercise; physical custody; personal care.*

## Introdução

A estruturação da família, não permaneceu a mesma ao longo dos séculos, passando por diversas e radicais transformações no decorrer do tempo. Em todos os sentidos, o retrato da família modificou-se. A grande família do passado passou por

uma metamorfose. O grupo familiar atual se apresenta reduzido, produto de uma compassada evolução, produzida por alterações nas estruturas sociais, políticas, econômicas e culturais.

Como adverte Jean Carbonnier, a família é um fenômeno produzido por elementos biológicos, psicológicos, sociológicos. E tal fenômeno que foi modelado pelo Direito está à espera de ser remodelado por meio de uma política legislativa que acompanhe esses dados.<sup>1</sup> É certo que a política legislativa não deverá apenas seguir os fatos, mas em alguns casos, o fato social antecederá a lei.<sup>2</sup> Como assevera Teixeira de Sousa,<sup>3</sup> o Direito da Família frequentemente “destabilizado” pelas mudanças ocorridas nos meios social e cultural. Sustenta o autor — e bem — que deve se procurar evitar desarmonias entre o Direito legislado e o *Family Law in Action*.

A afetividade passou a ser um elemento corrente em diversas relações familiares (mormente

<sup>1</sup> CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*, t. I: Introduction. Les Personnes. La famille, l'enfant, le couple. Paris: PUF, 2004, p. 7.

<sup>2</sup> Tome-se como exemplo as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Em regra, a regulação legislativa de tais vínculos foram fruto de intensos debates nos parlamentos, em alguns casos por anos, como ocorreu em Portugal. Antes da aprovação da Lei n. 9/2010, outras propostas de lei haviam chumbado. Nada obstante, ainda que à margem da lei, tais famílias existiam há tempos e, certamente, a existência de tais vínculos no mundo dos fatos impulsionou o reconhecimento de tais esquemas de comunhão de vida no mundo do Direito.

<sup>3</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. “Do Direito da Família aos direitos familiares”, em *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira* (Coord.). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, pp. 553-573, 2016, p. 561.

as engendradas entre pais e filhos), sendo a cada dia mais alcançada pelo Direito como por outras ciências humanas. Mesmo sem formulação expressa, a sociedade acolheu o elo afetivo como substancial no tratamento atinente às relações de família.<sup>4</sup>

O arcabouço familiar deixou de representar relações de dominação, passando a resultar da liberta busca da felicidade de cada um dos seus participantes.<sup>5</sup> Atualmente, a família é vislumbrada como o resultado de uma conexão afetiva, na qual se edificam os sentimentos de solidariedade, lealdade, respeito, confiança e cooperação. É uma entidade além de jurídica, ética e moral. É concebida como um agrupamento de afeto e entreajuda, onde o que mais releva é a intensidade das relações pessoais de seus componentes.<sup>6</sup>

Ao redor das relações parentais e da organização do parentesco se constrói uma multifacetada moldura jurídica.<sup>7</sup> Atualmente, as estruturas de parentesco, familiares e sociais estão interligadas<sup>8</sup> afinal, como adverte Orlando de Carvalho, “o ser-com é enriquecimento meu e do Outro”.<sup>9</sup> O novo caminhar da ordem jurídica para a consideração da

pessoa como “ser em relação”<sup>10</sup> com o outro e cuidador do outro abre porta ao papel dos afetos no mundo legal.

As alterações mais profundas no plano do Direito das Famílias positivado se deram na segunda metade do século passado, com os movimentos emancipatórios femininos e das crianças,<sup>11</sup> e o fenómeno da constitucionalização do Direito Civil<sup>12</sup>. O Direito Privado não está autorizado a formar um “gueto à margem da Constituição”<sup>13</sup> e, portanto, os

<sup>10</sup> Como adverte a Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça Maria Clara Sottomayor. Cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 309. “O ser humano, sendo ser em si mas também com os outros e para os outros é ser familiar”, como dizem CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martínez. “A comunidade familiar”, em *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho/ Guilherme de Oliveira (Coord.)*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, pp. 9-29, 2016, p. 10.

<sup>11</sup> As crianças foram reposicionadas “como actores morais nas suas próprias vidas e na vida das suas famílias, mais do que objectos passivos de preocupação ou remediação”. WILLIAMS, Fiona. *Repensar as Famílias*. Cascais: Príncipia, 2010, p. 27.

<sup>12</sup> Há indicação de que se pode falar, inclusive, em “constitucionalização do Direito Privado”. Nesse sentido, consultar CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado/Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto (trad.)*. 3ª reimp. da ed. de julho/2003. Almedina: Coimbra, 2012, p. 20. CANARIS, Claus-Wilhelm. “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, em *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Ingo Wolfgang Sarlet (org.)*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, pp. 205-220, 2010, p. 206. Em ambos os escritos, o Prof. Canaris cita o britânico Basil Markesinis e o italiano Alberto Trabucchi, além de outros autores alemães. Sobre a constitucionalização, nomeadamente do Direito de Família nos EUA, consultar por todos MEYER, David D. “The Constitutionalization of Family Law”, em *Family Law Quarterly*, vol. 42, n.3, Fall, pp. 529-572, 2008. Em Portugal, há uma divergência doutrinária sobre a questão: há quem questione se haveria uma constitucionalização do Direito Civil ou uma civilização do Direito Constitucional. Nesse sentido, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? — A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno”, em *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides/Eros Roberto Grau; Willis Santiago Guerra Filho (orgs.)*. São Paulo: Malheiros, pp. 108-115, 2000, p. 108 e ss. Por outro lado, há quem sustente uma efetiva constitucionalização do Direito Civil. Nesse sentido, vide RIBEIRO, Joaquim de Sousa. “Constitucionalização do direito civil”, em *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 74. Coimbra: pp. 729-755, 1998.

<sup>13</sup> FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. “Problematisando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os parti-

<sup>4</sup> Cfr. no mesmo sentido CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Principio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 11.

<sup>5</sup> No mesmo sentido, veja-se CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed., 5ª reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 65.

<sup>6</sup> Cfr. MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamar-tine Corrêa de. *Curso de direito de família*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 13. Essa linha de pensamento é acompanhada pela doutrina italiana, para quem a família se revela como o espaço através do qual as pessoas vivenciam o afeto e exprimem a solidariedade. Neste sentido, consultar BONILINI, Giovanni. *Manuale di Diritto di Famiglia*. 2. ed. Torino: UTET, 2002, p. 3.

<sup>7</sup> Como adverte FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 19.

<sup>8</sup> Como afirmam MALAURIE, Philippe; FULCHIRON, Hugues. *La famille*. 3. ed. Paris: Lextenso Éditions, 2008, p. 365.

<sup>9</sup> CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 256.

direitos fundamentais e princípios constitucionais incidem diretamente nas relações privadas.

Em Portugal, assim como em outros países como o Brasil, a lei ainda é a fonte mais importante do Direito Civil, que com a ocorrência da constitucionalização do Direito Civil possui a Constituição como seu vértice e o Código Civil como repositório medular.<sup>14</sup> Não é demais lembrar que a constitucionalização do direito faz com que irradie por todo o ordenamento “um feixe de princípios axiológicos, de princípios cogentes do sistema jurídico, sem os quais este é radicalmente absurdo”.<sup>15</sup>

As normas constitucionais deixaram de ser meras orientações programáticas. Portanto, a Lei Fundamental deve nortear todo o sistema jurídico, e não o contrário. Como bem explicita Jorge Duarte Pinheiro ao afirmar que “não se pode traçar a concepção constitucional (...) com base na lei ordinária, já que isso equivaleria a um erro metodológico grave, de inversão de hierarquia dos actos normativos”.<sup>16</sup> A ideia da constitucionalização também está presente na elaboração e na reforma de leis existentes. Aliás, outra não foi a razão para a reforma de 1977 do Código Civil português: a necessidade de adequação da Lei Civil aos princípios e valores constitucionais insculpidos na CRP de 1976.

Um símbolo dessa evolução do Direito das Famílias se revela na maior aceitação social e prescrição legislativa do exercício conjunto ou compartilhado das responsabilidades parentais, observada

a partir do final século XX, quando os próprios progenitores masculinos começaram a assumir com maior igualdade os papéis no exercício das responsabilidades parentais. Mas é preciso referir que poucas matérias jurídicas são tão complexas, belicosas e ideológicas<sup>17</sup> quanto a do cuidado parental pós-divórcio (ou ruptura de união estável/de facto).<sup>18</sup> Além do mais, uma das singularidades desse domínio reside no fato de que dificilmente haverá dois casos exatamente iguais, motivo pelo qual a complexidade é um signo nessa matéria.

Durante muito tempo, legislações, tribunais e investigadores consideraram o exercício compartilhado das responsabilidades parentais, após rupturas ou quando os pais nunca viveram juntos, apenas em seu aspecto jurídico. Essa lógica continua, mas vem se alargando também para o cuidado físico, nomeadamente a residência e os contatos pessoais, revelando: uma tentativa de reduzir os dissabores experimentados pelos filhos no caso de uma eventual dissolução conjugal; o afastamento do estereótipo do progenitor não residente como um mero observador passivo e “visitante” do filho;<sup>19</sup> e uma tentativa de impedir o esvanecimento da vinculação afetiva entre ascendentes e descendentes.

culares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil”, em *Diálogos sobre o direito civil* — volume II/ Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin (orgs.), Rio de Janeiro: Renovar, pp. 195-229, 2008, p. 204

<sup>14</sup> Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. por António Pinto Monteiro; Paulo Mota Pinto. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 69.

<sup>15</sup> Como afirma CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil/ Francisco Liberal Fernandes et al. (Coord.)* 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 267.

<sup>16</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. Lisboa: AAFDL, 2008, p. 100.

<sup>17</sup> Pode-se indicar, por exemplo, que nesse domínio ainda existe uma ideologia de gênero, baseada na ideia de que as mulheres sempre serão cuidadoras melhores do que os homens. É preciso alertar, todavia, que a ideia de “boa mãe”, contrapondo-se à imagem de egoísmo e insensibilidade anterior, é relativamente recente e só surgiu entre os séculos XVIII e XIX. Cfr. BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno/ Waltensir Dutra* (trad.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, pp. 198-203.

<sup>18</sup> Cfr. em igual sentido, SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*, cit., p. 66.

<sup>19</sup> Em sentido parecido, ver DIFONZO, J. Herbie. “Dilemmas of Shared Parenting in the 21st Century: How Law and Culture Shape Child Custody”, em *Hofstra Law Review*, vol. 43, n. 4, pp. 1003-1023, p. 2015, p. 1009. Assim, passou-se da lógica da “joint legal custody” para a da “joint physical custody”, como afirmam MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 189.

## 1. Do poder paternal às responsabilidades parentais

A roupagem e a terminologia do cuidado parental<sup>20</sup> passou por uma série de transformações mundo afora. Em virtude do já mencionado fenómeno da constitucionalização do direito civil ou do direito constitucional da família, que existe para proteger os direitos fundamentais de todos os membros do grupo familiar, afastou-se o carácter tirânico, despótico e irrestrito do “poder paternal” ou “pátrio poder” de outrora. O pertencimento ao grupo familiar não exclui a titularidade dos direitos fundamentais dos seus membros e o Direito das Famílias deve evitar que os conflitos intrafamiliares possam lesionar esses direitos fundamentais.<sup>21</sup>

Como consequência dessa nova visão do Direito das Famílias, assiste-se a uma vigorosa crítica à permanência do termo “poder” no domínio das responsabilidades parentais, como ocorre no Brasil e na Itália.<sup>22</sup>

Na doutrina portuguesa, era manifesta a rejeição à expressão poder paternal. Maria Clara Sottomayor desaprovava contundentemente tal expressão,<sup>23</sup> uma vez que o termo poder denotava posse, domínio, hierarquia, e defendia, de acordo com a

atual percepção da família proposta pela Constituição<sup>24</sup> e Código Civil portugueses, “uma família participativa e democrática, baseada na igualdade entre os seus membros e em deveres mútuos de colaboração”.<sup>25</sup>

O vocábulo paternal dizia respeito à supremacia do progenitor varão, que assinalava a família patriarcal, caracterizada pela colocação hierarquicamente superior do chefe masculino, em relação à mulher e aos filhos. Assim, a autora dava preferência ao emprego de termos como “responsabilidade parental” ou “cuidado parental”, que manifestam um conceito e até intenção de comprometimento cotidianos dos progenitores para com a prole.<sup>26</sup>

A primeira terminologia foi a que terminou por ser adotada em Portugal, com a reforma legislativa operada em 2008, com a Lei n. 61, de 31 de Outubro que, como outras jurisdições, incorporou boa parcela dos Princípios do Direito da Família Europeu Relativos às Responsabilidades Parentais, publicados em 2007, como resultado do trabalho produzido pela Comissão de Direito da Família Europeu (criada em 2001) cuja finalidade foi a de harmonizar o Direito da Família na Europa.

A legislação portuguesa se inspirou igualmente na Recomendação n. R (84) sobre Responsabilidades Parentais do Comitê de Ministros do Conselho da Europa; nos arts. 9, 18 e 27, da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança;<sup>27</sup> nos arts. 13º,

<sup>20</sup> Denominação que adotaremos como sinónimo de responsabilidades parentais.

<sup>21</sup> Como indica ROCA i TRIAS, Encarna. *Libertad y familia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 155.

<sup>22</sup> Que adotam “poder familiar” e “*potestà dei genitor?*”, respectivamente.

<sup>23</sup> Comungava da mesma ideia, Jorge Duarte Pinheiro quando criticava a terminologia pretérita. Na visão do autor “é adequada a tutela do poder de guarda do menor, mas é lamentável a terminologia legal. O vocabulário utilizado evoca o sinistro período pré-filiocêntrico do poder paternal em que o filho nada mais era do que um objecto pertencente ao pai”. PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II: Direito da Filiação: Filiação biológica, adoptiva e por consentimento não adoptivo. Constituição, efeitos e extinção. Lisboa: AAFDL, 2005, p. 82. Tal juízo, inclusive, foi trazido na exposição de motivos do PL 509/X, que deu origem à Nova Lei do Divórcio em Portugal.

<sup>24</sup> A CRP prevê direitos e impõe deveres aos pais como os da educação e manutenção e indica como causa de afastamento o incumprimento dos deveres fundamentais para com os filhos. Nesse sentido, cfr. art. 36º, n. 5 e n. 6.

<sup>25</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*. 4. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2005, p. 19.

<sup>26</sup> Cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal*. cit., p. 20.

<sup>27</sup> Que possui no presente momento 140 signatários e 196 partes. De todos os Estados que são signatários, o único que ainda não ratificou a Convenção foram os EUA. A data de assinatura e entrada em

26º, n. 1, e 36º, n. 5 e 6, 67º, 68º, 69º e 70º da CRP;<sup>28</sup> nos arts. 23 e 24<sup>29</sup> do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos; na Convenção relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças, conhecida como Convenção de Haia de 1996; e na Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças de 1996.

A relevância de todos os membros da família assinala as entidades familiares de hoje, incluindo a igualdade entre o casal (sejam unidos pelo matrimônio ou vivam em condições análogas às dos cônjuges) e a importância dos filhos, que passaram a ser considerados sujeitos de direito.<sup>30</sup> As crianças e jovens experimentam alguma limitação para o exercício de determinados direitos, mas isso não quer dizer que deixem de ser os seus titulares.

Desta maneira, o cuidado parental ou familiar abandona as suas vestes de poder subjetivo e para adquirir o viés de genuíno *múnus* jurídico-funcional, um ofício privado que — concomitantemente — se apresenta como autoridade e dever que os pais devem exercer no interesse da prole.<sup>31</sup>

vigor do instrumento em cada local pode ser conferida em: <https://treaties.un.org>.

<sup>28</sup> Como afirmam BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família: uma questão de direito(s) — visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 177.

<sup>29</sup> Que se referem à família, ao casamento, à parentalidade e à proteção das crianças.

<sup>30</sup> As responsabilidades parentais passaram a ser consideradas como um “poder funcionalizado”, que “traz na sua natureza jurídica a marca da sua função”, podendo ser “definido como um feixe de poderes funcionais atribuído pela ordem jurídica aos pais para que eles possam desempenhar a sua função de cuidar dos filhos, protegendo-os e promovendo a sua autonomia e independência”. MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 185.

<sup>31</sup> Como explicita BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*, vol. 2: La famiglia. Le successioni. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 186. Note-se

Assim, a família passou a ser vislumbrada como instrumento de desenvolvimento da personalidade de todos os seus membros, sem exceção, e passou a ter como um dos seus objetivos a efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, evidenciando que estes sujeitos em desenvolvimento passaram a ter importância no grupo familiar.<sup>32</sup> Outro não é o motivo: a família passou a existir em uma lógica de afeto, democracia, solidariedade e “partilha de responsabilidades”.<sup>33</sup>

Nesse cenário, passou-se a enxergar as responsabilidades parentais do ponto de vista das crianças e dos adolescentes, marcando-se a separação entre a relação conjugal e a relação parental, evidenciando que o fim da relação entre os adultos não pode ser motivo e justificação para o fim da relação materno e paterno-filial. Em suma: “o divórcio dos pais não é o divórcio dos filhos”.<sup>34</sup>

Desta maneira, a estruturação das responsabilidades parentais como poder-sujeição terminou por entrar em crise e minguar, tendo em vista que em uma compreensão da entidade familiar como um espaço igualitário, democrático e participativo, a sujeição, na sua concepção clássica não poderia mais continuar a desempenhar o mesmo papel. A relação não é mais entre um objeto e um sujeito, mas uma inter-

que na obra o autor fala em “poder” e não em autoridade. Ressalte-se ainda que o ordenamento português prevê como efeitos da filiação “que pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência” (CC, art. 1874º, n. 1), dever este que não está restrito ao tempo da menoridade ou anterior à emancipação dos filhos, como ocorre com as responsabilidades parentais. Tais deveres recíprocos alargam-se por toda a vida dos pais e dos filhos.

<sup>32</sup> Cfr. em sentido análogo TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado *et al.* “O cuidado com o menor de idade na observância da sua vontade”, em *O cuidado como valor jurídico*/ Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira (coords.). Rio de Janeiro: Forense, pp. 335-356, 2008, p. 356.

<sup>33</sup> Usando a expressão de OLIVEIRA, Guilherme de. “Critérios jurídicos de parentalidade”, em *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*/ Guilherme de Oliveira (Coord.). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, pp. 271-306, 2016, p. 286.

<sup>34</sup> Cfr. Exposição de motivos do PL n. 509/X, p. 8.

dependência e sinergia de pessoas, onde não existe mais espaço para um indivíduo submetido a outro.<sup>35</sup> As responsabilidades parentais fundamentam-se no cuidado dos filhos, em uma lógica de proteção e promoção do seu desenvolvimento global.<sup>36</sup>

Até pouco tempo, a maternidade e a paternidade revelavam papéis fixos e extremamente assimétricos. As mães cuidavam da prole, enquanto os pais assumiam a função de provedores e disciplinadores. O papel paternal não englobava a “paternagem” em uma lógica de cuidado e os homens, muitas vezes, eram apenas uma mera presença na vida dos filhos. A imagem do progenitor masculino sofreu uma grande mutação nos últimos anos. Os pais não são mais percebidos como simples alicerce financeiro, pouco engajados ou incompetentes em relação à criação da descendência. Ao revés, são vistos como cuidadores legítimos e responsáveis por uma grande parte da socialização das crianças.<sup>37</sup>

Como mencionado, “poder paternal” era a criticável terminologia utilizada até emergência da Lei n. 61/2008, que instituiu o novo regime jurídico do divórcio e trouxe alterações em sede de responsabilidades parentais, nomenclatura que passou a ser adotada deste então, acompanhando significativa parcela dos países europeus. Pode-se dizer que a legislação portuguesa se inspirou na Recomendação R (84) sobre Responsabilidades Parentais do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, nos arts. 18 e 27, n. 2 da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, na Convenção Europeia sobre

o Exercício dos Direitos da Criança e nos arts. 26º e 36º, n. 5 e 6 da CRP.<sup>38</sup>

De acordo com o art. 1796º, n. 1 do Código Civil,<sup>39</sup> relativamente à mãe, a filiação resulta do fato do nascimento, ou seja, vincula-se ao parto. O n. 2 do mesmo dispositivo adverte que em relação ao marido da mãe, a paternidade será presumida com base no princípio *pater is est*<sup>40</sup> e, no caso de filhos extramatrimoniais, a filiação se estabelecerá pelo reconhecimento. O Art. 1797º do CC estabelece que os poderes e deveres oriundos da filiação ou do parentesco dela oriundo só são outorgáveis na hipótese de a filiação se encontrar juridicamente estabelecida.<sup>41</sup> Assim, a mulher que der à luz, será automaticamente reputada como mãe e titular das responsabilidades parentais.

Pela presunção *pater is est* operada pelo casamento, o mesmo se dará com o seu marido que, geneticamente ou não vinculado com a criança, será tido como pai, de acordo com o art. 1826º. Na hipótese de união de facto, só será juridicamente considerado como pai aquele que perfilhar, e quando os pais não se relacionarem, será pai aquele que for condenado a reconhecer a criança, em ação de investigação de paternidade ou a perfilhar voluntariamente, como indica o art. 1847º do CC.<sup>42</sup>

As responsabilidades parentais são, portanto, um dos efeitos da filiação, estando vinculadas ao

<sup>38</sup> Como afirmam BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família*, cit., p. 177.

<sup>39</sup> Salvo indicação em contrário, todos os artigos de Código Civil indicados dizem respeito ao Diploma Civil português. Nada obstante, tentar-se-á indicar as normas brasileiras análogas.

<sup>40</sup> Sobre a presunção supracitada, *vide* o art. 1.597 do Código Civil brasileiro.

<sup>41</sup> Tal dispositivo vincula-se ao art. 1910º do CC, que dispõe: “Se a filiação de menor nascido fora do casamento se encontrar estabelecida apenas quanto a um dos progenitores, a este pertence o exercício das responsabilidades parentais”.

<sup>42</sup> Em sentido análogo, ver os artigos 1.607 e 1.609 do Código Civil brasileiro.

<sup>35</sup> De maneira muito similar se manifesta PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*/Maria Cristina de Cicco (trad.). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 258.

<sup>36</sup> Em sentido parecido, ver MARTINS, Rosa. *Memoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, cit., p. 167.

<sup>37</sup> Cfr. DRAKICH, Janet. “In Search of the Better Parent: The Social Construction of Ideologies of Fatherhood”, em *Canadian Journal of Women & Law*, vol. 3, pp. 69-87, 1989, p. 69.

estabelecimento da maternidade e paternidade.<sup>43</sup> Uma vez estabelecida a filiação, os pais são titulares desse poder funcional, ao qual os filhos estarão sujeitos até a maioridade ou a emancipação, de acordo com o art. 1877º.<sup>44</sup>

As responsabilidades parentais materializam o complexo de poderes-deveres ou poderes funcionais<sup>45</sup> cujo exercício caberá, de maneira conjunta ou unilateral (de acordo com o caso concreto), a ambos os progenitores, “exprimindo melhor a natureza funcional deste instituto, o carácter vinculado do seu exercício e a realidade plural que integra o seu conteúdo”.<sup>46</sup>

Na hipótese de a filiação estar estabelecida apenas em relação a um dos progenitores ou o outro progenitor tiver falecido, por óbvio, o exercício das responsabilidades parentais será unilateral. Outrossim, haverá exercício unilateral na ocorrência de inibição total das responsabilidades parentais em relação apenas a um dos pais.

Na hipótese de inibição apenas no que diz respeito à representação e administração dos bens dos filhos, o exercício será unilateral apenas nesse aspecto. É igualmente possível que haja perigo à saúde, à moral ou à educação do filho, mas não

seja caso de inibição das responsabilidades parentais. Na eventualidade de tal situação, o tribunal poderá impor as limitações que considerar adequadas ao caso concreto, como prescreve o art. 1918º do Código Civil. Nesse cenário, a mãe ou pai que está sujeito à limitação conservará o exercício das responsabilidades parentais em tudo o que não for incompatível com a restrição fixada.

Portanto, em hipótese de ruptura da união dos pais, passou-se a abandonar a ideia de fixação automática e unilateral das responsabilidades parentais com a mãe<sup>47</sup> e, assim, emergiu a tendência atual para a imposição do exercício conjunto do cuidado parental após a ruptura do casal (exceto quando se mostrar contrário ao melhor interesse da criança e do adolescente), pelo menos no que diz respeito aos atos de particular relevância da vida do filho.

É importante ressaltar que a bondade de tal solução não é unânime na doutrina. De um lado há críticas à fixação forçosa do regime de exercício conjunto,<sup>48</sup> inclusive quando não seja o caso de faltas graves, mas de mera pouca participação na vida do filho.<sup>49</sup> A outro giro, há autores que propõem não apenas uma presunção em favor do exercício conjunto das responsabilidades parentais no seu sentido jurídico, mas também no seu aspecto físico.<sup>50</sup>

<sup>43</sup> Dizer que as responsabilidades parentais são um dos efeitos da filiação significa afirmar que a titularidade desse *minus* está dependente do estabelecimento das relações legais de maternidade e paternidade. Em sentido parecido, ver MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, cit., p. 177, nota 401.

<sup>44</sup> O que também é previsto pelo CC brasileiro, nos artigos 1.630 e 1.635, II e III.

<sup>45</sup> Considerados dessa maneira, em virtude de os titulares deverem exercê-los de uma maneira específica, da forma que é exigida pela sua função, que nada mais é do que a promoção do livre desenvolvimento dos filhos e a realização das suas necessidades materiais, físicas, intelectuais e afetivas. Cfr. neste sentido, FIGUEIREDO, Cláudia Isabel Abreu. *Regulação do exercício das responsabilidades parentais: A decisão judicial de atribuição da residência do menor*. Dissertação de Mestrado em Direito. Coimbra: FDUC, 2015, p. 10.

<sup>46</sup> BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família*, cit., p. 177.

<sup>47</sup> Até 2008, havia uma vinculação automática entre guarda e responsabilidades parentais. A quem fosse atribuída a guarda, cabia o exercício unilateral do poder paternal. O Brasil também passou a aplicar o exercício conjunto das responsabilidades parentais como regra, com o advento da Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que trouxe uma nova redação para o art. 1.584, § 2º do Código Civil (todavia, o sistema jurídico brasileiro ainda utiliza a terminologia “guarda”).

<sup>48</sup> Neste sentido, ver DIAS, Cristina M. Araújo. *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 42-43.

<sup>49</sup> Cfr. HARRIS, Peter G.; GEORGE, Robert H. “Parental responsibility and shared residence orders: parliamentary intentions and judicial interpretations”, em *Child and Family Law Quarterly*, vol. 22, n. 2, pp. 151-171, 2010, p. 163.

<sup>50</sup> Nesse sentido, ver SCHAVE, Nicole M. “Best Interests of Minors: Adopting a Presumption of Joint Physical Custody”, em *Hamilton Journal of Public Law and Policy*, vol. 33, n.1, pp. 165-200, 2011, p. 178.

## 2. Conteúdo das responsabilidades parentais

De acordo com o art. 1878º, n. 1 do Código Civil, cabe aos pais, no interesse dos filhos, zelar pela sua segurança e saúde, atender ao seu sustento, conduzir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens. Desse dispositivo, infere-se que as responsabilidades parentais, que serão exercidas no interesse da prole, possuem duas vertentes: uma pessoal e outra patrimonial.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê direitos e deveres análogos no art. 1.634 do Código Civil. O

termo “guarda” utilizado no Brasil é claramente o que Portugal trata por responsabilidades parentais, já que o ordenamento brasileiro trata a guarda como a responsabilização e exercício de direitos e deveres que compete aos progenitores concernentes ao “poder familiar”.<sup>51</sup> Portanto, o Brasil trata por “poder familiar” o conteúdo das responsabilidades parentais e “guarda” o seu exercício, que pode ser unilateral ou compartilhado.

É considerado de cunho patrimonial o poder-dever de administração dos bens do filho, já o poder-dever de representação, ainda que possua caracteres patrimoniais, também diz respeito a elementos pessoais da vida do filho, motivo pelo qual deve-se considerar que tenha uma natureza mista.

Maria Clara Sottomayor vem questionando o princípio da incapacidade de exercício de direitos, propondo — a partir de certa idade — a substituição da representação pelo instituto da assistência. Sobre a questão, afirma que “a representação legal nunca foi compatível com decisões pessoais e relativas aos afetos das crianças, em que os pais não se podem substituir

aos filhos”.<sup>52</sup> Para Rosa Martins, a consideração global da criança e do jovem como incapazes de agir, igualmente no âmbito pessoal, confina arbitrariamente o desenvolvimento das suas personalidades.<sup>53</sup>

Já os poderes-deveres de educação, auxílio, assistência, vigilância e guarda, são considerados eminentemente pessoais.<sup>54</sup> A guarda (física),<sup>55</sup> aqui traduzida como o direito-dever de ter o filho em sua companhia ou no local em que for indicado pelos responsáveis, é o ponto que releva para o presente estudo.

## 3. Exercício das responsabilidades parentais

### 3.1 Na constância do casamento ou união de facto

De acordo com o art. 1901º, n. 1 do CC, o exercício das responsabilidades parentais durante o casamento caberá a ambos os pais. O n. 2 do mesmo dispositivo indica o pressuposto de que os pais exercem o *múnus* de comum acordo e recepciona a possibilidade de, na falta de concordância sobre os assuntos de particular importância, recorrerem a tribunal, que buscará a conciliação. A presunção de concordância e aquiescência de ambos os pais so-

<sup>52</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*, cit., p. 59.

<sup>53</sup> MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, cit., p. 102.

<sup>54</sup> Cfr. BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família*, cit., pp. 182-183.

<sup>55</sup> Sobre a questão, afirma Guilherme de Oliveira que “se a palavra ‘guarda’ estiver demasiado enraizada na linguagem jurídica para se poder prescindir dela, deve tomar-se a precaução de a usar apenas com o sentido de ‘guarda física’; que pode ser ‘guarda habitual’, por parte do progenitor com quem a criança reside habitualmente, ou ‘guarda temporária’, por parte do outro progenitor que exerça direitos de visita”. OLIVEIRA, Guilherme de. “A ‘residência alternada’ na Lei n. 61/2008”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real/António Menezes Cordeiro et. al.* (orgs.). Coimbra: Almedina, pp. 83-95, 2016, p. 87.

<sup>51</sup> Cf. art. 1.583, § 1º.

bre as questões que integram o cuidado parental é, novamente, inferida do art. 1902º. O ordenamento brasileiro traz disposições análogas no art. 1.631 do Código Civil.

Quando a filiação estiver estabelecida em relação a ambos os pais que vivam em união de facto, serão aplicáveis os arts. 1901º a 1904º, que dizem respeito ao exercício das responsabilidades parentais na constância do matrimônio, de acordo com o art. 1911º, n. 1 do CC.

Nessa lógica, a legislação parte do princípio de que durante o vínculo matrimonial ou a união de facto ambos os progenitores participam ativamente, de forma sinérgica e harmoniosa, do cuidado e criação dos filhos. Portanto, a lei supõe que o fato dos pais viverem juntos gera uma concertação no que tange aos deveres parentais e práticas educativas.

### **3.2 Após a ruptura ou quando os progenitores nunca viveram juntos**

Quando a filiação se encontre estabelecida relativamente a ambos os progenitores e eles não sejam casados ou vivam em união de facto, aplica-se ao exercício das responsabilidades parentais o disposto nos artigos 1904º a 1908º, de acordo com o art. 1912º do Código Civil. Caso vivam em união de facto e haja ruptura na convivência, são aplicáveis o disposto nos artigos 1905º a 1908º.

Tais dispositivos deixam claro que as responsabilidades parentais estão vinculadas ao estabelecimento da filiação, ou seja, derivam não do relacionamento entre os pais, mas da condição jurídica de filho.

O art. 1906º da Lei Civil portuguesa deslinda o exercício das responsabilidades parentais na ocorrência de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do matrimônio.

As responsabilidades parentais concernentes às questões de particular importância para a vida da prole são desempenhadas em comum por ambos os pais da maneira que corriam na constância do casamento ou união de facto, exceto nas hipóteses de urgência notória, em que qualquer um deles poderá agir sozinho, devendo comunicar ao outro logo que possível, de acordo com o art. 1906º, n. 1 do CC. Mais uma vez, a Lei Civil reforça a ideia das responsabilidades parentais como efeito da filiação, devendo ser garantida a sua solidez e a sua continuidade, independentemente do *status* conjugal dos progenitores.

Pode-se exemplificar como questões de particular relevância uma intervenção médica que acarrete risco para a saúde ou vida da criança ou jovem; viagens para o exterior e alterações de residência; escolha da instituição de ensino que o filho irá frequentar; exercício de atividade laboral; educação religiosa, até que o filho possa decidir por si; exposição de imagem da criança ou jovem na televisão, no YouTube e em outras redes sociais, de maneira que lhe possa causar prejuízo; prática de atividades perigosas; interrupção voluntária da gravidez; autorização para contrair casamento, etc.

Quando o exercício conjunto das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho não se mostrar em harmonia com o melhor interesse da criança e adolescente, poderá o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que esse *múnus* seja exercido somente por um dos pais, como indica o art. 1906º, n. 2 do CC.

Considerando o prestígio que a legislação passou a outorgar ao exercício conjunto das responsabilidades parentais, apenas razões ponderosas podem afastar a fixação de um regime de cuidado parental partilhado. Tal ideia se harmoniza com a

Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, onde está disposto que toda criança tem o direito de ser criada e educada pelos pais e, na impossibilidade de coabitação, manter contatos pessoais com ambos. Portanto, um exercício unilateral das responsabilidades parentais está dependente da comprovação de danos (presentes ou potenciais) ao superior interesse da criança, como hipóteses de maus tratos, violência doméstica, violência sexual, negligência e outros casos de abuso.

O exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida cotidiana do filho incumbe ao progenitor com quem ele reside habitualmente,<sup>56</sup> ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente. Todavia, as responsabilidades exercidas pelo progenitor não residente não deverão contrariar as orientações educativas mais significativas estabelecidas pelo progenitor residente, como indica o art. 1906º, n. 3 do CC. Trata-se de um prestígio à estabilidade e à continuidade das orientações educativas na vida das crianças e jovens.

De acordo com o n. 4 do mesmo dispositivo, o pai ou a mãe que reside habitualmente com o filho poderá exercer as responsabilidades parentais cotidianas ou delegar o seu exercício a terceira pessoa como, por exemplo, uma madrasta ou um padasto. Parece perfeitamente natural que um progenitor conte com o auxílio de qualquer adulto responsável para, por exemplo, levar e pegar o filho na escola se não estiver disponível; preparar e servir-lhe uma refeição; colocá-lo para dormir; tratar de uma questão de saúde sem gravidade, como dar um medicamento para febre ou colocar uma pomada e penso sobre um ferimento nos joelhos da criança, entre outras situações.

<sup>56</sup> A noção de residência habitual pode ser extremamente relevante. É, entre outras coisas, o critério atributivo da competência internacional, de acordo com o Regulamento (CE) n° 2201/2003.

Para determinação da residência da criança ou adolescente e conseqüente direito de convivência, o tribunal analisará todas as questões relevantes que possam levar à concretização do melhor interesse da criança e do adolescente, nomeadamente um eventual acordo entre os progenitores e a disponibilidade evidenciada por cada um deles para fomentar relações frequentes do filho com o outro, como indica o art. 1906º, n. 5 do CC.<sup>57</sup>

Tal disposição legal revela que Portugal — assim como diversos outros países — incorporou o princípio insculpido na Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, onde está previsto que os filhos possuem direito a serem criados, educados e a manterem contatos pessoais com ambos os pais e com os demais membros das famílias e terceiros de referência.

#### 4. Fixação da residência no exercício conjunto das responsabilidades parentais: modelos possíveis.

A atribuição da residência<sup>58</sup> da criança constitui, sem sombra de dúvidas, um dos pontos mais delicados e importantes no domínio da regulação das responsabilidades parentais. É preciso que genuinamente se passe a se olhar a questão da residência e da convivência, apartada de uma lógica de cerceamento dos contatos pessoais com o progenitor não residente, através da estipulação de um regime de convívio fixo e escasso.

O modo do exercício das responsabilidades parentais deve originar-se, sempre que possível, de um

<sup>57</sup> O n. 6 do art. 1906º estabelece que “ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho”.

<sup>58</sup> Cfr. Princípio 3:1, a) em *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*. Disponível em: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>

plano parental, edificado pelos próprios pais, no interesse dos filhos.<sup>59</sup> Cumpre agora analisar os modelos possíveis de acordo com a legislação e a doutrina, e em como a jurisprudência vem se comportando nessa matéria em Portugal.

#### 4.1 Residência habitual com um progenitor.

Um dos modelos que o exercício conjunto das responsabilidades parentais poderá se revelar é com a fixação da residência habitual da criança com um dos progenitores. Esse parece ter sido o arquétipo acolhido por Portugal, a partir da vigência da Lei n. 61/2008, de acordo com a leitura do art. 1906º, n. 1 e n. 5 do Código Civil.<sup>60</sup>

O exercício conjunto das responsabilidades parentais, ao contrário do que se possa pensar, não implica em uma fixação automática de uma residência dupla ou alternada do filho e nem significa — necessariamente — um convívio equitativo com ambos.

O exercício conjunto reflete a exigência legislativa de que as questões mais significativas da vida da criança, mormente relacionadas a saúde e educação, sejam tratadas por ambos os progenitores.<sup>61</sup> O cuidado físico e companhia cotidianos materializados na residência habitual é apenas um dos elementos que compõem as responsabilidades parentais.

<sup>59</sup> Nos EUA, Estados como Colorado e Washington falam em ações de atribuição das responsabilidades ou funções parentais, onde os pais são estimulados a construir um “plano parental”. Ao invés de guarda jurídica e física, as normas de Washington se referem a “autoridade de decisão” e “disposições residenciais”. DIFONZO, J. Herbie, “Dilemmas of Shared Parenting in the 21st Century: How Law and Culture Shape Child Custody”, cit., p. 1010.

<sup>60</sup> Cfr. CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de. *A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais*: algumas considerações. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 104, nota 109.

<sup>61</sup> Cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*, cit., p. 71.

Note-se que, entretanto, ainda que não exista uma imposição legal de convívio paritário, o direito de convivência (que a legislação vigente termina por denominar de visitas) do progenitor não residente deverá “ser muitíssimo alargado”, cumprindo-se assim o interesse do filho em conviver proximamente com ambos os progenitores, depreendido do art. 1906º, n. 5 e n. 7 do Código Civil.

Um argumento frequente na doutrina e jurisprudência<sup>62</sup> que se opõem à alternância de residências é que a igualdade na coparentalidade criaria instabilidade e aumento do stress na vida das crianças e adolescentes, que virariam uma espécie de pêndulo (*Pendelkind*),<sup>63</sup> indo e vindo, alternando entre as casas dos seus pais. Alguma doutrina rebate com o contra-argumento de que a residência alternada incentivaria a estabilidade porque, na maioria das vezes, se assemelha ao modo de vida desfrutado antes do litígio sobre o exercício das responsabilidades parentais.<sup>64</sup>

Ambos os argumentos podem ser abraçados, a depender da realidade familiar em causa. Não há espaço para generalizações e presunções absolutas nessa matéria (a não ser em favor do melhor interesse da criança que, como se sabe, é um conceito jurídico indeterminado), sendo preciso analisar a questão com cautela e minúcia.

Não faz qualquer sentido se filiar aprioristicamente a qualquer das correntes. É mais razoável investigar a conveniência (do exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada) à luz do melhor interesse da criança, que será materializado somente após a exploração

<sup>62</sup> Nesse sentido, ver TRI, Proc. 1869/11.9TMLSBL1-2, Rel. Sousa Pinto, j. 11/09/2014.

<sup>63</sup> MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada*, cit., p. 212.

<sup>64</sup> Assim opina SCHAVE, Nicole M. “Best Interests of Minnesota: Adopting a Presumption of Joint Physical Custody”, cit., p. 186.

aprofundada da matéria de fato, trazida pelo caso concreto. Cada interesse, de cada criança, em cada caso de regulação das responsabilidades parentais é único e deve ser visto como tal.

#### 4.2 Residência alternada

De maneira moderada e ainda tímida, vem sendo reconhecida pela jurisprudência portuguesa a possibilidade do exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada, onde os progenitores decidem em conjunto todos os aspectos de particular relevância da vida da prole e convivem com o filho rotineiramente, que passa a viver alternadamente com um e com outro (motivo pelo qual termina por não ter uma residência habitual). Esse cenário é amparado pelos Princípios de Direito de Família Europeu Relativos às Responsabilidades Parentais.<sup>65</sup>

É preciso ressaltar que residência alternada não se deve confundir com exercício alternado das responsabilidades parentais. Como adverte julgado do Tribunal da Relação de Lisboa, “residência alternada não equivale a guarda alternada”,<sup>66</sup> que transmitiria toda a titularidade do exercício das responsabilidades parentais para o progenitor com quem a criança estivesse a viver temporariamente.<sup>67</sup> No exercício conjunto das responsabilidades parentais

com residência alternada, “nenhum dos progenitores deixa de ter a guarda conjunta, mesmo nos períodos em que o filho está a residir com o outro progenitor”.<sup>68</sup>

Ainda que não esteja expressamente consagrada na legislação, tal possibilidade existe já que “ao regular o exercício das responsabilidades parentais, o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita, tendo a liberdade de proferir a decisão que lhe pareça mais conveniente e oportuna, a que melhor serve os interesses em causa”.<sup>69</sup> Ademais a abertura legal para a residência dupla ou alternada das crianças se encontra no art. 1606º, n. 7, do CC,<sup>70</sup> dispositivo que vem sendo utilizado como fundamento pelos tribunais para acatar os acordos de responsabilidades parentais que prevejam residência alternada.<sup>71</sup>

A norma em causa dispõe expressamente que o tribunal decidirá sempre de harmonia com o melhor interesse da criança e jovem, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores, fomentando, homologando acordos ou “tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de

Silva. *Direito da Família* — Tópicos para uma Reflexão Crítica. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2011, pp. 205-206.

<sup>65</sup> TRL, 4547/11.5 TBCSC.L1-6, Rel. Teresa Pardal, j. 22/01/2015. Sobre o mesmo tema ver TRL, Proc. 33/12.4TBBRR.L1-8, Rel. Ana Luisa Geraldes, j. 28/06/2012.

<sup>66</sup> Cfr. TRC, Proc. 1796/08.7TBCTB-A.C1, Rel. Fonte Ramos, j. 11/07/2012.

<sup>67</sup> Em decisão da Relações de Lisboa afirmou-se que “tal solução - a da residência alternada dos filhos -afastando-se da orientação claramente apontada pelo nosso legislador, apenas será de admitir em situações excepcionais e, em concreto, devidamente justificadas, posto que consentâneas com os superiores interesses dos filhos menores, tal como resulta do disposto no nº 7 do art. 1906 do Código Civil”. (TRL, Proc. 1463/14.2TBCSC.L1-8, Rel. Catarina Arêlo Manso, j. 14/02/2015).

<sup>71</sup> Maria Clara Sottomayor adverte ainda não existir homogeneidade nas posições dos tribunais portugueses sobre a questão. SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*, cit., p. 68.

<sup>65</sup> Principle 3:20 *Residence*

(2) *The child may reside on an alternate basis with the holders of parental responsibilities upon either an agreement approved by a competent authority or a decision by a competent authority.*

<sup>66</sup> TRL, 4547/11.5 TBCSC.L1-6, Rel. Teresa Pardal, j. 22/01/2015.

<sup>67</sup> Hipótese em que cada progenitor seria, alternadamente, detentor único do exercício das responsabilidades parentais na sua totalidade. SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*, cit., p. 75. Esse modelo, entretanto, foi aplicado pelo Tribunal da Relação de Lisboa, onde em julgado que tratava de pais com um litígio profundo e alargado, decidiu-se por exercício unilateral das responsabilidades parentais com residência alternada por períodos longos. (TRL, Proc. 1900/05.7TBSXL-E.L1-1, Rel. João Ramos de Sousa, j. 22/05/2012). Manifestam-se favoravelmente ao exercício alternado das responsabilidades parentais CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José

partilha de responsabilidades entre eles”.

Como adverte acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, “os pais devem sentir-se ‘implicados’ e ‘responsáveis’ pelo bem-estar dos filhos, colaborando para uma efectiva concretização do interesse e direito fundamental da criança em manter um saudável e profícuo relacionamento pessoal com ambos os progenitores”.<sup>72</sup>

A doutrina majoritária<sup>73</sup> e a jurisprudência que admitem esse tipo de arranjo indicam que um acordo entre os pais é requisito inafastável para a determinação de residência alternada. Afirma-se que é importante que essa dinâmica residencial advenha de um pacto, uma vez que a iniciativa revela que cada progenitor deseja preservar o vínculo com o filho, assegurando-lhe os cuidados próprios e conferindo prioridade ao seu desenvolvimento global. Tem-se, diante dessa manifestação volitiva inequívoca, um modelo de reorganização familiar pautado nos afetos e vontade dos pais em concretizarem os melhores interesses dos filhos.

Nesse modelo, a criança ou adolescente reside um determinado tempo (1 semana, 15 dias, 1 mês) com um progenitor e passado o lapso temporal, passa a residir com o outro por igual período. Nesse esquema, as decisões da vida cotidiana do filho competem a quem com ele estiver residindo ou na companhia no momento, mas sempre observando as diretivas educativas estipuladas por ambos. Todas as decisões de particular relevância relativas à saú-

de e educação da prole continuam demandando a aquiescência de ambos os progenitores.<sup>74</sup>

De acordo com Edward Kruk,<sup>75</sup> uma presunção automática de igualdade parental e consequente determinação de exercício conjunto das responsabilidades pode ser sustentado sob dezasseis fundamentos: a) conserva a relação do filho com ambos os progenitores;<sup>76</sup> b) preserva a relação dos pais com a prole; c) reduz o conflito parental e previne a violência doméstica; d) respeita as preferências e visões do filho sobre suas necessidades e melhor interesse;<sup>77</sup> e) respeita as preferências e visões dos pais sobre as necessidades e melhor interesse dos filhos; f) reflete o arranjo de cuidado parental adotado anteriormente à ruptura;<sup>78</sup> g) melhora a qualidade da relação entre pais e filhos; h) retira o foco da “matematização” ou quantificação do tempo e reduz a litigância; i) incentiva a negociação e mediação interparental e o desenvolvimento de planos de parentalidade;<sup>79</sup> j) oferece diretrizes claras e consistentes para a resolução judicial;<sup>80</sup> k) reduz o risco e a incidência da alienação parental;<sup>80</sup> l) per-

<sup>72</sup> TRC, Proc. 1796/08.7TBCTB-A.C.1, Rel. Fonte Ramos, j. 11/07/2012.

<sup>73</sup> Cfr. MNOOKIN, Robert. “Child Custody Revisited”, em *Law and Contemporary Problems*, vol. 77, n.1, pp. 249-270, 2014, p. 260; SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*, cit., p. 137. Entretanto, existe alguma doutrina que considera o acordo dispensável, baseado na evidência de o cuidado físico partilhado (materializado na alternância de residências) teria bons resultados práticos. Neste sentido, SCHAVE, Nicole M. “Best Interests of Minnesota: Adopting a Presumption of Joint Physical Custody”, cit., p. 188.

<sup>74</sup> Cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*, cit., p. 72.

<sup>75</sup> KRUK, Edward. “Arguments for an Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody”, em *The American Journal of Family Therapy*, vol. 40, n. 1, pp. 33-55, 2012.

<sup>76</sup> De acordo com o autor, os benefícios de coparentalidade são evidentes tanto em grupos de coparentalidade harmoniosas e como conflituantes, e que o mais forte prenunciador de bem-estar infantil é a participação ativa de ambos os pais na vida das crianças. *Ibidem*, p. 34.

<sup>77</sup> De acordo com os estudos citados pelo autor, os “filhos do divórcio”, desejam tempo igual com seus pais e consideram que a parentalidade partilhada está de acordo com os seus melhores interesses. *Ibidem*, p. 39.

<sup>78</sup> De acordo com o autor, as afirmações de que as mães ainda seriam as figuras primárias de referência ou cuidadoras principais já não possuem base empírica na atualidade. *Ibidem*, p. 41.

<sup>79</sup> Esses esquemas levam ao que o autor denomina por parentalidade cooperativa. *Ibidem*, p. 43.

<sup>80</sup> O autor indica que no cenário de igualdade no exercício da parentalidade, nenhum dos pais se considera ameaçado por uma potencial

mite a execução de acordos de parentalidade, pela maior tendência de cumprimento voluntário pelos progenitores;<sup>81</sup> m) considera os imperativos de justiça social concernentes à proteção dos direitos das crianças; n) considera os imperativos de justiça social concernentes à autoridade parental, à autonomia, isonomia, direitos e responsabilidades;<sup>82</sup> o) o modelo exercício unilateral das responsabilidades parentais/melhor interesse da criança não possui suporte empírico; p) uma presunção refutável de exercício conjunto das responsabilidades parentais possui amparo empírico.<sup>83</sup>

Mais cautelosa, a doutrina portuguesa<sup>84</sup> considera que, um eventual acordo de exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada, somente poderá ser considerado diante de alguns pressupostos, que constituem critérios exemplificativos e orientadores, a serem ponderados pelos juízes e tribunais, tais como: a) capacidade de cooperação entre os progenitores;<sup>85</sup> b)

perda da sua relação (convivência próxima) com seus filhos, tornando-se menos provável que um venha a denegrir o outro, em um esforço para reforçar a seu próprio senso de identidade parental e buscar o exercício unilateral das responsabilidades parentais. *Ibidem*, p. 45.

<sup>81</sup> Tal fato se deve em decorrência de os pais considerarem — na generalidade e em regra — o acordo firmado justo. *Ibidem*, p. 45.

<sup>82</sup> Os direitos parentais são necessários para que os pais consigam exercer de modo eficaz a função parental. *Ibidem*, p. 46.

<sup>83</sup> Kruk indica inúmeras pesquisas que indicam que crianças que vivem em um modelo de responsabilidades parentais partilhadas ajustam-se melhores que as que vivem em modelos de exercício unilateral das responsabilidades parentais. O autor afirma que o resultado positivo persiste mesmo em situações de grande conflituosidade. *Ibidem*, pp. 46-47.

<sup>84</sup> Acompanha-se de perto os critérios trazidos por BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família*, cit., p. 209; FIGUEIREDO, Cláudia Isabel Abreu. *Regulação do exercício das responsabilidades parentais*, cit., pp. 31-32; MELO, Teresa Gomes de et al. *Poder paternal e responsabilidades parentais*. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 87. SOTTO-MAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*, cit., p. 73.

<sup>85</sup> Certamente não se espera que os pais demonstrem afeição, mas devem ser capazes de manter uma relação minimamente civilizada e cordial; o diálogo deve ser fácil e fluido, no sentido de um projeto parental comum, de educação e formação completa dos filhos. Cfr. em

manifesta relação afetiva entre o filho e os pais; c) capacidade dos progenitores em colocar de lado as diferenças pessoais;<sup>86</sup> d) capacidade de dar prioridade às necessidades dos filhos;<sup>87</sup> e) idade e maturidade do filho;<sup>88</sup> f) vontade manifestada pelo filho;<sup>89</sup> g) identidade de estilos de vida e valores; h) capacidade de acordo sobre questões relativas a saúde, educação, religião (questões de particular relevância);<sup>90</sup> i) vontade de cooperar aliada a respeito e confiança mútuos; j) proximidade entre as residências dos pais e a escola da criança;<sup>91</sup> k) flexi-

sentido parecido, MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada*, cit., p. 198. Consultar também: *Principle 3:20 of Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*. Alguma doutrina afirma que a análise das características familiares e das dinâmicas parentais pré-existentes são capazes de prever os resultados subsequentes. Pais cooperativos tendem a edificar arranjos de cuidado parental partilhado flexíveis e com resultados extremamente positivos. TRINDER, Liz. "Shared residence: a review of recent research evidence", em *Child and Family Law Quarterly*, vol. 22, n. 4, pp. 475-498, 2010, p. 495.

<sup>86</sup> Sobre tal questão, veja-se julgado do Tribunal da Relação de Coimbra: TRC, Proc. 1014/08.8TMCBR-A.C1, Rel. Távora Vítor, j. 04/05/2010.

<sup>87</sup> Segundo alguma doutrina, esse critério vincula-se à ideia do *primary caretaker*. Cfr. BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família*, cit., p. 206.

<sup>88</sup> Cfr. *Principle 3:20 of Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*.

<sup>89</sup> Tal critério está em harmonia com o disposto no art. 4.º, n. 1, al. c), da Lei n. 141/2015 (Regime Geral do Processo Tutelar Cível) e com o *Principle 3:6 of Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*. Note-se, entretanto, que ter a opinião do infante em consideração não implica que seja dado à criança o poder ou o encargo de decidir sobre o seu esquema de residência, posto que isso poderia acarretar em conflitos de lealdade e sentimentos de culpa, como adverte VASCONCELOS, Ana. "Do cérebro à empatia. Do divórcio à guarda com residência alternada", em *Jurisdição da Família e das Crianças*. Jurisdição Civil, Processual Civil e Comercial. Ações de Formação - 2011-2012. Textos dispersos./ Helena Bolieiro; Maria João Matos (Coord.). Lisboa: CEJ, pp. 77-89, 2012, p. 85.

<sup>90</sup> Como afirmou-se em aresto do Tribunal da Relação de Coimbra, "aquando da guarda alternada é necessário que a mesma não se traduza em sucessivas metodologias educacionais, antes permaneça incólume o rumo de orientação traçado quanto ao projecto educativo". (TRC, Proc. 530/07.3TBCVL-A.C1, Rel. Távora Vítor, j. 05/05/2009).

<sup>91</sup> Cfr. *Principle 3:20 of Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*. Na hipótese de residências muito distantes, aí incluídas outras cidades, alguma doutrina indica como solução o esta-

bilidade de horários dos pais;<sup>92</sup> l) ambiente laboral amigo da família.<sup>93</sup>

Em caso julgado pelo Tribunal da Relação de Lisboa,<sup>94</sup> aprovou-se o exercício conjunto das responsabilidades parentais, com regime de residência alternada ao se comprovar que: existia uma relação harmoniosa e afetiva entre a criança e os seus pais; convivência rotineira da criança com as família alargada (tanto pelo lado da mãe, quanto do pai), o que seria fundamental para apaziguamento de eventuais conflitos relativos à criança; evidências de que, apesar das divergências que os separam, os pais colocaram as diferenças pessoais de lado em prol da filha, sendo referenciados pelo colégio como participativos nas reuniões e nas atividades da criança, recebendo ambos as comunicações escolares. Assim, nesse aresto, verificou-se a presença de vários dos critérios supra indicados.

O Tribunal da Relação de Lisboa já se manifestou no sentido de considerar que até os três anos de idade, não se deve permitir que uma criança viva em esquemas de residência alternada.<sup>95</sup> Afirma-se

belecimento da alternância por períodos mais longos que os habituais 1 semana ou 15 dias. Neste sentido, ver MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada*, cit., p. 200. Tal solução, entretanto, não se mostra factível, tendo em vista que a criança ou adolescente teria que frequentar dois estabelecimentos de ensino ou ficaria muito distante da sua instituição de ensino por determinados períodos.

<sup>92</sup> Como indicam BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família*, p. 206, nota 42. É preciso que o cuidado parental não se transforme em um fardo ou peso difícil de carregar. Na motivação inicial na busca do exercício conjunto com residência partilhada, os pais devem mostrar disposição — inclusive em termos de horários — para cuidarem dos filhos. Em sentido parecido, ver MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada*, cit., p. 198.

<sup>93</sup> Cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*, cit., p. 138.

<sup>94</sup> TRL, Proc. 6001-11.6TBCSC.L1-6, Rel. Anabela Calafate, j. 17/12/2015.

<sup>95</sup> “Se até aos 3 anos de idade a criança tem uma ou duas figuras parentais de referência com quem se vincula para toda a vida, aos 6 anos de idade a criança está habilitada a interagir com um leque muito mais alargado de pares e adultos, motivo pelo qual, a guarda alterna-

na doutrina<sup>96</sup> que a alternância de residências pode comprometer as necessidades de crianças de tenra idade em manterem relações contínuas com o cuidador que lhe passa mais confiança e segurança, prejudicando a sua estabilização emocional.

Andou bem o TRL, tendo em vista que todas as investigações apontam, de forma consistente, no sentido de dar razão à teoria da vinculação. Indica-se que a ausência repetida do cuidador principal da criança é excepcionalmente estressante para o infante. Nessa pesquisa,<sup>97</sup> recomenda-se muita cautela na determinação de residência alternada em disputas de exercício das responsabilidades parentais que envolvam crianças de 0 a 4 anos de idade.

### 4.3 *Bird's Nest Arrangement.*

No universo das possibilidades trazida pelo exercício conjunto das responsabilidades parentais, existe ainda o que se denomina por *Bird's Nest Arrangement*, onde o filho reside em um único lugar (em regra a casa que foi a morada da família) e os progenitores vivem com o filho, nesta casa, em períodos alternados. Nessa hipótese, não são os filhos que circulam entre a casa dos pais, mas os pais que se alternam na residência do filho.

A doutrina brasileira denomina essa modali-

da, desde que se verifiquem os requisitos subjacentes à mesma, não é prejudicial nestas idades”. (TRL, Proc. 6001-11.6TBCSC.L1-6, Rel. Anabela Calafate, j. 17/12/2015). O mesmo Tribunal advertiu ainda que “não favorece a estabilidade e o desenvolvimento de uma criança de tão tenra idade um regime de residência alternada com cada um dos progenitores”. (TRL, Proc. 82-14.8TBSRQ-A.L1-8, Rel. António Valente, j. 12/11/2015). De igual maneira afirmou o TRL, que negou acordo de alternância de residência pelo fato de a criança ter à época “cerca de três anos e meio de idade, fase da vida em que mais se fazem sentir necessidades de segurança e estabilidade, tendencialmente comprometidas com situações de residência alternada”. (TRL, Proc. 2526/11.1TBBRR.L1-1, Rel. Graça Araújo, j. 19/06/2012).

<sup>96</sup> Cfr. VASCONCELOS, Ana. “Do cérebro à empatia. Do divórcio à guarda com residência alternada”, cit., p. 87.

<sup>97</sup> TRINDER, Liz. “Shared residence: a review of recent research evidence”, cit., p. 492.

dade como “guarda nidal”. Portanto, nesse arranjo o filho reside em uma única casa e os pais (além de outros parentes com direito à convivência) lá permanecem, em companhia da criança ou jovem, de maneira alternada. Recorrendo-se à linguagem trabalhista, os pais moram com os filhos em turnos alternados, não permanecendo ambos ao mesmo tempo. Quando um chega, o outro sai, e o filho permanece em seu “ninho”.<sup>98</sup>

Em tal modalidade de exercício conjunto da parentalidade, os pais precisam possuir recursos financeiros suficientes para manter, solidariamente, a casa do filho (por onde irão circular alternadamente) e, cada um ainda deverá custear a própria residência. A vantagem de utilização de uma “residência ninho”<sup>99</sup> é a de a prole conservar intactos os seus espaços existenciais, tendo como desvantagem o óbvio custo financeiro acarretado por essa dinâmica familiar.

## 5. Considerações Finais

Reitera-se aqui o que foi afirmado no Colóquio promovido pelo Centro de Direito da Família da Universidade de Coimbra e a Universidade de São Paulo (Novembro/2015, em Coimbra), cuja intervenção oral deu origem a esse texto:

O exercício conjunto das responsabilidades parentais relativo às questões de particular relevância na vida do filho, atualmente é a regra instituída pela legislação portuguesa (e por tantas outras, como a do Brasil), que só poderá ser afastada por decisão judicial fundamentada.

<sup>98</sup> Sobre as peculiaridades e dificuldades desse modelo de exercício da parentalidade, ver OLIVEIRA, Euclides de. “Alienação parental e as nuances da parentalidade — guarda e convivência familiar”, em em *Tratado de Direito das Famílias*/Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). Belo Horizonte: IBDFAM, pp. 277-339, 2015, p. 335.

<sup>99</sup> MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada*, cit., p. 186.

Esse exercício comum não implica, entretanto, em um compartilhamento automático do aspecto físico das responsabilidades parentais. Trata-se tão somente de uma prescrição legislativa de que os pais atuarão em uma lógica de tomada de decisão conjunta, no que se refere aos aspectos mais sérios e significativos da vida do filho.

O modelo mais aplicado, de desempenho do cuidado parental pós-ruptura pelos tribunais portugueses, continua a ser o exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência habitual fixada com um dos progenitores, sendo assegurado ao genitor não residente um amplo direito de convivência com o filho.

Da análise da jurisprudência portuguesa, ainda se observa uma confusão conceitual entre exercício das responsabilidades parentais e a fixação de residência/modo de compartilhamento da convivência. Muito embora a terminologia legal há muito tenha sido modificada, boa parte dos julgados ainda se referem a “guarda” e não a “responsabilidades parentais”. É exatamente o que ocorre no Brasil, não apenas na jurisprudência, mas na própria legislação que regula a matéria: o caduco termo “guarda” continua a ser utilizado.

É preciso muita atenção para não confundir a residência alternada (na lógica do exercício conjunto das responsabilidades parentais) com o exercício alternado das responsabilidades parentais, onde os pais — alternadamente — exercem o cuidado parental (em relação a todos os aspectos da vida do filho) de maneira exclusiva e unilateral, sem qualquer comunicação ou participação do outro.

Como já foi mencionado, o exercício conjunto do cuidado parental (que no Brasil corresponde à guarda compartilhada) pode revelar ou não uma partição isonômica do tempo de convívio com o filho. Desta maneira, o cenário poderá: se manter

nas sistematizações tradicionais, em um esquema de convivência com o genitor não residente apenas em finais de semana alternados; passar a refletir um convívio mais alargado com o pai não residente, com eventuais pernoites durante a semana e ampla liberdade nos contatos pessoais (ainda que a residência continue fixada com um dos genitores); corresponder a um sistema de exercício conjunto das responsabilidades parentais com alternância de residências.

Em virtude do disposto no art. 1906º, n. 7, do Código Civil e nos princípios europeus relativos às responsabilidades parentais, existe a possibilidade de regulação do exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada, desde que seja comprovada a conveniência para a criança em atendimento ao princípio do melhor interesse.

A timidez na concessão da residência alternada nos tribunais portugueses, termina por evidenciar que tal medida é vista pelos julgadores como exceção e não como regra, já que poderá, em muitos casos, comprometer o equilíbrio da criança, a estabilidade da sua dinâmica de vida e a continuidade e unidade da sua educação. A axiomática cautela também é manifesta na ressalva concernente à viabilidade ou não de alternância de residências nos casos de litígios e ausência de acordo.

O Judiciário português entende que essa dinâmica parental só poderá ser admitida quando existir concordância, expressa e voluntária, de ambos os pais nesse sentido. E mais: os tribunais tendem a só homologarem os acordos que incluam residência alternada na hipótese de ausência de indícios de hostilidade e beligerância entre os pais, pois acreditam que só assim o acordo possui factibilidade. A outro giro, considera-se que o melhor interesse da crian-

ça estará melhor acautelado, através do óbice de se incluir as crianças em dinâmicas parentais manifestamente adversariais, com posturas belicosas.

Andam bem os tribunais portugueses. Nesse domínio, no mundo afora assiste-se a uma profícua produção doutrinária e os estudos estrangeiros trazem resultados para todos os gostos. Mas a realidade é que, empiricamente, anda-se em terreno pantanoso e sem grande segurança para se sustentar, de modo inequívoco, que a imposição judicial de residência alternada não causará problemas às crianças, nomeadamente em cenários de conflituosidade excessiva.

Desta maneira, salvo melhor juízo, compreende-se que muito embora o exercício conjunto das responsabilidades parentais seja possível em quase todos os casos — excetuando os de violência doméstica —, a sua conjugação com a alternância de residências só se mostra viável quando for um desejo advindo de ambos os pais. A exequibilidade do plano também depende de os progenitores demonstrarem um alto grau de civilidade; capacidade de afastarem as mágoas conjugais; vontade de cooperação, pautada na facilidade de diálogo e entendimento; e manifesta afinidade nos propósitos educativos dos filhos.

O melhor interesse da criança, como conceito jurídico indeterminado que é, varia muito e dependerá sempre do caso concreto. A doutrina, com trabalhos de investigação a nível mundial, e a própria jurisprudência vêm esboçando parâmetros que poderão auxiliar no caminho da concretização do princípio do melhor interesse, que deverá ser sempre preenchido diante da realidade fática de cada família e de cada criança.



## A PLURIPARENTALIDADE — O DIREITO À CONVIVÊNCIA

Marisa Almeida Araújo

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Docente da Universidade Lusíada — Norte (Porto); Investigadora CEJEA.

**Resumo:** *A família foi sempre tendencialmente assumida numa acepção tradicional, fruto de um contexto social que se foi mantendo estanque, que ligava duas pessoas, de sexos distintos, maiores e com o escopo de gerar descendência, ligada por laços matrimoniais. Apresentava-se hierarquizada e patriarcal, assente numa componente de ligação biológica (ou adoptiva) com a prole. Socialmente não estava aberto o caminho para abranger outros modelos de família que hoje se vão manifestando fora do contexto tradicional.*

*Mas a verdade é que a componente sagrada da instituição se foi esbatendo com a laicização do Estado e da sociedade, a conquista do reconhecimento dos direitos das mulheres e a liberdade procriativa e económica destas, o reconhecimento de direitos decorrentes de opções sexuais, levaram a uma mutação da sociedade, das relações e da própria instituição familiar.*

*Estas mudanças levam a novos arranjos relacionais que se projetam, também, no conceito de família que, aparentemente estanque, se apresenta de facto dinâmico.*

*A evidência de relações que tradicionalmente não se configurariam como de índole familiar assumem-se, face ao papel que desempenham, como essenciais ao desenvolvimento pessoal dos seus membros.*

*Estas novas realidades, que não podem deixar de se reconhecer, impõem ao legislador que pondere a relevância jurídica das mesmas, que extravasando o conceito tradicional de família, são o reflexo de uma nova dinâmica relacional.*

*Por um lado, a ligação entre os pais, com ou sem relação matrimonial, e a prole pode não ser biológica ou resultante de processo de adopção<sup>1</sup> como, por outro, pode não estar subjacente numa relação heterossexual<sup>2</sup> entre o(s) progenitor(es) e os descendentes.*

*Mas, para além disso, há ainda outro fenómeno que não deixa de se evidenciar e que dá origem aos pai-puzzle ou mãe-puzzle, ou seja, núcleos familiares compostos por madrastas ou padrastos em que os filhos de uns e/ ou outros coabitam entre si com os progenitores e os companheiros dos pais gerando, ou podendo gerar, uma parentalidade afectiva com os enteados.*

*É a análise da eventual tutela desta realidade afectiva que nos propomos analisar.*

**Palavras-Chave:** *Família; Pluriparentalidade; Relações Afectivas; Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Tutela.*

**Abstract:** *The family was always tendentially assumed, in the social context, in a traditional meaning that linked people, of different gender and with the scope of generating offspring, linked by matrimonial ties. It was hierarchical and patriarchal, based on a biological (or adoptive) component with the descendent. Socially, the path was not open to cover other models of family that today are manifesting themselves outside the traditional context.*

*Although the fact is that the sacred component of the institution has been blurring with the laicization of the State and society, the recognition of women's rights and their procreative and economic freedom, the recognition of rights arising from sexual choices, have led to a mutation of the society, of the relations and of the familiar institution itself.*

*These changes lead to new relational arrangements that are also projected into the concept of family that apparently was watertight but is, in fact, dynamic.*

*The evidence of relationships that traditionally would not be considered as family-based are assumed, given the role they play, as essential to the personal development of their members.*

*These new realities, which cannot fail to be recognized, require the legislator to consider their legal relevance, which extend beyond the traditional concept of family, are the reflection of a new relational dynamics.*

<sup>1</sup> Referimo-nos concretamente a todas as situações de técnicas de PMA que, atendendo ao objecto do nosso trabalho, ficam excluídas desta análise por razões de ordem e particulares vicissitudes não devem, sem a devida análise específica, aplicar-se sem mais estudo.

<sup>2</sup> Relações homossexuais, cuja união com efeitos jurídicos Portugal reconheceu em 2010, e as monoparentais.

*On one hand, the link between parents, with or without a marital relationship, and the offspring may not be biological or resulting from adoption process as, on the other hand, may not underlie a heterosexual relationship between the parents and offspring.*

*But, in addition, there is still another phenomenon that is evident and gives rise to the father-puzzle or mother-puzzle, that is, the family nuclei composed of stepmothers or stepfathers in which the children of some and/ or others cohabit with their parents and their parents' partners, generating, or being able to generate, affective parenting with the stepchildren.*

*The analysis of the possible protection of this affective reality is what we propose to analyze.*

**KEYWORDS:** *Family; Pluriparentality; Affective Relationships; European Convention on Human Rights; Legal protection.*

## 1. Introdução

Em Portugal a Constituição de 1933 consagrou a instituição “família” “(...) no contexto de uma República corporativa baseada, designadamente, na “interferência de todos os elementos estruturais da Nação na vida administrativa e na feita das leis” (Miranda, 2016, p. 90). Com a Constituição de 76 foi retomada a “(...) matéria (da família) com orientações bem diversas, embora com alguns resultados convergentes. Orientações diversas, em face da mudança da ideia de direito e da impregnação democrática dada ao ordenamento” (Miranda, 2014, p. 81) tendo o legislador constitucional aplicado um tratamento dual à instituição “família” incluindo-a nos Direitos, Liberdade e Garantias e nos Direitos Económicos, Sociais e Culturais “(...) por um lado, o art. 36.º (e o art. 26.º, n.º 2), no título dos direitos, liberdades e garantias, e, por outro lado, o art. 67.º (...)”, entre outros dispositivos legais (Miranda, 2014, p. 82) mas, e independentemente da opção descrita, certo é que nos diversos preceitos constitucionais em que a insti-

tuição se encontra assinalada, não se identifica “um” conceito de família.

Na anotação que Gomes Canotilho e Vital Moreira fazem ao art. 36.º da CRP concluem que “a Constituição não admite (...) a redução do conceito de família à união conjugal baseada no casamento, isto é, a família «matrimonializada»” (2007, p. 561), o que confere um carácter dinâmico e evolutivo, adaptável à concreta realidade social e às mutações que, a cada momento histórico, se podem evidenciar apresentando o legislador constitucional uma opção por “(...) um conceito relativamente aberto, cuja «densificação» normativo-constitucional comporta alguma elasticidade (...)” (2007, p. 856).

A clara delimitação do n.º 1 do art. 36.º da CRP<sup>3</sup> “(...) entre o *direito a constituir família* e o *direito a celebrar casamento* permite, desde logo, alargar a família a *comunidades constitucionalmente protegidas* («famílias monoparentais», apenas com «mãe e filhos» ou com «pai e filhos», «comunidades familiares com filhos nascidos fora do casamento», «famílias formadas por irmãs ou irmãos», «uniões de facto») (Gomes Canotilho & Moreira, 2007, p. 567) e, portanto, numa configuração bem diferente a uma redução do conceito ao paradigma tradicional.

Numa perspectiva de evolução das relações sociais encontram-se evidências de *novas* famílias, mormente as famílias recompostas, ou seja, famílias em que o agregado familiar é composto por filhos de um dos membros do casal, do outro e ainda de ambos, podendo ter irmãos, *meios-irmãos* ou *irmãos* sem qualquer relação biológica entre si. Há uma sucessão de relações familiares, umas que vão cessando e que cada membro do ex-casal dá origem a novas relações familiares ou afectivas, mutando

<sup>3</sup> “Todos têm direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”.

o *status quo* e o *modus vivendi* dos elementos que vão transitando de “uma família para outra”, dando origem a uma sequência de relações “familiares” que cada vez mais se evidenciam na sociedade.

Esta realidade, afastada da estrutura da chamada “família tradicional”, importa que se criem novas relações, que designamos também como familiares entre todos os membros, os da nova família e os da antiga, com ou sem laços de sangue ou adopção.

A verdade é que, juridicamente, “(...) as segundas núpcias continuam a implicar perdas que mais não significam do que o apagamento de vestígios do matrimónio anterior” (Figueiredo Marcos, 2014, p. 247) mas, também não é menos verdade que a susceptibilidade de cessação de vínculos existentes e a criação de novos vínculos, jurídicos ou não, dão origem a uma complexa estrutura relacional que não se mostram susceptíveis de ser eliminados atendendo a que se encontram assentes em algo que o Direito não é capaz de fazer cessar, a afectividade que une as pessoas, os membros “deste” (ex-)agregado familiar.

As relações afectivas que subjazem à estrutura da instituição familiar, encontram-se em diversas realidades ainda que “criadas” pelas circunstâncias da vida e da reorganização dos pais com os seus companheiros, com os filhos deles e com os eventuais filhos de ambos, constituem, mormente nos tempos modernos, uma nova forma de encarar a família, recomposta ou recombinaada e com laços tão ou mais próximos, muitas das vezes, do que os que se criam com os pais biológicos.

Em caso de separação deste casal, o filho de um dos membros do casal vê o seu modo de vida alterado, perdendo a convivência com a madrasta ou o padrasto, e eventuais filhos destes, com quem criou, ou pode ter criado laços que, sem o vínculo de sangue ou adopção, são tão intensos e tão neces-

sários a um crescimento e desenvolvimento sadios, como os que deve manter com os pais, estes entendidos numa acepção biologista.

Se é assim de facto, ao plano legislativo não poderá passar indiferente a consagração destas *famílias* já que “(...) o respeito pelo pluralismo começou por justificar a neutralidade da intervenção estadual e acabou por dar origem à defesa do multifamilismo ou poliformismo” (Xavier, 2016, pp. 105-106) impondo-se este reconhecimento de formas de estar e ser já que se mostram essenciais ao sadio desenvolvimento dos elementos que as integram.

Este *modus vivendi*, sem relação jurídica subjacente, impõe-se na estrutura relacional dos membros deste (ex-)agregado mas, pela ausência daquele vínculo, se vêm desprotegidas e sem tutela.

## 2. A Família como uma Relação Jurídica Vs. a Relação Afectiva

O paradigma da família está em constante e intensa mutação, a sociedade reconhece-o e o debate político exige-se ao qual o legislador não pode, e não tem passado indiferente, ainda que a estrutura familiar tradicional, ligada por laços de sangue ou adopção, continue a ter preponderância no Direito da Família.

Ainda que a instituição familiar não tenha uma definição acabada, certo é que durante séculos obedeceu a uma traça homogénea ligada pelo vínculo conjugal entre indivíduos de sexos opostos (Antunes Varela, 1999) e que, face ao momento social e consequente pressão política, se vão manifestando alterações ao paradigma tradicional.

Por um lado, relações entre duas pessoas, com ou sem vínculo matrimonial, desde as paradigmáticas heterossexuais, às homossexuais, por outro as famílias monoparentais ou constituídas por irmãos,

bem como as denominadas famílias recompostas, em que cada um, ou um, dos membros do casal, tem os seus filhos e, eventualmente filhos comuns.

Todas estas dinâmicas sociais nos aproximam da instituição familiar e das características relações afectivas que se lhe pressupõem sem que de todas elas nasça qualquer vínculo que o legislador caracterize como jurídico.

Para além disso ainda, o sucessivo avanço técnico da medicina dá o mote para que um dos princípios das fontes das relações familiares, para além a adopção evidentemente, seja reconfigurado — a identidade genética e biológica.

Com as diferentes técnicas de procriação medicamente assistida, é possível a mulher engravidar com recurso a doadores de óvulos, espermatozoides ou até, embriões<sup>4</sup>, *i.e.*, é possível engravidar através do recurso às diversas técnicas, em que o material genético do feto não seja da gestante, ou do marido ou companheira/o desta, ou de ambos<sup>5</sup> não sendo os dadores havidos como progenitores da criança<sup>6</sup>.

O recurso à maternidade de substituição<sup>7</sup> é agora possível no ordenamento jurídico português e, neste caso, conforme dispõe o art. 8.º, n.º 7 da Lei da PMA, a criança nascida com recurso a esta

técnica é havida como filha dos respectivos beneficiários e não da mulher que suporta a gravidez por conta e no interesse destes<sup>8</sup>.

Neste caso, e ao contrário do que acontece nas demais técnicas de PMA, o legislador impõe que a gestação de substituição só seja autorizada, desde que um dos beneficiários seja o dador dos gâmetas e, em caso algum, quando há recurso a banco de óvulos de dadora, esta pode ser a gestante<sup>9</sup>.

Tendo o legislador a séria preocupação, como a que parece resultar da limitação da doação de óvulos descrita de, ao nível da gestação de substituição, circunscrever, como resulta da exposição de motivos da regulamentação desta técnica, “(...) a relação da gestante de substituição com a criança nascida ao mínimo indispensável, pelos potenciais riscos psicológicos e afetivos que essa relação comporta”<sup>10</sup>, atendendo ao impacto da eventual disseminação da relação afectiva entre todos os intervenientes.

Significa isto que o paradigma pelo qual o legislador assumia a existência das relações familiares está em crise. Hoje verifica-se uma possível desassociação entre as relações genéticas, biológicas (e de adopção) e as relações sociais e afectivas, próprias das que se assumem naquelas criadas entre pais e filhos que, as diferentes circunstâncias da vida vão dando causa.

É esta desassociação que cada vez mais, à saciedade, se vai manifestando e que importa o labor jurídico uma vez que, nem todas dão origem a re-

<sup>4</sup> Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

<sup>5</sup> Com a segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, através da Lei 17/2016, de 20 de junho, qualquer mulher pode recorrer às técnicas de PMA independentemente do diagnóstico de infertilidade, referindo, neste caso, às mulheres solteiras ou que não vivam em condições análogas às dos cônjuges e, nos termos do art. 6.º, n.º 1 do diploma, com a redação dada pelo diploma legal referido, “*podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual*”.

<sup>6</sup> Art. 10.º, n.º 2 da Lei 32/2006, de 26 de julho, *ex vi* arts. 21.º e 27.º do mesmo diploma.

<sup>7</sup> A Lei n.º 32/2006, de 26 de julho com a alteração Lei 25/2016, de 22 de agosto que, no seu art. 8.º estabelece os requisitos e pressupostos para o recurso à técnica.

<sup>8</sup> Para além a problemática que se coloca, não admissível em Portugal, há ainda situações de dupla paternidade ou dupla maternidade, por recurso a material genético de mais do uma mulher ou de um homem.

<sup>9</sup> Art. 8.º, n.º 3 da Lei 32/2006, de 26 de julho exclui a chamada gestação de substituição tradicional.

<sup>10</sup> Decreto regulamentar n.º 6/2017 de 31 de julho de 2017 publicado no Diário da República n.º 146/2017, série I de 2017-07-31.

lações jurídicas que, por o não serem, não lhes é reconhecida qualquer tutela.

Evidentemente que não desconsideramos que as pessoas que se ligam por relações afectivas e que não sejam, no actual panorama legal, relações jurídicas quiseram, ou podem ter querido, manter uma situação pessoal de não responsabilização e, portanto de inexistência de qualquer assunção de um dever jurídico nascido daquelas relações não jurídicas, o que importa necessariamente considerar na opção que tomarmos quanto à temática.

De qualquer forma, o pressuposto de que partimos é a existência de relações de afecto, típicas das relações familiares, que não sendo jurídicas, pelas suas circunstâncias concretas e sem desconsiderar que, de facto, os sujeitos desta relação nunca assumiram responsabilização jurídica.

De qualquer forma, e ainda que num sentido de tendência legislativa, parece-nos que o legislador não tem sido indiferente a estas novas realidades tendo-se vindo a manifestar no ordenamento jurídico, ainda que sem regulamentação unitária, proliferação de preceitos legais e diplomas que vão reconhecendo a “família” em realidades distintas e em que o pressuposto é o vínculo afectivo que une os membros “destas” famílias.

Ainda que as relações afectivas não sejam fonte de relações jurídicas propriamente ditas a verdade é que em diversas opções legais são estas que vão dando, ainda que de forma pálida, o mote para as soluções consagradas.

Desde o legislador de 77, com a revisão ao Código Civil fruto da Constituição de 1976, mas sobretudo atendendo às alterações resultantes da lei do divórcio em matéria de responsabilidades parentais, quer às alterações de 2015 e 2017, parecem evidenciar formas de tutela de afloramentos de *novas* realidades familiares.

Desde logo, com o art. 120.º do DL n.º 496/77, de 25 de Novembro que alterou o Código Civil, o legislador, no art. 2009.º passou a incluir, na sua alínea f) do n.º 1 da lista de pessoas obrigadas a alimentos, o padrasto e a madrasta, relativamente a enteados menores que estejam ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste<sup>11</sup>.

Nesta situação o legislador fez incluir padrastratos e madrastas na obrigação a alimentos de filho do cônjuge mas “a obrigação só existe, neste caso, em que o vínculo familiar (baseado na pura afinidade, embora em linha recta) é especialmente débil, quando o menor alimentando se encontra a cargo do cônjuge (seu progenitor) do obrigado (padrasto ou madrasta) ou quando o menor estivesse a cargo deste cônjuge, no momento em que ele morreu” (Lima & Varela, 1995, p. 594), passando esta nova “classe”, de qualquer modo, a integrar a lista de pessoas que, por vínculos de solidariedade, estão obrigadas a alimentos no caso de morte<sup>12</sup>.

Ainda estamos, nesta altura, com a inclusão exclusiva de madrastas e padrastratos em relação aos filhos do cônjuge não tendo, o legislador equiparado, neste campo, os unidos de facto. O que em 1977 se pode perceber atendendo ao que parece resultar claro a opção intencional pelo legislador em não estimular as uniões de facto tendo sido, como refere a exposição de motivos do diploma (ainda que em matéria de alimentos a exigir à herança em caso de morte do companheiro) o legislador não foi além de um mero “(...) esboço de protecção, julgado ética e socialmente justificado (...) mas, por

<sup>11</sup> De facto, quanto a este artigo, existe o aditamento de duas classes de obrigados a alimentos, os tios em relação aos sobrinhos, e as madrastas e padrastratos em relação aos enteados.

<sup>12</sup> Situação que se coloca no caso de morte, em que os vínculos de afinidade não cessam nos termos do art. 1585.º do Código Civil como o legislador expressamente consignou com a alteração de 2008 pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro em que dos efeitos do divórcio fazem cessar as relações de afinidade.

aqui se quedou, de forma “(...) intencionalmente pouco arrojado. Havia que não estimular as uniões de facto”<sup>13</sup>.

Assim, “a obrigação geral de alimentos, (...)”, do art. 2009.º do CC, resultando do mesmo que os titulares são parentes ou, no caso das madrastas ou padrastos, afins por conta do casamento com progenitor” (Remédio Marques, 2000, p. 53), mantendo-se o legislador, cautelosamente, no âmbito das relações jurídicas e deixando as relações de facto fora do esquema, o que faz até hoje.

Como bem chama a atenção Remédio Marques, o “(...) *pluralismo das formas familiares* — contribuíram para o nascimento ou desenvolvimento de novas *responsabilidades e solidariedades* familiares, dentro e fora do casamento, as quais oneram, que não o Estado, antes certos parentes (ou afins) — isto sem esquecer um tipo diverso, porque menos denso, de *solidariedades* resultante da convivência *more uxorio*: v.g., a irrepetibilidade das prestações espontaneamente entregues ao outro para ocorrer aos encargos financeiros emergentes dessa convivência ou, havendo acordo quanto à disciplina das suas relações patrimoniais, durante e após a cessação da união de facto, a vinculação e a sujeição à execução dos pactos semelhante jaez;” (2000, p. 14).

Não somos indiferentes ao facto de, na união de facto, não existir vínculo jurídico e que as “partes” assim se quiseram manter ainda que “se, não casados, vivem em condições *análogas às dos cônjuges*, não só as quantias com que cada um contribui para o recíproco sustento devem ser havidas como *obrigações naturais* — e, portanto, precisamente porque fundadas num dever de *ordem moral* (art. 402.º do CC) (...)” (Remédio Marques, 2000, pp. 58-59)”, sendo certo que nos termos do Direito da Família,

“(...) não existe um dever de o companheiro do progenitor sustentar o filho deste, nem o dever geral de contribuir para os encargos da vida familiar em que a criança se insere” (Vitor, 2016, p. 645).

Apesar da equiparação da união de facto ao casamento, sem negar as diferenças entre ambas, a verdade é que nos termos do art. 1576.º do Código Civil, o legislador enuncia sob a epígrafe das fontes das relações jurídicas familiares, o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção, deixando “de fora” as uniões de facto como fonte destas específicas relações jurídicas o que as deixa, apesar da equiparação, de fora de uma série de vicissitudes típicas daquela<sup>14</sup>.

Ainda que a equiparação não fosse uma novidade já que o Decreto-Lei n.º 70/2010, de 16 de Junho<sup>15</sup>, considera equiparada a afinidade, para efeitos do disposto no decreto-lei, a relação familiar resultante de situação de união de facto há mais de dois anos (no seu art. 4.º, n.º 4) mas, actualmente, “em face do art. 1756.º CCiv, que apenas considera relações de família as que resultam das “fontes” que estão aí mencionadas, temos entendido que a união de facto não é uma relação de família para a generalizada dos efeitos” (Pereira Coelho & de Oliveira, 2011, p. 59) e, atendendo às sucessivas alterações legislativas e medidas de protecção à união de facto, a verdade é que parece certo que o legislador não quis fazer essa extensão de aplicação do regime.

Por sua vez, “(...) o direito da segurança social

<sup>14</sup> A última alteração de derrubou mais uma barreira foi com a Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro que alterou o art. 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio (LUF) que passou a consignar, incluindo por casais do mesmo sexo, que “nos termos do atual regime de adoção, constante do livro IV, título IV, do Código Civil, é reconhecido a todas as pessoas que vivam em união de facto nos termos da presente lei o direito de adoção em condições análogas às previstas no artigo 1979.º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adoção por pessoas não casadas”.

<sup>15</sup> Diploma com sucessivas alterações, relativo a atribuição de prestações sociais.

<sup>13</sup> *In idem*.

acolhe o conceito de “agregado familiar”, de que faz parte a pessoa ligada por união de facto com o beneficiário” (Pereira Coelho & de Oliveira, 2011, p. 59) e como refere Paula Távora Vítor, “o direito da Segurança Familiar apoia-se numa presunção de normalidade: a de que existe uma comunidade de interesses e afectos e que, nessas circunstâncias, as pessoas que vivem em tais comunidades partilham recursos, de forma a extrair consequências jurídicas desse facto” (2016, p. 645), ou seja, aqui “(...) o fundamento já não é o estatuto familiar, mas a relação de facto ou, quando muito, um pseudo *satus familiae* inteiramente assente nesta materialidade” (2016, p. 645).

O que implica, de qualquer forma, uma abertura do conceito de agregado-familiar que resulta do presente diploma em que incluem os companheiros dos progenitores que com estes vivam em união de facto como integrantes do agregado familiar<sup>16</sup> atendendo à extensão da equiparação da relação de afinidade.

De qualquer forma e ainda que uma vez mais seja nosso entendimento que não estaria na mente do legislado de 77, nem com as alterações subsequentes ao Código Civil, a consagração de uma relação de afectividade como critério da constituição da obrigação a alimentos, a verdade é que temos que reconhecer, ainda que ao abrigo de uma afinidade familiar propriamente dita, passou a incluir-se a figura da madrasta ou padrasto que não tendo qualquer vínculo biológico com a criança, para além da implicação legal da afinidade, o pressuposto da normalidade familiar e a afectividade subjacente tenham constituído o fundamento da escolha pela posição “análoga” aos progenitores.

Mas há mais manifestações jurídicas que pare-

cem resultam da relação de afectividade.

Na LPCJR<sup>17</sup> encontram-se determinados “terceiros” que assumem a guarda de facto e tem direito a visitar a criança ou jovem na casa de acolhimento e a “periodicidade das visitas por parte da família ou das pessoas com quem a criança ou o jovem tenha especial ligação afectiva” quando do acordo de promoção e protecção relativo a medidas de colocação.

Constituindo-se para a criança ou jovem, nos termos do art. 58º, n.º 1 alínea a) da LPCJR o direito a “manter regularmente, e em condições de privacidade, contactos pessoais com a família e com pessoas com quem tenham especial relação afectiva (...)”.

Na Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro estabelecem-se igualmente afloramentos de “terceiros”, fora das relações familiares da criança. Desde logo têm legitimidade, sendo titulares da guarda de facto, de promover a iniciativa do apadrinhamento civil sendo que, havendo guarda de facto, o compromisso inclui necessariamente a identificação deste “terceiro”, bem como o regime de visitas, de pessoas, que podem não ser seus familiares mas que, nos termos da alínea e) do art. 16.º “(...) cujo contacto com a criança ou jovem deva ser preservado (...)”.

É certo que nestas situações, mais dramáticas, a criança ou jovem, atendendo ao objecto de cada um dos diplomas, possa estar mais despojada das relações familiares ou das relações de afecto que daquelas se presumiam resultar e, por isso, mais carente de afectos, sendo a sua projecção relacional canalizada para terceiros que tenham tomado, por um lado, as *démarches* para tomarem a sua guarda de facto, assumindo um papel mais próprio de um progenitor que, uma vez mais, atendendo à situa-

<sup>16</sup> Art. 4.º, n.º 1, al. b) do Decreto-Lei n.º 70/2010, de 13 de Maio.

<sup>17</sup> Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Risco, Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro.

ção de especial debilidade em que a criança ou jovem se encontra, canaliza para outrem as relações de afecto que, atendendo às circunstâncias de desamor da criança o legislador quis manter por ser, a mais das vezes, a única referencia que tem.

Mas, e uma vez mais, encontramos o legislador sensível à concreta situação relacional da criança, ou jovem, para encetar movimentos legais de protecção desse relação, porque essencial e no melhor interesse da criança.

Por outro lado, com a Lei n.º 137/2015, de 07 de setembro foram alteradas, entre outras disposições legais, o Código Civil passando o cônjuge ou unido de facto de qualquer um dos pais a ser o primeiro da ordem preferencial de pessoas<sup>18</sup> que, em caso de impossibilidade de um dos progenitores exercer as responsabilidades parentais e, quando o outro progenitor esteja impedido de o fazer, ou a filiação se encontrar estabelecida apenas quanto a um dos pais, cabe à madrasta ou padrasto o exercício dessas responsabilidades<sup>19</sup>. Aplicando-se o mesmo regime em caso de falecimento na designação de tutor para a criança<sup>20</sup>.

De facto, o legislador passou a “chamar” os “padrastos” ou “madrastas”, independentemente do vínculo matrimonial existente destes com o pai ou mãe do menor para, em determinadas circunstâncias exercerem as responsabilidades parentais em relação ao enteado (*ex vi* art. 1903.º do Código Civil) e a possibilidade de exercício conjunto das responsabilidades parentais entre o progenitor da criança e o seu cônjuge ou unido de facto, aditando, aquele diploma o art. 1904.º-A ao Código Civil

<sup>21</sup>.

O aludido diploma prevê ainda<sup>22</sup> que, nas situações de filiação estabelecida quanto a um dos pais, as responsabilidades parentais podem também ser atribuídas ao padrasto ou madrasta que as exercem em conjunto com aquele aplicando-se, neste caso, o regime de alimentos devidos ao filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, bem como o regime do exercício das responsabilidades parentais nos mesmos casos<sup>23</sup>, *i.e.*, quer o pai quer o seu cônjuge ou unido de facto, nessas circunstâncias, devem alimentos e exercem as responsabilidades parentais como se a filiação estivesse estabelecida em relação a ambos.

Como resulta da exposição de motivos<sup>24</sup> deu-se enfoque ao critério do superior interesse da criança para estabelecer um reforço da protecção do menor e da sua concreta estrutura familiar, singular e infungível.

De facto, o legislador mantém, o que é inegável, as relações biológicas ou adoptivas no exercício das responsabilidades parentais mas, atendendo à eleição da nova “categoria” de preferenciais a esse exercício, em detrimento da família dos pais, ou seja, os padrastos ou madrastas, assume as relações afectivas como primordiais na escolha em caso de impossibilidade dos pais, com o escopo de cumprir o efectivo interesse da criança.

Reconhecendo o *modus vivendi* da criança e as relações afectivas que esta cria com aqueles que as-

<sup>21</sup> Lei n.º 137/2015, de 07 de Setembro.

<sup>22</sup> Aditando o art. 1904.º-A ao Código Civil.

<sup>23</sup> *Vide* Arts. 1905.º e 1906.º do Código Civil.

<sup>24</sup> Disponível no sítio da internet <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d-546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a-4c31684a535339305a58683062334d76634770734e6a41334c56684a-5353356b62324d3d&fich=pjl607-XII.doc&Inline=true>

<sup>18</sup> As demais pessoas elegíveis são as pessoas da família de qualquer um dos pais.

<sup>19</sup> Art. 1903.º do Código Civil.

<sup>20</sup> Art. 1904.º do Código Civil.

sumem um papel tradicionalmente afecto aos pais, como essencial à criança, atendendo à tónica que coloca no critério do seu superior interesse, e ao seu desenvolvimento.

A família é cada vez mais, face à dinâmica das relações de afecto, constituída em relações emocionais, que podem não resultar dos laços de sangue. Como bem chama a atenção Clara Sottomayor “o factor mais relevante para a protecção jurídica da relação entre pais e filhos não deve ser o elemento genético, mas a assunção de uma responsabilidade plena pelo desenvolvimento da criança, desde o seu nascimento, sem interrupções ou intermitências” (2014, p. 317).

Por outro lado, e numa outra perspectiva, o direito da criança em manter a convivência com outros, que não os seus pais, não é nova.

O art. 1887.º-A do Código Civil determina o direito de convívio da criança com irmãos e avós (ou demais ascendentes). Nestes casos o Tribunal deve considerar as concretas vicissitudes da dinâmica familiar que lhe é levada mormente em prol dos interesses da criança, do seu sadio desenvolvimento.

Parece inegável, assim, que “o reconhecimento dos afectos, como fonte de relações parentais, tem vindo de forma crescente a assumir uma forte predominância nas relações de parentalidade. O afecto não resulta da biologia genética, nasce da partilha da convivência familiar e da troca de sentimentos” (Campos, 2015, p. 41).

Aliás, partindo deste pressuposto, e da susceptibilidade de ligação afectiva como a que resulta das relações de parentalidade, é que o legislador permite que um dos cônjuges ou companheiro adopte o enteado. O art. 1979.º, n.º 2 e art. 1980.º, n.º 1 alínea b) do Código Civil estabelecem especificamente a possibilidade de adopção do filho do cônjuge ou companheiro, pressupondo que da re-

lação existente a possibilidade de criação de vínculos afectivos próprios da filiação, como resulta do requisito geral do art. 1974.º do Código Civil, se estabeleçam atendendo à situação concreta da criança, do progenitor e do companheiro desta, *i.e.*, uma verdadeira família que, face às circunstâncias, o legislador reconhece.

Como é evidente esta possibilidade de adopção só é possível nas circunstâncias próprias e com o cumprimento dos requisitos legalmente impostos mas parece resultar claro que na especial relação criada entre padrastos e madrastas e o enteado há um caminho fértil, atendendo à dinâmica familiar e ao papel que aquele toma neste contexto familiar concreto, para o desenvolvimento de relações afectivas, essenciais à criança, ainda que não coincidam com a sua ascendência genética.

Dá desta forma o legislador assento legal e tutela a situações de facto que, extravasando uma orientação mais tradicional de família englobam realidades que são verdadeiras e “meras” relações afectivas em prol do superior interesse da criança e, em caso de impossibilidade de ambos os pais, seja preferencialmente elegível a madrasta ou padrasto da criança em detrimento de outro familiar.

A verdade é que esta preocupação do legislador e da relevância que estes terceiros assumem na vida das crianças tem também assento legal fora do Direito da Família.

A nosso ver a mais paradigmática está na existência destas relações de afecto, com a posição de Teresa Serra (2003, p. 124), quanto ao critério de qualificação do homicídio do artigo 132.º do Código Penal no seu n.º 2 alínea a).

Na construção do *leitbild* dos exemplos padrão, é a partir de cada uma das concretas circunstâncias agravantes exemplificadas que se retira a conduta valorativa, em que, como refere o ac. do STJ,

de 18-09-2006<sup>25</sup>, “a especial perversidade releva de um egoísmo abominável, assentando a decisão de matar em grande reprovação, deixando-se o agente motivar por factores desproporcionados, aumentando a intolerância colectiva ante o facto; a especial censurabilidade denota que o agente se não deixou vencer por factores que o deviam levar a abster-se de actuar, traduzindo um profundo desrespeito ante padrões axiológico-normativos preestabelecidos”.

Nos termos do art. 132.º do Código Penal o legislador usou um método de “(...) combinação de um critério generalizador, determinante de um especial tipo de culpa, com a técnica chamada dos exemplos-padrão” (Figueiredo Dias, 1999, p. 25).

Com a realização do homicídio, nos termos do art. 131.º, o art. 132.º, através do efeito padrão que indicia a especial censurabilidade ou perversidade, sendo necessário através do “(...) princípio da ponderação global do facto e do autor (...) o juiz antes de concluir pela existência de especial censurabilidade ou perversidade do agente, tem que verificar se não existem circunstâncias especiais no facto ou na pessoa do agente que possam atenuar substancialmente o conteúdo da ilicitude ou da culpa do facto, de tal modo que imponha uma revogação do efeito de indício” (Serra, 2003, pp. 67-68).

Da alínea a) do n.º 2 do art. 132.º do CP pode inferir-se um homicídio qualificado atípico atendendo a esta ideia condutora agravante que conduz o intérprete sendo um crime atípico no “(...) caso do enteado não adoptado morto pelo padrasto ou vice-versa (...). (...) é possível afirmar que tem estrutura valorativa correspondente — e, nessa medida, idêntica — ao *Leitbild* do exemplo-padrão

previsto na alínea a) do n.º 2 do art. 132.º. Na verdade, aí estamos perante uma circunstância em que a ideia condutora agravante é idêntica à do parentesco na linha do ascendente ou descendente.” (Serra, 2003, p. 74).

Assim se conclui que a “(...) a enumeração aí feita das circunstâncias susceptíveis de revelar a especial censurabilidade ou perversidade aludida no n.º 1 não é taxativa, mas exemplificativa (...)” (Maia Gonçalves, 2005, pp. 474-475) sendo considerado homicídio qualificado atípico aquele que seja perpetrado pelo enteado/a ou padrasto/ madrastra qual do mesmo revele a especial censurabilidade ou perversidade que a norma exige.

Por tudo isto, e ainda que de forma não unitária na ordem jurídica — e para além das fronteiras do Direito da Família — o legislador foi dando assento legal a manifestações jurídicas de relações afectivas resultantes de puras situações de facto mas que, pela natureza das coisas, se impõe, em alguma medida tutela jurídica.

E é neste ponto que estamos, ou seja, se as relações de facto entre madrastas ou padrastos e enteados podem, pelas relações afectivas que lhe subjazem, ter (alguma) tutela jurídica. Rui Medeiros, no comentário ao art. 36.º da CRP refere que “(...) num Estado democrático, o sentido da Constituição não se pode fechar à sociedade e não deve ignorar as concepções que, numa sociedade aberta e democrática, vão logrando impor-se ao longo dos tempos” (Miranda & Medeiros, 2005, p. 41).

Assim, conclui que “o que está me causa é tão-somente o reconhecimento de que, num entendimento dinâmico da Constituição e num sistema aberto de interpretação, o artigo 36.º, n.º 1, não exclui outras realidades, para além da família conjugal e da família constituída por pais e filhos (ainda que adoptivos), possam ser qualificadas, à luz da

<sup>25</sup> Disponível para consulta no [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Constituição, como realidades familiares e beneficiar, em alguma medida de protecção legal” (Miranda & Medeiros, 2005, p. 401)<sup>26</sup>.

Mas, ainda que da lei resultem algumas manifestações de “evolução” no sentido de aferir das relações “(para-)familiares” da criança como sendo as que são relevantes na sua vida e do paradigma que, para concreta família resulta, incluindo algumas manifestações relativas aos padrastos e madrastas que, de facto, podem ter papel ativo no desenvolvimento do menor, numa estrita relação afectiva, tradicionalmente prevista nas relações de parentesco (ou afinidade) mas que, face às novas relações “(para-)familiares” podem ser absolutamente distintas o que deve ser considerada em prol, sobretudo, nos interesse da criança, o seu desenvolvimento e bem-estar, impondo-se protecção daquelas em coexistência com estas, numa necessidade de ponderação e equilíbrio entre as relações de parentesco e as (meramente) afectivas sem que, nenhuma, afaste, irremediavelmente a outra.

Como refere Silvia Haya, “esta relação resulta de ambos os cônjuges providenciarem pelas necessidades morais e materiais da criança, a «child of the family», comportando-se como pais aos olhos da comunidade” (2009, p. 47) e, sobretudo, aos olhos da criança que identifica relações de afecto, em situações de facto que, pelos motivos descritos, se impõem como objecto de tutela em prol do seu interesse, mormente ao nível da manutenção de uma subsequente estrutura relacional.

Deste ponto de partida se coloca a questão, pode ou deve o legislador atribuir efeitos jurídicos a esta situação de facto? Mormente considerando um eventual conflito com a “família natural”? E sem desconsiderar que não existe qualquer assunção de

responsabilização que posso impor qualquer dever jurídico a estas pessoas?

### 3. A Família na Jurisprudência do TEDH

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem tido um papel activo na (re)definição do conceito de família e, conseqüentemente das relações familiares e o que se deve entender por estas, ou melhor, a definição actualista do conceito em constante mutação.

De facto, “o TEDH teve influência decisiva na criação, construção e sedimentação de um acervo de valores que constituem hoje património comum de uma «sociedade europeia de tribunais» (Gaspar, 2009, p. 38) constituindo uma fonte interpretativa, para além das decisões concretas.

No que diz respeito ao art. 8.º a CEDH “o conceito de «família» utilizado da disposição concentra-se principalmente entre pais e filhos, pelo menos num contexto ocidental. O Comité de Direitos Humanos afirma que o termo «família» deve ser compreendido em sentido lato, e que não se refere apenas à família de casa durante o casamento ou coabitação, mas também para as relações em geral entre pais e filhos” (Hostmaelingen, 2016, p. 70) sendo que os novos afloramentos relacionais que podem constituir, de facto, uma família terão cabimento no preceito legal.

Esta posição ficou vertida em diversas decisões do Tribunal.

No caso SÖDERBÄCK v. SWEDEN<sup>27</sup> o Tribunal pronunciou-se sobre a adopção de uma criança, pelo marido da mãe, sem o consentimento do pai

129

<sup>26</sup> Ainda que o enfoque da temática se colocasse em relação às uniões de facto.

<sup>27</sup> Application n.º 24484/94 de 28 de Outubro de 1998 (113/1997/897/1109) disponível no sítio da internet <http://hudoc.echr.coe.int/eng/#%7B%22appno%22:%5B%2224484/94%22%7D> (consultado a 29 de maio de 2017).

biológico, ou seja, a adopção do filho pelo padrasto.

O Tribunal centrou a sua atenção no art. 8.º da CEDH avaliando se a adopção, sem o consentimento do pai, interferiria no direito pelo respeito da vida familiar já que implica, necessariamente, que o pai biológico fique totalmente privado do contacto com a filha.

O Tribunal analisando a concreta situação relacional da criança e de todos os interesses em conflito optou pela preponderância do melhor interesse da criança<sup>28</sup> que exigia a manutenção da decisão doméstica.

Por seu turno no caso X AND OTHERS v. AUSTRIA<sup>29</sup> foi apreciado reconhecimento da família de facto mas, desta feita, em relação a um casal de lésbicas.

A criança, filha de um dos membros do casal teve um filho com terceiro a quem a paternidade foi reconhecida ainda que a mãe fosse a única com a guarda da criança que era criada, e assim foi durante os 5 anos, em comum por ambas, numa relação estável.

Em causa estava a adopção da criança pela segunda mulher, sem autorização do pai biológico, o que foi negado pelo Estado que, ainda que permitisse adopção pelo cônjuge não o permitia a homossexuais já que, segundo assumiu, a adopção teria como escopo a construção de uma relação análoga à relação biológica com o escopo de recriar a família tradicional.

O argumento usado pelo casal da existência de uma família de facto, ainda que com um casal do mesmo sexo, importa o seu reconhecimento e protecção, tendo o Tribunal observado que “(...) in contrast to individual adoption or joint adoption,

which are usually aimed at creating a relationship with a child previously unrelated to the adopter, second-parent adoption serves to confer rights *vis-à-vis* the child on the partner of one of the child’s parents”<sup>30</sup>.

Em todas as decisões sumariamente indicadas uma coisa parece certa, em matéria de relações familiares, o enfoque do Tribunal está no interesse da criança, ainda que o mesmo encontre expressão em situações de facto, que não sendo relações jurídicas é naquelas que a mesma se projecta e se cumpre, merecendo, portanto, tutela, em detrimento de direitos ou interesses de outrem.

#### 4. O superior interesse da criança e a protecção do *Modus Vivendi*

A nível internacional a Declaração dos Direitos da Criança<sup>31</sup> proclama “(...) uma infância feliz e ao gozo, para bem da criança e da sociedade, dos direitos e liberdades aqui estabelecidos e com vista a chamar a atenção dos pais, enquanto homens e mulheres, das organizações voluntárias, autoridades locais e Governos nacionais, para o reconhecimento dos direitos e para a necessidade de se empenharem na respectiva aplicação (...)”.

Por sua vez, a Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>32</sup>, no seu preâmbulo, estipula que a criança, “(...) para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão”.

A Convenção acolheu, como resulta, desde logo, do seu art. 3.º, n.º 1, o interesse superior da criança como princípio norteador na tomada de decisões relativas à sua vida, mas sem nunca o definir.

<sup>30</sup> P. 33.

<sup>31</sup> Proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 1386 (XIV), de 20 de Novembro de 1959.

<sup>32</sup> Adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e, 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990.

<sup>28</sup> P. 9 da decisão *in idem*.

<sup>29</sup> Application n.º 19010/07 de 19 de fevereiro de 2013 disponível no sítio da internet <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22application%22%3A%2219010/07%22%7D> (consultado em 29 de maio de 2017).

E, no mesmo sentido a Convenção de Haia relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de responsabilidades parentais<sup>33</sup> prevê como critério de salvaguarda a considerar os “interesses da criança”.

Também a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças<sup>34</sup>, aberta à assinatura em Estrasburgo em 25 de Janeiro de 1996 e que Portugal assinou em 6 de Março de 1997 também preve o critério não se comprometer com uma definição.

Sendo que resulta a especial preocupação de sempre que possível, atendendo à maturidade da criança, ainda que assessorada, deixá-la exercer pessoalmente o direito, ser informada de matéria relevante e das consequências das suas decisões, como de exprimir as suas opiniões nas tomadas de decisões sobre a sua vida.

Assim, o interesse da criança é o núcleo duro que o legislador estabelece como o denominador intransponível nas decisões relativas à vida de uma criança sendo o pressuposto de qualquer decisão, e integrar tendo em conta a sua vida, os seus interesses e as consequências das opções e decisões, tendo em conta o seu desenvolvimento, identidade e dignidade.

Na iniciativa legislativa para alteração do regime jurídico das responsabilidades parentais com o projecto de Lei n.º 607/XIII/3.<sup>a</sup> resulta claro que o critério que presidiu a tomada de posição foi o superior interesse da criança, mantendo, em primeira linha os progenitores mas “(...) também àqueles que no dia-a-dia com ela constroem laços

de afetividade, a protegem e contribuem para o seu crescimento e desenvolvimento sãos e normais, nos planos físico, intelectual, moral e social”. (...) É certo que, na ausência de um dos progenitores, o menor mantém a protecção do outro progenitor. Mas nada deverá impedir que este a possa partilhar com quem já também exerce de facto uma tutela sobre o menor e contribui para o seu são desenvolvimento”<sup>35</sup>.

A idade das crianças, a sua maturidade e desenvolvimento, porque não estereotipáveis, importam que cada criança seja um todo em desenvolvimento com necessidades não comparáveis com outrem da mesma idade, para além da “sua” concreta realidade e inserção social, cultural e concreta realidade familiar.

O momento de desenvolvimento da personalidade faz com que este grupo seja especialmente dinâmico e cada indivíduo se apresente com necessidades tão específicas que não sejam susceptíveis de tratamento homogéneo<sup>36</sup>, mormente considerando que a estrutura familiar destas possa ser díspar das demais o que a torna única e, portanto, deva ser preservada se for o caso.

Esta situação ganha particular acuidade atendendo à necessidade de protecção da criança e da infância pelo que as decisões que se tomam, por esta, em tenra idade, influenciam, directamente, o seu desenvolvimento, formação de personalidade e a própria identidade não podendo contar, razoavelmente, com todas as opiniões que ela exprima para a sua vida, atendendo à maturidade e à própria exposição à informação, o que nem sempre será fácil de discernir.

<sup>33</sup> Portugal procedeu ao depósito do seu instrumento de aprovação à Convenção da Haia de 19 de Outubro de 1996, que entrou em vigor, para Portugal, no dia 1 de Agosto de 2011.

<sup>34</sup> Ratificada por Portugal pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27 de janeiro.

<sup>35</sup> *Idem*.

<sup>36</sup> Estamos a referir-nos, como é evidente, a soluções e decisões que se impõem que sejam tomadas na sua vida quando se verifica uma alteração do *status quo* e não aos direitos que a todas as crianças são garantidos e que incumbe ao Estado implementar.

Como parece resultar claro esta é uma matéria que se apresenta multidisciplinar, mormente de técnicos que, por um lado, avaliam a capacidade da criança, desde logo, ser destinatária de informações em litígio e que se relacionem com a sua vida e daqueles que, por regra, mais ama e tem como referências, os seus pilares mais seguros, os pais com quem vai passar a relacionar-se de forma distintas, pelo menos, de forma alternada. E, por outro lado, sendo informada de matéria relevante sobre a sua vida, a suscetibilidade de emitir opiniões sobre a mesma, o que nem sempre é possível, depende da maturidade e discernimento da criança e, por outro, considerar estas opiniões e aferir se a criança é capaz de perceber as reais consequências das opções que toma.

De entre todas as consequências uma das que maior impacto terá na criança, atendendo a uma alteração do seu paradigma de vida, diz respeito à convivência com os seus familiares que passa, pelo menos, a ser alternada.

Mas, se quanto a estes há um assento legal, a verdade é que pode manifestar-se a existência de uma série de pessoas de referência para a criança, com quem tem relações afectivas que, como nos progenitores se presume, podem não coincidir com qualquer vínculo de sangue ou adopção.

Sendo estes terceiros nas relações de família da criança e, portanto, estripados do contacto com estes e sem tutela legal para se manterem, em prol do superior interesse daquela criança, na vida desta e na sua convivência, exactamente com o mesmo escopo que norteia o legislador a assegurar o direito à convivência com os progenitores, irmãos e ascendentes ou, pelo contrário, sempre que se justifique, em prol do mesmo interesse, afastar a criança do convívio, mormente dos progenitores.

O legislador, ainda que não para o efeito con-

signado da convivência consagrou “terceiros” que não tendo vínculo familiar com a criança são, em determinadas soluções legais chamados.

Com as alterações à Lei do divórcio<sup>37</sup> o legislador, na exposição de motivos no respectivo projecto de Lei 509/X<sup>38</sup> refere que “(...) a modernidade assenta na ideia transformadora da capacidade de cada indivíduo e na procura da realização pessoal traduzidas, no plano do casamento, na valorização das relações afectivas em detrimento das imposições institucionais e na aposta no bem-estar individual como condição necessária para o bem-estar familiar”.

Sendo que, ao nível das relações com os filhos resulta claro da exposição de motivos que “(...) os direitos das crianças e os deveres dos pais, e assumindo a realidade da diferenciação clara entre relação conjugal e relação parental, o exercício das responsabilidades parentais deve ser estipulado de forma a que a criança possa manter relações afectivas profundas com o pai e com a mãe, bem como ser o alvo de cuidados e protecção por parte de ambos em ordem à salvaguarda do seu superior interesse (...)”.

É inegável que estamos a dissertar no âmbito da exposição motivos que alterou a lei do divórcio mas não podemos, já que resulta claro, desconsiderar que o legislador assume as relações afectivas da criança como essenciais. Evidentemente que as faz coincidir com as relações derivadas com os progenitores, *i.e.*, há uma relação entre a relação da criança com os pais e as relações de afetividade que aquelas, paradigmaticamente, dão causa, este é

<sup>37</sup> Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

<sup>38</sup> Disponível no sítio da internet <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d-546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a-4c316776644756346447397a4c334271624455774f5331594c6d-527659773d3d&fich=plj509-X.doc&Inline=true>

o pressuposto do legislador, que parte da premissa que ambas coincidem.

Mas, por um lado podem não coincidir e, por outro, não é um dado adquirido que a criança possa criar laços de afectividade, próprios do vínculo biológico, com outrem que não seja o seu progenitor, coincidindo temporalmente entre si no seio de uma família recomposta, criando para a criança uma situação familiar complexa, mas concreta, a “sua” família, que no seu, e para o seu, desenvolvimento, são essenciais e, em caso de ruptura conjugal ou separação de facto do progenitor com a sua madrasta ou padrasto, fica desarraigada sem susceptibilidade, para além das situações referidas manter convivência numa perspectiva de unidade familiar, “a” concreta unidade familiar, ligada pelos mesmos laços afectivos que o legislador, fazendo coincidir com as relações de sangue ou de adopção, reconhece como essenciais que a criança mantenha, ainda que não coincidente, ou não só, com quem se liga por sangue ou adopção.

A exacerbada ligação à letra da lei face a realidade novas e complexas que o legislador não acompanha, ou ainda não teve oportunidade de fazer, não deve ser o mote para não dar cumprimento, casuisticamente, os interesses da criança.

Na aludida exposição de motivos<sup>39</sup> é o próprio legislador que dá enfoque ao “(...) processo da sentimentalização basta analisar diacronicamente as práticas da vida conjugal e familiar nas últimas décadas para inevitavelmente concluir que os afectos estão no centro da relação conjugal e na relação pais-filhos. Não excluindo a existência de outras dimensões importantes da conjugalidade e da vida

familiar, como a dimensão contratual, a económica e a patrimonial, que obviamente também é necessário ter em consideração, é no entanto inegável ser a dimensão afectiva o núcleo fundador e central da vida conjugal. Quanto às relações familiares entre pais e filhos foi ficando cada vez mais claro que o bem-estar psico-emocional dos últimos passou a estar em primeiro plano”.

Há assim uma materialização, o que deve ser reconhecido em prol do interesse da criança e o seu sadio desenvolvimento, de diversas relações familiares, admissíveis num enquadramento constitucional aberto e dinâmico como é o nosso, em que se pode configurar que diversas pessoas ou membros “desta” família assumam papéis distintos, tradicionalmente entregues aos pais.

A decisão sobre uma convivência posterior a um divórcio ou separação do progenitor da madrasta ou padrasto afigura-se complexa, atendendo ao feixe relacional múltiplo existente configurando-se esta apreciação de carácter técnico, sobretudo psicológico, face àquilo que se deve considerar como, de entre as diversas opções, o melhor para a criança que, no limite deve ser decidido pelo tribunal, sem os grilhões da lei, para atender às concretas vicissitudes “daquela” família e às necessidades que cumpre suprir, mormente as da criança em situação de ruptura do progenitor com a madrasta ou padrasto com quem não tem, nos termos da lei, direito ao convívio.

Sendo certo que o legislador vai estabelecendo afloramentos desta ligação mas que, ainda que reconhecendo as especiais relações de afectividade, a verdade biológica tem presidido à tomada de soluções legais em detrimento de qualquer outro vínculo, mormente afectivo.

Assim, ainda as relações familiares, jurídicas ou de facto, e as respectivas formas de tutela tenham maioritariamente subjacente um critério biologista, a

<sup>39</sup> Disponível no sítio da internet <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d-546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a-4c316776644756346447397a4c334271624455774f5331594c6d-527659773d3d&fich=pjl509-X.doc&Inline=true>

verdade é que o critério do superior interesse da criança dá ao interprete e ao julgador o carácter dinâmico e flexível que a concreta família e a tutela das relações desta exige em caso de separação.

Ainda que não resulte definido nos termos da lei o que significa o “interesse da criança” ficando a cargo da jurisprudência e doutrina a fixação do seu conteúdo a verdade é que, desta forma, permite-se dar-lhe um conteúdo infungível, face às características do caso concreto, dinâmico e que abarque todas as realidades que a moderna sociedade e a diversidade de relações sociais que por esta foram potenciadas, e que afectam a configuração do que se entende por relações familiares. Podendo, desta forma, o julgador, na sua apreciação casuística integrar o conceito face à concreta realidade da criança o que na sua vida, se assumem como relações afectivas tipicamente próprias das relações parentais (ou de adopção) que, como se evidencia, podem não ser coincidentes.

Aliás, com este escopo em mente o legislador com a Lei n.º 24/2017, de 24 de maio veio alterar novamente, entre outros diplomas, o Código Civil, aditando o art. 1906.º-A que regula as responsabilidades parentais no âmbito de crimes de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar.

De facto o legislador veio dar resposta a situações de contexto de violência doméstica e à manutenção do exercício comum das responsabilidades parentais, colocando, uma vez mais o critério nos interesses do filho.

Sendo que, nos termos do preceito, o julgador pode considerar contrário aos interesses da criança o exercício comum das responsabilidades parentais quando for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contactos entre os progenitores ou quando estiverem em grave risco

os direitos e a segurança das vítimas de violência doméstica ou outras formas de violência em contexto familiar, nomeadamente maus tratos ou abuso sexual das crianças.

Desconsiderando a manutenção da relação de convivência em prol dos interesses da criança nos casos descritos.

Tendo como consequência que, em qualquer caso das situações descritas, não é admissível o recurso à audição técnica especializada e à mediação e impõe ao Ministério Público o dever de requerer, quando conhecedor de qualquer uma das situações descritas, no prazo de 48 horas a regulação ou alteração do exercício das responsabilidades parentais<sup>40</sup>.

Como parece resultar claro, o legislador quis estabelecer um regime de regulação ou alteração urgente do exercício em comum, nos termos do art. 1906.º do Código Civil, das responsabilidades parentais sendo este preceito, mormente com as alterações ao Regime Geral do Processo Tutelar Cível, conferindo uma tramitação urgente na avaliação dos interesses criança quanto à manutenção comum daquele exercício esclarecendo ao julgador que as circunstâncias agora expressamente revistas nas alíneas a) e b) do art. 1906.º-A podem configurar-se contrárias aos interesses do filho.

Assim, é possível defender que uma criança tenha algum direito de convivência com o padrasto ou madrasta após a separação do progenitor?

Para além dos sinais dados pelas decisões do TEDH, um Tribunal Americano, no caso *Schaffer versus Schaffer*, apreciando um pedido de um padrasto, sem vínculo de sangue com o enteado, a um direito de visitas acabou por concedê-lo, após a separação da companheira e mãe da criança, aten-

<sup>40</sup> Levando à alteração do Regime Geral do Processo Tutelar Cível aditando-se os arts. 24.º-A e 44.º-A.

dendo a que foi em relação ao padrasto que se evidenciava a relação de cuidado e afecto nos primeiros anos de vida da criança (Court Of Appeals, 2009)<sup>41</sup> a alteração da relação da criança com o “pai não biológico” não era no melhor interesse da criança.

Também nos Estados Unidos, o Tribunal do Arkansas analisou o caso de um casal do mesmo sexo que, tendo decidido ter um filho, recorreu à inseminação artificial. A progenitora biológica “suportou” a gravidez com recurso a doador de esperma anónimo tendo, após a separação do casal acabado por proibir o contacto da filha com a ex-companheira considerando, desde logo que a *in loco parentis* constituía uma forma de “invasão” na relação biológica considerada como a “(...) parent’s fundamental right to make decisions for her child (...)” (Solomon, 2012, p. 698).

O Tribunal analisou a prova relativa à relação e laços criados entre Jones (a ex-companheira da mãe) e a criança e considerando que aquela actuou, durante a convivência do casal, como mãe (aliás, como uma *stay-at-home mom* como foi adjectivada), sendo assim tratada pela criança, o que resultou da perspectiva de vida que ambas haviam delineado durante a convivência que mantiveram fazendo disso o seu projecto de vida que, entretanto havia terminado, incluindo na decisão da Bethany (a mãe biológica) engravidar com recurso a técnica de doação de espermatozoides, durante os 3 anos em que viveram todos juntos até à separação. O Tribunal concluiu que em causa estava uma decisão que pudesse dar conteúdo útil ao superior interesse da criança acabando por decidir que “(...) that it was in the best interest of the child for Jones to have visitation rights. In doing so, the court con-

centrated on the evidence regarding Jones’s care for the child, the parent-child relationship formed between Jones and the child, and the child’s relationship with Jones’s family” (Solomon, 2012, pp. 703-704).

A *in loco parentis* coloca-se assim numa eventual situação de conflito com os progenitores biológicos da criança e dar origem a um complexo e intrincado feixe relacional.

Mas o Tribunal Americano baseou-se largamente, no caso *Robinson v. Ford-Robinson*, em que foi garantido o direito de visitas da madrasta ao enteado, após a separação do pai biológico e com a oposição deste, dando relevo à doutrina *in loco parentis* considerando que “(...) focused on the fact that the stepmother was the only mother that the stepson had ever known, the stepson did not know she was not his birth mother until first grade, the stepmother served as the stepson’s mother for six years, her stepson referred to her as mommy, and the stepmother referred to herself as the stepson’s mother” (Solomon, 2012, p. 713).

O Supremo Tribunal da Pennsylvania colocou o enfoque na necessidade de determinar quem estaria na posição de *in loco parentis* já que, tal como Bethany fez no Tribunal do Arkansas, no seu recurso no processo *supra* referido, esta doutrina daria azo a que qualquer terceiro, como as babysitter, ama, namorados, se intrometesse na relação biológica, reivindicando direitos de visitas.

A *de facto parent* não é “qualquer terceiro”. De facto não existe relação biológica com a criança mas é um terceiro que assume a responsabilidade pelo projecto educativo da criança, ainda que sem obrigação jurídica efectiva, participando na vida da criança e sendo vista por esta como um “pai” ou “mãe” de facto, num verdadeiro paralelismo com o paradigma dos pais biológicos, assim também sendo vistos pela

<sup>41</sup> A mãe da criança havia solicitado que fosse terminado o contato entre ambos após um teste de ADN ter confirmado, já a criança tinha 6 anos, que o padrasto afinal, não era, o pai biológico da criança.

sociedade como alguém que participa no dia-a-dia da criança, na sua educação, necessidades e desenvolvimento (Barfield, 2014, pp. 287-288).

Considerou este Tribunal da Pennsylvania que as pessoas que se colocavam na *in loco parentis* eram as que assumiam “(...) the role of a co-parent and the individual shared day-to-day child-rearing responsibilities with the biological parent.” (Solomon, 2012, p. 715).

Sendo assim impossível que “qualquer terceiro” conseguisse colocar-se em posição tal que pudesse reivindicar qualquer direito a visitar a criança em caso de separação já que, este terceiro tem que ser e assumir-se como um terceiro de referência para a criança sendo capaz de demonstrar que assume, ainda que sendo uma obrigação moral ou social ou, no máximo natural, as responsabilidades próprias de um progenitor, ainda que sem qualquer fonte de relações jurídicas familiares já que se impõe uma ligação relacional “reciprocal, enduring, emotional, and physical affiliation between a child and a caregiver”. (Solomon, 2012, p. 718).

O paradigma da vida familiar, assente em laços genéticos nomeadamente mudou e com ele mudou o enfoque da protecção dada a outrem que não é um dador de material genético mas que, neste novo paradigma de família, assume o papel anteriormente assumido pelo progenitor, com a mesma assunção obrigacional ainda que não tenha relevância jurídica.

Estas novas realidades familiares, com sucessão de relações, com manutenção de vínculos anteriores e a constituição de novas situações familiares, de facto mormente, implica que necessariamente as relações biológicas ou de adopção deixem de ser, pelo menos, o único critério de determinação de relações familiares-afectivas.

Quem contribui com o material genético pode não ser quem assume a posição de efectivo “pai”

ou “mãe”, se a identidade genética pode ser determinante e um verdadeiro direito de construção de identidade pessoal, as relações afectivas, da família de facto também o são, ou podem ser.

E se assim é, e encontramos nestas relações de facto um terceiro de referência que, ainda que sem vínculo jurídico, assume a responsabilidade própria dos pais e o “encargo” do desenvolvimento do projecto educativo da criança, dando causa a uma relação familiar afectiva de facto. Este paradigma familiar, e a sua cessação, apresenta-se como um desafio na construção de novas formas de tutela destas relações familiares que o superior interesse da criança impõe para um desenvolvimento e crescimento saudáveis.

Estas relações, na medida da sua influência na criança são altamente complexas e dependem de diversos factores, o que impõe um acompanhamento multidisciplinar para determinar, mormente em crianças de tenra idade sem maturidade para tomar decisões ou perceber as consequências das mesmas e não depende de si a manutenção de relações, tornam cada situação uma situação única com grande dificuldade em determinar padrões generalizáveis.

Mas, o que é certo é que, sendo cada caso um caso, nesta situação as opções do legislador e a decisão do julgador não influenciam “só” uma vicissitude da vida das pessoas mas sim a “construção” da própria pessoa mormente considerando que as *stepfamilies* resultam de inter-relações dos membros deste agregado e que complica a regulação destes múltiplos e paralelos feixes familiares (Thorsen & King, 2016, p. 836).

Em todos os afloramentos possíveis em causa está sempre o normal desenvolvimento da vida da criança e as estruturas familiares e relacionais que conhece e lhe são importantes.

Mormente considerando que, para a criança, o afastamento de terceiros de referência, sem que

perceba a quebra relacional, pode dar causa a situações de sensação de abandono, 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 cuidado, dever este que o legislador ordinário, implicitamente, incluiu nas diversas normas que disciplinam essa relação” (Mello, 2014, p. 44).

Em causa está a família, seja qual o conceito que se use, enquanto centro de desenvolvimento da personalidade da criança e projecção das suas estruturas de referência, “(...) funcionando como um sistema de referências internas, baseado no compromisso privado, cada vez mais imune a interferências externas reguladoras dos ordenamentos tradicionais. O aumento exponencial do número de divórcios trouxe consigo um número simultaneamente crescente de famílias monoparentais e de crianças que passaram a viver com os novos cônjuges ou companheiros dos seus pais” (Mariano, 2013, p. 28).

A importância da identidade biológica é fácil de alcançar, projectando um direito ao conhecimento da identidade genética mas isso não é suficiente, já que o desenvolvimento da identidade se projecta em mais do que a ascendência e, por isso, a importância do reconhecimento de direitos em função de outros interesses ou valores constitucionalmente tutelados.

Já Guilherme de Oliveira, numa avisada chamada de atenção, referia que já com as alterações de 2008 o legislador devia ter encontrado uma solução para as chamadas famílias recombinadas, em que “estas pessoas, embora estejam presentes no quotidiano das crianças e, portanto, desempenham papéis fundamentais no cuidado destas, não são alvo de consideração jurídica nos sistemas de muitos países” (Oliveira, 2010, p. 26).

O critério do superior interesse da criança é o determinante para concluir se se devem manter nas suas relações quem, objectivamente cumpre as ligações afectivas e o projecto educativo, no dia-a-dia da criança, e “manter o estatuto de pai a um progenitor biológico que não assumiu os seus deveres, com base no argumento biologista, é fazer prevalecer o interesse do adulto sobre o da criança, em sentido contrário à lei e à jurisprudência” (Sotomayor M. C., 2016).

Alias, se é por “força da consideração do interesse do neto que o direito dos avós é classificado direito como potencial e abstracto. Será a avaliação do interesse daquele, pelos pais (e/ou pelo tribunal), atentas as circunstâncias de cada caso, e o juízo de conformidade de tal interesse com as relações pessoais com os avós, que converterá o direito destes em definitivo e concreto até nova ponderação” (Martins & Vítor, 2010, p. 74), é o mesmo princípio que subjaz ao direito de convivência dos enteados com os seus padrasto ou madrastra, “o direito ao respeito da vida familiar exige, obviamente, uma «família»; definir esta noção de uma forma abrangente revela-se extremamente difícil numa sociedade em mutação, pelo que os órgãos da Convenção preferem uma aproximação prática baseada na exigência de laços biológicos e afectivos entre as pessoas que se apresentam como uma família, mesmo que se encontrem separadas” (Barreto, 2010, p. 240).

O enfoque das decisões em manter o contacto da criança com terceiros de referência é o superior interesse da criança, reconhecendo-lhe “(...) um estatuto de cidadania social, em virtude da consciência crescente das características e especificidades próprias da infância (...)” (Martins, 2013, p. 298).

Do melhor interesse da criança resultará uma componente “(...) marcadamente cultural e temporal, fortemente marcada por um sistema de re-

apresentações sobre a criança”. Devendo ser “(...) preenchido recorrendo a juízos de valor e de experiência que, em face do caso concreto, determinam a solução”. (Martins, 2013, p. 306)

Sendo que “o TEDH já entendeu, é certo, que o «conceito de ‘vida familiar’ visado pelo artigo 8.º (da CEDH) não se cinge às famílias fundadas no casamento», podendo «englobar outras relações de facto», «outros ‘laços familiares’ de facto», nomeadamente «quando as pessoas coabitam à margem do casamento»<sup>42</sup> considerando que há relações de afecto em que os sujeitos, sobretudo a criança quer manter, que “(...) apesar da transição da “grande família” para a “família nuclear”, a proximidade residencial de alguns parentes e afins continua a ser fundamental para o governo da vida familiar e o apoio às mulheres que desempenhem actividades profissionais” (Tomé, 2004, p. 51).

Mas não parece ser possível negar que hoje se assiste “(...) a um discurso que retira legitimidade a um tipo de intervenção do Direito na Família que pressuponha algum modelo de relações familiares; a lei — diz-se — deve limitar-se a refletir a realidade social; e a realidade, hoje - afirma-se — é a de que não há modelos Família, de que o essencial são as relações afectivas independentemente da forma jurídica que assumam” (Xavier, 2002, p. 1394).

Assim, tal qual nesta situação, a relação e a manutenção entre padrastos e madrastas e respectivos enteados se pode impor, em prol do desenvolvimento da personalidade e superior interesse da

criança que se impõe como escopo último a atingir mantendo terceiros de referência na sua vida e ainda que crie uma intrincada teia relacional a mesma é assumida e tem que ser gerida de acordo com o superior interesse da criança em detrimento dos interesses de terceiros.

## 5. Conclusões

As relações de afecto que estão subjacentes às relações familiares encontram-se, cada vez mais em movimento de expansão para realidades que não sendo as tradicionais certo é que são fonte das estruturas necessárias ao equilibrado desenvolvimento da personalidade e identidade das crianças nas suas mais variadas vertentes.

Considerando a existência destas relações complexas, a “*blended family*”, permite incluir dentro do sistema familiar um conjunto de relações que estavam suspensas com o uso do termo família reconstituída. Deste modo, a relação criança — pai/ mãe sem guarda parental, a relação entre ex-cônjuges, a relação entre primeiro marido/ companheiro e segundo, a relação criança- segundo companheiro do pai/mãe sem guarda parental, a relação da criança com os filhos biológicos do padrasto/ madrasta que não vivem consigo, entre outras, passam também a fazer parte integrante da análise da situação de recomposição familiar após divórcio” (Ferreira, 2011, pp. 86-87).

O legislador parece ser cauteloso na harmonização de regulamentação de relações de facto dando primazia ao compromisso da família *natural* mas, a verdade é que a constatação de que o superior interesse da criança constitui o critério e fundamento para a atribuição das responsabilidades parentais, em primeira linha, aos progenitores, mas também a manutenção de relações com quem ela construiu laços de afectividade, a protegeu e con-

<sup>42</sup> Salter Cid é um crítico quanto à equiparação das uniões de facto ao casamento referindo que “o nosso legislador mostrou-se consciente de que o respeito pela liberdade do consentimento matrimonial, pelo «direito de não contrair casamento», impede se cometa a suma maldade de casar por decreto quem não manifesta a vontade de se casar: aquela vontade que «importa aceitação de todos os efeitos do matrimónio»; e, apercebeu-se certamente de que, além de atentado ao casamento-instituição, impor um qualquer casamento subalterno teria sido uma questão de máscara e de grau de violação do aludido direito” (2005, p. 786).

tribui para o seu crescimento e desenvolvimento sadio, nos planos físico, intelectual, moral e social.

Mas que tutela, se é que deve ser assegurada, ao padrasto ou madrasta em caso de dissolução da *família reconstituída*?

Não havendo relação jurídica é imperioso estabelecer critérios mínimos para reconhecimento de uma situação de facto que cumpra os laços afectivos que componham a relação familiar e, sobretudo, que se mostrem consentâneos com um projecto educativo da criança em consonância com o seu superior interesse sendo “la familia reconstituída es una unidad que realiza las funciones atribuídas al grupo familiar y muchos de los afectos que de ella derivan se asemejan a los que produce la plena pertinência a una familia” (Haya, 2009, p. 25).

Foi o Reino Unido que levou mais longe o reconhecimento legal das novas figuras parentais com a introdução do *Children Act*, em 1989 podendo reconhecer-se a tutela da pluriparentalidade mas estas, e os direitos e deveres que lhe podem estar associados importam, desde logo, a demonstração da “(...) existencia de una relación de parentalidad psicológica entre el solicitante y el menor.” (Haya, 2009, p. 47) e, em caso de separação possa originar uma “contact order”.

A verdade é que qualquer prerrogativa sobre a vida do menor é exclusiva daqueles que detêm as responsabilidades parentais. Mas àquela possibilidade haverá de ponderar a “(...) exigencia de promover el interés del menor crecer en un núcleo familiar estable, entra en conflicto com el dato empírico que ve las familias reconstituídas caracterizadas por una notable inestabilidad. (...) de ahí que este ultimo (padre social) tendrá la carga de probar que la medida responde efectivamente al interés del menor” (Haya, 2009, pp. 55-56).

Como bem refere Clara Sottomayor “a ordem jurídica tem evoluído de um conceito de pessoa assente na autonomia e na auto-tutela de interesses para uma noção de pessoa que assume a responsabilidade pelos outros e pela comunidade, e que se define como “ser em relação” com o outro e cuida dos interesses do outro” (Sottomayor, 2014, p. 309).

Acrescentando que a “(...) visão moderna das crianças, como agentes constitutivos da sua própria sociabilização e projecto de vida (...)” (Sottomayor, 2014, p. 313), reconhecendo-lhes, de entre a maturidade que apresentem direito a participar na tomada de decisões sobre a sua vida, incluindo com quem querem manter contacto, num efectivo direito à convivência digno de tutela com fundamento no superior interesse da criança que se visa salvaguardar.

São *estas* famílias, famílias como quaisquer outras, que assumem um projecto educacional das suas crianças, estejam ou não ligadas por vínculos genéticos, biológicos ou de adopção àquelas que tal qual os seus pais, e assim são reconhecidas, criam, mantêm e projectam a relação de afecto que lhes é essencial ao seu sadio desenvolvimento.

Podemos assim concluir que, no que à criança tange, estamos perante um direito de personalidade, entendido na sua aceção mais ampla, com carácter pessoalíssimo, relacionadas com o seu desenvolvimento e formação da sua personalidade (Hernández, 2006, p. 43), extensíveis, agora, e sempre que o superior interesse da criança o clama a outros terceiros de referência com quem deva manter convivência.

Estas relações de afecto que merecem, ou podem merecer, tutela desde que, face à situação concreta se demonstrem os elementos da assunção de responsabilização — já que não há vínculos jurídicos — àquele projecto educativo e, em prol do su-

perior interesse da criança manter, pelo menos, o seu *modus vivendi* quando, da ponderação de todos os interesses, aquele se imponha e imponha, portanto, a manutenção relacional com padrastos e madrastas após separação destes dos seus progenitores.

### Bibliografia

Antunes Varela, J. d. (1999). *Direito da Família* (5.ª ed., Vol. 1). Lisboa: Livraria Petrony.

Atkinson, J. (2013). Shifts in the Law Regarding the Rights of Third Parties to Seek Visitation and Custody of Children. *Family Law Quarterly*, 47(1), 1-34.

Barfield, A. (2014). The Intersection of Same-sex and Stepparent Visitation. *Journal of Law & Policy*, 23(1), 257-304.

Barreto, C. I. (2010). *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada* (4.ª Edição Revista e Atualizada ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Campos, A. L. (2015). *A situação jurídica das crianças que vivem com pessoas do mesmo sexo casadas ou em união de facto*. Obtido em 18 de 5 de 2017, de Universidade Católica Portuguesa: <http://www.repositorio.ucp.pr>

Court Of Appeals, I. (Spring de 2009). Non Biological Stepfather's Visitation Upheld. *American Journal of Family Law*, 23(1), pp. 48-49.

Cury, M. (2007). Who Gets to Visit? A History of Third-Party Visitation Rights in Family Court. *Journal of Contemporary Legal Issues*, 16(1), 289-298.

Ferreira, S. A. (2011). *A Parentalidade em Contexto de Recomposição Familiar: O Caso do Padrasto*. Obtido em 2017 de maio de 3, de Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa: <http://www.repositorio.ul.pt>

Figueiredo Dias, J. d. (1999). Homicídio Qualificado. In J. d. Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal (Parte Especial. Artigos 131º a 201º)* (Vol. I, pp. 24-46). Coimbra: Coimbra Editora.

Figueiredo Marcos, R. (2014). Oscilações Histórico-Jurídicas em Torno das Segundas Núpcias. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*(XI), 233-247.

Figueiredo, C. I. (2015). *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais. A decisão judicial de atribuição da residência do menor*. Obtido em 18 de 5 de 2017, de Universidade de Coimbra: <http://www.estudogeral.sib.uc.pt>

Gaspar, A. H. (2009). A Influência da CEDH no Diálogo Interjurisdicional. A Perspectiva Nacional ou o Outro Lado do Espelho. *Julgar*, 7, pp. 3-27.

Gomes Canotilho, J., & Moreira, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada* (4.ª edição revista ed., Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.

Haya, S. T. (2009). *El estatuto jurídico de los padrastos: Nuevas perspectivas jurídicas*. Madrid: Editorial Reus.

Hernández, F. R. (2006). Las Relaciones Personales entre Abuelos Y Nietos en las Familias Reconstituídas. *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, 3(6), 29-76.

Hostmaelingen, N. (2016). *Direitos Humanos num Relance*. (E. Sílabo, Ed.) Lisboa.

Lima, P. d., & Varela, A. (1995). *Código Civil Anotado* (Vol. V (Artigos 1796.º a 2023.º)). Coimbra: Coimbra Editora.

Maia Gonçalves, M. L. (2005). *Código Penal Português Anotado e Comentado* (17.ª ed.). Coimbra: Almedina.

- Mariano, J. C. (2013). O Direito da Família na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Português. Uma Breve Crónica. *Julgar, 21*, pp. 24-45. Retrieved 2017 ЯИЛ 24-05
- Martins, R. C. (2013). Direitos das Crianças. Art. 24°. Em A. VV., A. Coord. Silveira, & M. Canotilho (Edits.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada* (pp. 298-311). Almedina.
- Martins, R., & Vítor, P. T. (2010). O Direito dos Avós às Relações Pessoais com os Netos na Jurisprudência Recente. *Julgar, 10*, pp. 59-75.
- Mello, F. d. (2014 Janeiro/ Dezembro). A Responsabilidade Civil por Abandono Afectivo. (I. J. Coimbra, Ed.) *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 11 — n.º 21 e n.º 22*, pp. 21-45.
- Miranda, J. (2014). Sobre a Relevância Constitucional da Família. (A. Correia, C. M. Agra, C. Antunes, C. Queiroz, G. A. Teixeira, J. Miranda, . . . S. Monteiro, Edits.) *Revista Faculdade de Direito da Universidade do Porto (XI)*, 77-93.
- Miranda, J. (2016). A relevância constitucional da Família. Em H. Coord. Rebelo Pinto, & J. M. Sardica, *Família: Essência e Multidisciplinidade* (pp. 87-102). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Miranda, J., & Medeiros, R. (2005). *Constituição da República Portuguesa Anotada* (Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.
- Oliveira, G. d. (2010 Janeiro/ Junho). A Nova Lei do Divórcio. (I. J. Coimbra, Ed.) *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 7 - N.º 13*, pp. 5-33.
- Parness, J. (1 de 4 de 2016). Third Party Step-parent Childcare. *Mercer Law Review, 67*, 383-404.
- Pereira Coelho, F., & de Oliveira, G. (2011). *Curso de Direito da Família* (4.ª Edição (Reimpressão), Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.
- Remédio Marques, J. (2000). Algumas Notas sobre Alimentos (Devidos a Menores) versus o Dever de Assistência dos Pais Para com os Filhos (m Especial Filhos Menores). Em *Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (Vol. 2). Coimbra: Coimbra Editira.
- Salter Cid, N. (2005). *A Comunhão de Vida à Margem do Casamento: Entre o Facto e o Direito*. Almedina.
- Serra, T. (2003). *Homicídio Qualificado. Tipo de Culpa e Medida da Pena* (4.ª Reimpressão da Edição de 1995). Coimbra: Almedina.
- Silva, J. B. (29 de 5 de 2009). O longo caminho dos afectos (ou, algumas reflexões para uma alteração legislativa respeitante ao direito da criança de manutenção das suas relações afectivas). *JusJournal, 781*.
- Solomon, S. B. (2012). Bethany vs. Jones and the Visitation Rights of Nonbiological Parent. *Arkansas Law Review, 65*(3), pp. 687-722.
- Sottomayor, C. (2014). *Temas de Direito das Crianças*. Coimbra: Almedina.
- Sottomayor, M. C. (2016). *Temas de Direito das Crianças* (Reimpressão de 2014 ed.). Almedina.
- Thorsen, M., & King, V. (2016). My mother's husband. Factors associated how adolescents label their stepfathers. *Journal of Social and Personal Relationship, 33*(6), pp. 835-851.
- Tomé, M. R. (2004). Qualidade de Vida: Conciliação entre o Trabalho e a Família. *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família, 1*(1), 51-64.

Varela, A., & Lima, P. (1995). *Código Civil Anotado* (Vol. V (Artigos 1796.º a 2023.º)). Coimbra: Coimbra Editora.

Vaz Serra, A. P. (1961, Julho). Obrigação de Alimentos. *Boletim do Ministério da Justiça*, 108, pp. 19-194.

Vítor, P. T. (2016). A carga do sustento e o “pai social”. In G. d. Oliveira, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho* (pp. 625-652). Coimbra: Imprensa de Universidade de Coimbra.

Xavier, R. L. (2002). Novas sobre a União “More Uxorio” em Portugal. (J. Gomes, Ed., & C. J. Gomes, Trad.) *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, 1393-1406.

Xavier, R. L. (2016). Questões Actuais de Direito da Família. Em H. Coord. Rebelo Pinto, & J. M. Sardica, *Família: Essência e Multidisciplinaridade* (pp. 103-119). Lisboa: Universidade Católica Editora.