

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



Centro de
Direito da
Família

Ano 21 - n.º 41 - 2024
Publicação Semestral

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família





FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

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).

Ficha Técnica

Conselho Redatorial

Guilherme de Oliveira (Diretor Científico)

Professor Jubilado da FDUC

Centro de Direito da Família da FDUC

Ana Rita Alfaiate (Secretária Científica)

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Centro de Direito da Família da FDUC

Geraldo Rocha Ribeiro

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

Rosa Cândido Martins

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.: 239 821043

cdf@fd.uc.pt

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 21 — n.º 41 — Janeiro a Junho 2024

Execução Gráfica

Ana Paula Silva

ISSN 1645-9660

Depósito Legal: 209 492/2004

Inscrição na ERC 127769

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

Patrícia Alexandra Costas Cruz

Estabelecimento da filiação na
Procriação Medicamente Assistida heteróloga.
O critério da socioafetividade como um plus à vontade
de assumir um projeto parental 5

Andréa Camila Pires Carlos

A suspensão da prescrição durante o casamento
e a sua (des)consideração na união de facto 21

Inês Nogueira Cardoso

Obrigações de alimentos a ascendentes:
a inversão natural de um dever de assistência recíproco..... 31

M. Matilde Lavouras

Brevíssimas reflexões em torno do Direito Fiscal Sucessório
em Portugal..... 51

Rui do Carmo

Violência Doméstica: nós que importa desatar 63

Simona Viciani e Giulia Biagioni

The impact of domestic violence on family relationships 71

Marco Rizzuti

Domestic violence and succession law 79

Jurisprudência Crítica

O que diz o Supremo..... 83

Seleção de sumários de acórdãos proferidos pelas
secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça
relevantes para o direito da família (2.º semestre de 2023)..... 93

Estatuto Editorial 105

Págs.

Págs.

Doutrina

ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO NA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA HETERÓLOGA: O CRITÉRIO DA SOCIOAFETIVIDADE COMO UM PLUS À VONTADE DE ASSUMIR UM PROJETO PARENTAL

Patrícia Alexandra Costa Cruz

Mestranda em Ciências Jurídico-Civilísticas, FDUC

Resumo: *Serve o presente estudo para compreender qual o critério que marca o estabelecimento da filiação por técnica de inseminação artificial heteróloga, indagando até que ponto é que um critério como o legalmente apresentado é suficientemente estável para assegurar o primordial interesse da criança. A socioafetividade assumirá, ao lado da vontade, um papel de exponencial importância.*

Palavras-chave: *estabelecimento da filiação; inseminação artificial, vontade, interesse da criança, socioafetividade*

Abstract: *The present study aims to comprehend the criteria that establishes filiation through heterologous artificial insemination technique, wondering if a criteria such as the one put forward by the legal system is sufficiently stable to ensure the best interest of the child. Socio-affectivity will assume, side by side with willingness, a role of exponential importance.*

Keywords: *establishment of filiation; artificial insemination; willingness; child's best interest; socio-affectivity*

1. Introdução. A importância do tema no estabelecimento da filiação.

a) O princípio da verdade biológica:

Pessoa – Ciência; Progresso – Segurança; Passado – Futuro; Genética – Identidade; Biologia – Afeto; Privacidade – Autoconhecimento. São estes alguns dos binómios que têm sido chamados à discussão pública nos últimos anos, *maxime* no mundo jurídico. Por um lado, a segurança oferecida pelo

Direito naquela que é a regulamentação de condutas sociais, por outro, a extrema evolução científica a que temos assistido, são dois lados de uma moeda a que não podemos ficar alheados, e em relação aos quais a doutrina, um pouco por todo o mundo, se tem confrontado.

O estabelecimento da filiação é um dos temas que esta (r)evolução científica vai desafiar. Decerto que, quando nos deparamos com a temática da filiação, o nosso pensamento nos remete imediatamente para uma ideia de filiação natural, quase como “algo de pré-jurídico, inerente à natureza humana.(...)”¹. De facto, um dos princípios de ordem pública que orientam o estabelecimento da filiação no sistema jurídico português é o da verdade biológica, isto é, “(...) as normas pelas quais se rege o reconhecimento dos vínculos devem estar previstas de tal modo que produzam resultados jurídicos fiéis à realidade biológica”². O que o sistema português tenciona, essencialmente, é fazer coincidir o vínculo biológico com o vínculo jurídico³, pelo que

¹ AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a determinação da filiação em sede de Procriação Medicamente Assistida”. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. 41, nº 2, 2000, 656 – 710. 664.

² OLIVEIRA, Guilherme de, Estabelecimento da filiação. Lisboa: Petrony Editora, 2019, 236.

³ Além do princípio da verdade biológica, são também estruturantes no estabelecimento da filiação o princípio da taxatividade dos meios de estabelecimento da filiação, e o princípio do melhor interesse da criança (best interest).

“a filiação resulta do facto biológico da responsabilidade dos progenitores na concepção”.⁴

Importa notar, contudo, que nem sempre foi assim. Não será o momento de nos determos numa análise histórica dos critérios subjacentes ao estabelecimento da filiação, no entanto, é fundamental destacar a Reforma de 1977 ao Código Civil (CC), que alterou o sistema jurídico-familiar no que a este tema diz respeito. Como nos mostra o parágrafo 30º do Preâmbulo do respetivo Decreto-Lei⁵, a “preocupação (era a) de fazer assentar o vínculo de filiação na verdade biológica”. O paradigma mudou, portanto, acompanhando também a evolução da sociedade no que tange às relações familiares (sobretudo matrimoniais), porquanto anteriormente “(...) a preferência dos sistemas jurídicos ia claramente para considerar determinantes certos critérios sociais (...)”⁶, como a importância dada à instituição casamento e o empenho manifestado na sua defesa, bem como o papel preponderante do homem/cônjuge, cuja vontade se assumia arbitraria.

A evolução, contudo, não para. E muito menos abranda, sendo certo que o Direito tem que acompanhar os desenvolvimentos que se anunciam determinantes na constituição, renovação, e aprofundamento de relações sociais, e tem, por isso, que estabelecer laços profundos de comunicação e cooperação com as mais diversas áreas do saber⁷. Uma destas áreas é, seguramente, a ciência. Ademais, a maternidade e a paternidade nem sempre se fundam em factos biológicos, e casos há em que

a filiação é estabelecida por força da vontade de assumir um projeto parental. É este um dos pontos essenciais que tencionamos desenvolver ao longo do trabalho.

2. Procriação Medicamente Assistida – breve introito

Como bem evidencia RAFAEL VALE E REIS, “o auxílio médico à reprodução atingiu, à escala global, uma importância na vida dos cidadãos que ultrapassou as melhores expectativas da década de 80 do séc. XX”⁸, não só com o escopo de permitir aos casais inférteis experimentarem aquilo que a natureza, aparentemente, lhes negaria – a parentalidade –, bem como a possibilidade de alargar estes recursos a outros sujeitos cujo contexto, pelas mais diversas razões, “foge” à tradicional conceção de convivência familiar. Diz-nos Maria Berenice DIAS que as pessoas passaram a constituir “vínculos familiares desatrelados do modelito: casamento, filhos e procriação”.⁹

O primeiro passo em torno de uma legislação concernente à Procriação Medicamente Assistida (PMA) foi dado em 1986 através da criação da Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, legislação esta que apenas viu a luz do dia 20 anos depois, com a entrada em vigor da Lei n.º 32/2006 de 16 de julho¹⁰. Sendo esta uma matéria onde se colocam tantas questões ético-jurídicas, compreende-se mal a demora do legislador numa regulamentação pormenorizada sobre a utilização

⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, Estudos de Direito da Família – 4 Movimentos em Direito da Família. Coimbra: Almedina, 2020, 205.

⁵ DL n.º 496/77. D.R. I Série. 273 (77-11-25) 1-50, 9.

⁶ Guilherme de Oliveira (nota 4), 179.

⁷ Para OLIVEIRA, Guilherme de, “Aspetos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida”. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 49, N.º III, 1989. 767-791, 767 “a delicadeza dos assuntos sugere que as soluções não sejam ditas apenas pelos juristas (...)”.

⁸ REIS, Rafael Vale e, Procriação Medicamente Assistida. Gestão de substituição, animato do dador e outros problemas, 1ª Ed. Coimbra: Gestlegal, 2022. 13.

⁹ DIAS, Maria Berenice, Filhos do Afeto – Questões Jurídicas. 2ª Ed., Rev., Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, 11.

¹⁰ Entretanto permaneceu o DL n.º 319/86 de 25 de setembro, cuja regulamentação genérica se assumia, claramente, insuficiente para a evolução social vislumbrada.

de técnicas de PMA, regulamentação, aliás, imposta desde 1997 pela introdução da al.e) no art. 67º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

A legislação vem sofrendo sucessivas alterações, muito pelo debate público que em torno destas questões se gera, mas também pelas lacunas que se vão mostrando existentes com a necessidade de regulamentação de novas perspectivas e expectativas sociais, acompanhadas da já abordada evolução científica. A última alteração verificou-se com a Lei n.º 90/2021 de 16 de dezembro, que modificou o regime jurídico aplicável à gestação de substituição.

Existem hoje várias técnicas de PMA regulamentadas. Não será este o objeto do artigo, pelo que apenas faremos uma breve indicação ao abrigo do disposto no art. 2º da Lei n.º 32/2006 de 26 de julho¹¹. Temos a inseminação artificial (IA) – que pode assumir várias modalidades consoante a forma como o material genético é introduzido no corpo da mulher – a fertilização *in vitro* (FIV), a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) – “indicada para os casos graves de infertilidade masculina”¹² –, a transferência intrafalopiana de gâmetas (GIFT), a transferência intrafalopiana de zigotos (ZIFT), bem como a transferência intrafalopiana de embriões (TET), e o diagnóstico genético pré-implantação (DGPI). Por fim, como nos mostra a al.f), existem outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias admitidas, das quais são exemplo a maternidade de substituição ou mesmo

a inseminação artificial *post-mortem*¹³.

Centrar-nos-emos, para os problemas que pretendemos abordar, na técnica de inseminação artificial (IA) heteróloga, ou seja, quando é utilizado material genético de um terceiro¹⁴. *Ergo*, reportar-nos-emos aos casos em que o esperma utilizado é doado por uma pessoa estranha ao casal (quando haja casal, visto que ao abrigo do disposto no art. 4º, estas técnicas podem ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade¹⁵).

3. Filiação e PMA heteróloga. Uma exceção ao princípio da verdade biológica?

Como vimos no início deste estudo, vários são os critérios passíveis de serem utilizados para determinar o estabelecimento da filiação. O sistema português, como sistema biologista, pretende que o vínculo jurídico resulte do “facto biológico da responsabilidade dos progenitores na concepção; o pai e a mãe jurídicos são o pai e a mãe biológicos.”¹⁶

Poderíamos pensar, à partida, que a utilização de técnicas de PMA seria uma exceção ao biologismo do ordenamento jurídico-civilístico português, porquanto se pode estabelecer o vínculo jurídico de filiação em relação a alguém que não é o pai ou mãe biológicos. Esta aparente simplicidade, contudo, não descreve a realidade. É certo que nos

¹³ Sobre este ponto, *vide* o relatório anexo ao Parecer n.º 44 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (44/CNE-CV/04). Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida-CNPMA. Lisboa: Assembleia da República. (Consult. 15-05-2023). Disponível em: <https://www.cneecv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/parecer-sobre-a-procriacao-medicamente-assistida-44-cneecv-2004>.

¹⁴ Contrariamente, estaremos perante IA homóloga quando os gâmetas pertençam aos membros do casal (ou a um dos membros), sejam estes casados ou vivam em condições análogas às dos cônjuges.

¹⁵ Alteração efetuada pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho.

¹⁶ Guilherme de Oliveira (nota 4) , 205.

¹¹ Doravante, Lei da PMA ou LPMA.

Todos os artigos que não forem acompanhados do respetivo diploma legal reportam-se à LPMA.

¹² REIS, Rafael Vale e, Direito ao conhecimento das origens genéticas. Coimbra Editora, 2008. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 335.

focaremos na técnica de IA heteróloga, o que substancia, necessariamente, uma exceção ao princípio da verdade biológica, como teremos oportunidade de verificar. Não obstante, também a partir da utilização de técnicas de PMA se visa cumprir este princípio. GUILHERME DE OLIVEIRA diz-nos inclusivamente que “no âmbito do estabelecimento da filiação com PMA, o princípio da verdade biológica continua a ser aplicado em grande medida”¹⁷, porquanto a maioria das intervenções ocorre no seio do casal¹⁸. Consequentemente, o vínculo jurídico vai acabar por coincidir com o vínculo biológico.

Mas existem, como deixámos antever, exceções ao princípio da verdade biológica. Sempre que no âmbito de uma IA se recorre a esperma doado, o pai biológico não vai assumir o papel de pai jurídico, pelo que há aqui uma quebra da biologia no seio do estabelecimento da filiação¹⁹. Por exemplo, se estivermos perante um casal heterossexual, unido matrimonialmente ou a viver em condições análogas às dos cônjuges, o pai jurídico é o marido da mãe ou o membro da união de facto (n.º 1 do art. 20º), apesar do pai biológico ser aquele que doou os respetivos gâmetas (art. 21º). Se se tratar de um casal de duas mulheres, sendo uma delas insemi-

nada, o resultado vai ser o mesmo: a mulher não gestante vai poder assumir o papel de mãe jurídica (n.º 1 do art. 20º; n.º 1, 1ª parte do art. 6º).

Já no caso de a mulher inseminada não partilhar o projeto parental com ninguém (n.º 1, *in fine* do art. 6º), o pai biológico (o dador) nunca poderá ser considerado pai jurídico – com todos os direitos, deveres, e responsabilidades que lhe são inerentes (art. 21º). Por isso, no caso da mulher sozinha que recorre a esperma de dador, não há qualquer exceção ao biologismo quanto à maternidade, porquanto a mãe, enquanto progenitora, vai assumir na mesma medida o vínculo jurídico. Ao dador nunca se lhe poderá exigir o papel de pai, já o vimos, e por isso mesmo é que não será exigido ao conservador do Registo Civil que, perante uma paternidade omissa, promova uma averiguação oficiosa da paternidade (n.º 3, *in fine* do art. 20º).

Em todos estes casos em que “não há coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica, a lei da PMA permitiu que a paternidade ou a maternidade assentassem na vontade de desenvolver um projeto parental”²⁰. É, portanto, esta vontade e o compromisso de assumir um projeto parental pelo outro membro do casal que entrará em jogo como critério de estabelecimento do vínculo jurídico de filiação²¹. Assim será, também, quanto ao estabele-

¹⁷ Guilherme de Oliveira, (nota 2), 237.

¹⁸ Lembremo-nos que o recurso à PMA só passou a abranger todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade a partir de 2016. A *ratio* do instituto sempre foi permitir a realização parental a casais que sofriam de infertilidade – “(...) cumpre-se um objetivo precípuo: trata-se, em larga escala, de uma outra doença: a infertilidade humana.” – Rafael Vale e Reis (nota 8), 42.

Neste mesmo sentido, OLIVEIRA, Guilherme de, “Legislar sobre Procriação Assistida”. *Colóquio interdisciplinar sobre Procriação Assistida*. Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 1993. 76 – “Na procriação assistida visa-se alcançar um objetivo inocente e antigo – vencer a esterilidade, dar um filho a um casal que sofre por não o ter.”

¹⁹ Como nos refere POMBO, Mariana Ferreira, “Família, filiação, parentalidade: novos arranjos, novas questões”. *Psicologia USP*. Vol. 30, 2019. 1, “(...) as novas tecnologias reprodutivas liberaram a reprodução e a filiação dos imperativos da sexualidade, na medida em que elas podem ocorrer hoje sem a necessidade da relação sexual”.

²⁰ Guilherme de Oliveira (nota 2), 237.

²¹ Talvez pelo facto de o recurso a técnicas de procriação medicamente assistidas fora do casal constituir uma exceção ao princípio da verdade biológica é que a LPMA se refere, quanto a este assunto, à “determinação da parentalidade” e não utilize termos clássicos como filiação. Diz-nos Guilherme de Oliveira que a opção por este conceito (em alternativa à epígrafe que vigorava antes da alteração da Lei n.º 17/2016 de 20 de junho e que se referia à “determinação da paternidade”) expressa a alteração ao âmbito de beneficiários das técnicas, que passou a abranger casais homossexuais de mulheres, admitindo, portanto, uma dupla maternidade. – OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*. Colab. Rui Moura Ramos, Reimp. Coimbra: Almedina, 2020, 453.

No entanto, sendo a filiação a relação entre filho e pais, que se estabelece a partir do reconhecimento legal da maternidade ou da paternidade desse filho, seja ele biológico ou adotado, e a parentalidade o exercício de

cimento da filiação por adoção, questão a que nos iremos reportar mais adiante.

4. A vontade como critério de estabelecimento da filiação.

Os afetos são hoje um importante ponto de consideração na atuação dos juristas e dos aplicadores do Direito. Como nos diz RODRIGO DA CUNHA PEREIRA “(...) para o Direito, o afeto não é apenas um sentimento e uma manifestação subjetiva”, sendo “alcançável pelo mundo jurídico nas condutas objetivas de cuidado, solidariedade, responsabilidade, exercício dos deveres de educar, assistir, etc., demonstradas nos relacionamentos e convivência familiar.”²². Um dos tópicos onde este entendimento ganha relevo é, precisamente, no estabelecimento da parentalidade (falamos sobretudo de paternidade) em relação à procriação medicamente assistida com recurso a dador.

Estabelece-se neste domínio, como já vimos, uma exceção ao princípio da verdade biológica, porquanto se substitui o critério puramente biologista pelo “(...) critério do amor sob a forma da vontade de cuidar e da assunção voluntária da responsabilidade pelo cuidado”²³. A vontade é a trave-mestra da solução legislativa propugnada na LPMA.

Não se nos assoma, *a priori*, qualquer aspeto menos positivo relativamente a esta solução que prioriza a vontade como critério estabelecido do

laço de filiação. Não se compreenderia que um dador, que na esmagadora maioria das vezes não pretende ter qualquer vínculo com a criança que vem a nascer²⁴, viesse a ser confrontado com a assunção de responsabilidades pelo “simples” facto de ser o pai biológico. O planeamento, a convivência e os afetos, conceitos que se relacionam no íntimo da vida familiar, impõem que o biologismo seja substituído por outro critério. E é indiscutível que a pessoa que se revela em melhores condições para assumir um papel tão importante na vida da criança como o papel de pai é aquele que, em circunstâncias “naturais”, se apresentaria como o pai biológico – o marido da mãe ou aquele que com ela vive em condições análogas às dos cônjuges. Este é, de facto, aquele que tem maior viabilidade de proporcionar à criança uma vida digna, um crescimento seguro e saudável, de realizar, enfim, o seu melhor interesse.

Surge-nos, no entanto, uma questão. Será que a consideração (apenas) da vontade se assume como um critério suficiente e seguro para estabelecer a paternidade em relação à criança que nasce de técnicas de PMA? Não terão os sentimentos e a prática reiterada de atos de afeto e cuidado viabilidade para serem considerados um *plus* à vontade do marido da mãe/membro da união de facto? Ou serão os sentimentos demasiadamente voláteis para se assumirem como um critério auxiliar numa matéria tão relevante como o estabelecimento da parentalidade?

Diz-nos a LPMA, no seu art. 20º, que para estabelecer a paternidade em relação à criança que nasce de técnicas de procriação medicamente assistida basta o consentimento relativamente à técnica em causa (art. 14º). Mas deve este consentimento

uma função (parental) do adulto, mãe ou pai, em relação ao filho, (*vide* Mariana Ferreira Pombo, (nota 19, 1), consideramos que não faz sentido esta distinção simplesmente por estarmos no âmbito de técnicas de reprodução assistida. Pelo ora exposto, decidimos utilizar estas duas expressões (filiação e parentalidade) como sinónimos, sem qualquer tipo de preferência ou gradação, lembrando, no entanto, que a questão não está pacificada no âmbito da doutrina portuguesa, porquanto há quem considere que os dois conceitos merecem uma reflexão diferenciada.

²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Parentalidade socioafetiva: o ato que se torna relação jurídica, 14, Apud. Maria Berenice Dias (nota 9), 31.

²³ Guilherme de Oliveira (nota 4), 185.

²⁴ Independentemente das motivações que levam um homem a doar o seu gâmeta, pois ao longo da história e das circunstâncias, várias são as razões que estão por detrás deste ato.

relevar como critério de estabelecimento da parentalidade desacompanhado de um critério auxiliar que nos permita asseverar, com segurança, que aquele sujeito pode assumir o estatuto jurídico de pai, mesmo não sendo o pai biológico?

Note-se que não queremos, com esta perquirição, fazer valer a ideia de que o critério biologista oferece maiores garantias do que qualquer outro no que toca a assumir responsabilidades perante a criança que nasce. Sabemos que a maior parte dos progenitores assume essas responsabilidades de modo espontâneo, ínsitos que estão numa relação de amor, cuidado, carinho e respeito para com aquela criança que nasce de si, que é parte de si. No entanto, apesar de na esmagadora maioria das vezes estas circunstâncias se assumirem como algo natural ao nascimento de uma criança, temos consciência de que nem todos os pais merecem e devem assumir esse estatuto perante o descendente. Somos confrontados todos os dias, lamentavelmente, com situações onde o laço biológico não é acompanhado de uma ligação sentimental, de cuidado, de afeto, de respeito e amor.

Tal como sustenta MARIA BERENICE DIAS, jurista e magistrada brasileira, “(...) pai é aquele que cria, que dá amor e cuida. Genitor é aquele que gera, forneceu material genético para a fecundação. No mais das vezes essas figuras se identificam (...). Mas quando isso não acontece, a prevalência é pelo reconhecimento do vínculo socioafetivo do pai com o filho que não gerou, mas que ama e cuida.”²⁵. É certo que se trata de uma visão da relação filial enformada pelos aspetos peculiares do Direito da Família brasileiro, ao qual nos pretendemos referir adiante.

Reconhecendo, contudo, que a mera ligação biológica não constitui, em alguns casos, um cri-

tério suficientemente seguro para a assunção do estatuto jurídico de pai, e o critério da vontade pode também não significar esse garante que tanto ansiamos, a nossa atenção centra-se na possibilidade de transposição deste entendimento socioafetivo para o ordenamento jurídico pátrio.

Deixamos um pensamento da mesma Autora, que nos diz que “(...) filho é quem foi gerado pelo afeto e alimentado pelo cordão umbilical do amor.”²⁶, porquanto é também do ordenamento jurídico brasileiro que retiramos grande inspiração para os aspetos que de seguida tentaremos explorar.

5. A relevância de um critério complementar.

a) Afetividade como um critério auxiliar?

Tal como constata GUILHERME DE OLIVEIRA, “(...) a vontade de assumir a paternidade na sequência da inseminação com dador, manifestada nos termos da lei, é suficiente; isto é, não se exige a demonstração de atos reiterados de cuidado, embora a manifestação da vontade deixe prever um comportamento típico de pai e a partilha das responsabilidades parentais com a mãe”²⁷. Já nos questionámos se seria este um critério suficientemente robusto para estabelecer um vínculo tão importante como o da paternidade. É agora que entendemos profícuo avançar com uma opinião.

Ainda que se trate de um consentimento perfeitamente compatível com as exigências legais, *maxime* do art. 14º, a volatilidade da vontade hu-

²⁶ Apud PINA, Catarina Isabel da Costa, Os Afetos como Critério de Vinculação Familiar no Direito da Família Português, 2020. Dissertação de Mestrado em Direito Forense e Arbitragem. Acessível na Nova School Of Law, Portugal, 4.

²⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, Textos de Direito da Família – Para Francisco Pereira Coelho. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, 279.

²⁵ Maria Berenice Dias (nota 9), 35.

mana e das circunstâncias que sustentam a assunção deste compromisso não podem deixar de nos causar alguma inquietação. Estamos no âmbito da procriação assistida heteróloga, a pensar, mais especificamente, nas situações de IA com recurso a dador. Já vimos que a parentalidade se estabelece em relação ao cônjuge (membro da união de facto) da pessoa beneficiária da técnica, se tiver prestado o referido consentimento.

Faz todo o sentido, no entanto, chamar à colação um dado importante para esta equação. É que se em 2006 o *ratio* de divórcios, a cada 100 casamentos, era de 47,8, em 2021 este valor sobe para 59,5, e chegou mesmo, em 2020, a atingir 91,5²⁸. Ademais, com a Lei n.º 61/2008 de 31 de outubro, que instituiu o Novo Regime Jurídico do Divórcio, procedeu-se à facilitação na dissolução do casamento, uma vez que, como se explicita na Exposição de Motivos²⁹, “ninguém deve permanecer casado contra sua vontade ou se considerar que houve quebra do laço afectivo”. O mesmo se diga à relação de união de facto, que constitui um vínculo mais anémico, o que facilita, portanto, a respetiva dissolução.

O que pretendemos com estes dados é simples. Não queremos menosprezar a relação jurídica familiar que resulta do vínculo matrimonial ou da união de facto, mas chamar à atenção para o facto de se tratar de um compromisso, manifestado por duas pessoas, que não tem nas sociedades modernas a mesma dimensão de outrora. “(...) Não há como jurar amor eterno. Afinal, ninguém manda no coração. Findo o amor, saudável que a união ter-

mine”³⁰. Este vínculo não tem, por conseguinte, a mesma segurança que fazia com que pudéssemos concluir que o marido da mãe, não sendo o pai biológico, assumiria as responsabilidades parentais inerentes à criança³¹.

Tomar apenas em consideração a vontade de assumir o projeto parental, exigindo-se tão só o respetivo consentimento para o estabelecimento da parentalidade, é, em nosso ver, colocar em perigo a estabilidade e a segurança do filho. É, destarte, não enquadrar na equação o melhor interesse da criança, a premissa fundamental de toda a atuação do jurista que se ocupe destas matérias. Trata-se, na nossa conceção, de um critério que, *per se*, se assume demasiadamente frágil. E ainda mais frágil se mostra quando defronte de um valor tão importante como o interesse da criança!

Pelo ora exposto, consideramos que a afetividade poderá ter um papel auxiliador de manifesta notoriedade, opinião que procuraremos sustentar ao longo das páginas que se seguem.

b) Posse de estado e o vínculo socioafetivo.

Como confessámos, é no ordenamento jurídico brasileiro que vamos buscar grande estímulo para as posições adotadas. Apesar de, no que tange ao estabelecimento da filiação por técnica de IA heteróloga, a solução ser semelhante ao que está consagrado na nossa LPMA³², a verdade é que, pelo menos desde a promulgação da Constituição Fede-

²⁸ Fundação Francisco Manuel dos Santos – PORDATA. Lisboa: FFMS. Disponível em: <https://www.pordata.pt/portugal/numero+de+divorcios+por+100+casamentos-531>.

²⁹ Projeto de lei n.º 509/X. D.R. Série II-A, 80 (2008-04-12). Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio, Exposição de Motivos.

³⁰ Maria Berenice Dias (nota 9), 27-28.

³¹ Num ideal de proteção do “Santuário familiar”, da instituição matrimonial fechada a intromissões externas.

³² Vide Inciso V do art. 1597º do Código Civil brasileiro. Neste sentido, se o marido da mulher beneficiária das técnicas de PMA consentir, a criança que vier a nascer é presumida como filho deste. Presunção absoluta, *juris et de jure*, porquanto não existe a possibilidade da filiação, deste modo estabelecida, ser impugnada.

Relativamente às normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida, *vide* a resolução 2320/2022 do Conselho Federal de

ral de 1988, a tónica passou a assentar na natureza socioafetiva da filiação³³. Diz-se que “toda a paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não”³⁴, mostrando-nos inclusivamente o art. 1593º do CC Brasileiro que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, ou o provimento 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça³⁵ afirmando que é possível o parentesco “resultar de outra origem que não a consanguinidade” e que aos filhos devem ser reconhecidos “os mesmos direitos e qualificações”. Preceitos estes que reforçam a relevância dada pelo ordenamento irmão ao critério da socioafetividade.

Ergo, podemos constatar que a parentalidade é, neste ordenamento jurídico, e nas mais variadas temáticas, condicionada pelos laços de afeto e de solidariedade que derivam da convivência familiar. Vejamos alguns exemplos no que ao estabelecimento da filiação diz respeito:

- Existe uma espécie de presunção *pater est*, pois também se presume a paternidade do marido ou companheiro da mãe. Isto é, quando a paternidade não tiver sido estabelecida por outro modo e for omissa no registo de nascimento, o marido da mãe é presumido pai da criança quando “age e se apresenta como pai, independentemente de ter sido ou não o genitor biológico”³⁶.

Medicina (CFM). Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>

³³ Como nos diz LÔBO, Paulo Luiz Netto, “(...) o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos.” – “Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária”. IBDFAM. Belo Horizonte, 2004, 2.

³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto, “Socioafetividade: o estado da arte no direito da família brasileiro”. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Centro de Investigação de Direito Privado, FDUL, Ano 1, 2015, N.º1, 1743-1759. 1751.

³⁵ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>.

³⁶ Paulo Luiz Netto Lôbo (nota 34), 247.

O mesmo só poderá impugná-la através das regras dos vícios da vontade. No mesmo sentido, a posse de estado de filho³⁷ “obsta à impugnação da paternidade pelo marido quando, apesar da inexistência de um vínculo biológico entre o filho e o presumido pai, se estabeleceu o «estado de filiação, de natureza socioafetiva»”³⁸.

- Quando o nascimento ocorre fora do âmbito matrimonial, ainda que a paternidade se estabeleça por perfilhação, o filho pode recusá-la e intentar uma ação de investigação. No entanto, a nova paternidade só é declarada se o material probatório demonstrar a existência de laços de afeto e convivência familiar. Exames científicos, *per se*, não têm força probatória plena, atribuindo ao sujeito apenas o estatuto de genitor;
- Falando em perfilhação, esta só pode ser revogada uma vez demonstrada a existência de vício do consentimento ou a inexistência do vínculo socioafetivo;
- Em casos de registo de nascimento omissos, a filiação pode ser estabelecida com base em provas da existência de posse de estado de filho, sendo que a origem biológica não se poderá contrapor ao estado de filiação já constituído por outras causas e consolidado na convivência familiar – *vide* art. 227º Constituição da República Federativa do Brasil³⁹;

³⁷ Guilherme de Oliveira sustenta que os elementos da posse de estado (*nomen, tractatus, fama*) ganham aqui um conteúdo particular, apurando-se este tendo em conta a relevância dada à verdade sociológica. Sobre este aspeto, OLIVEIRA, Guilherme de, Critério Jurídico da Paternidade. Coimbra: Almedina, 1998, 445-446.

³⁸ Guilherme de Oliveira (nota 4), 190.

³⁹ Esta ideia é defendida pelo Superior Tribunal de Justiça (recurso especial n.º 878.941 – DF (2006/0086284-0) quando diz que “(...) se o

- Um eventual conflito entre pais biológicos e não biológicos resolve-se pelo melhor interesse da criança e não em primazia relativamente aos primeiros; Ora, o vínculo socioafetivo é elevado a um outro patamar quando nos detemos no ordenamento familiar brasileiro. Em boa verdade, “o estabelecimento da filiação, para ser um assunto de direito da família, exige a comprovação de uma convivência familiar de natureza socioafetiva”.⁴⁰

Em Portugal, no entanto, a posse de estado conhece uma abrangência bastante mais limitada⁴¹, servindo apenas como presunção do vínculo biológico em ações de investigação de filiação (al.a) do n.º 2 do art. 1816º, al.a) do n.º1 do art. 1871º CC). Ou seja, a posse de estado assume-me, no nosso país, como um “servo” da primazia biológica. Para JOSÉ DA COSTA PIMENTA, os laços que se traduzem na posse de estado são “o complemento e a própria expressão do laço de sangue”⁴².

Neste sentido, proponho que façamos um breve exercício comparatístico entre os dois sistemas e pensemos qual o que melhor traduz o espírito pelo qual é imbuído o Direito da Família hodierno. Estender a existência de um vínculo socioafetivo, em complemento à consideração da vontade do

afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.”

⁴⁰ Guilherme de Oliveira (nota 4), 191.

⁴¹ Existirá posse de estado de filho quando estiverem verificados os três elementos tradicionais, que se reconduzem ao *nomen* (a reputação da criança como filho), *tractatus* (o tratamento da criança como tal, ou seja, o comportamento do pretense pai que cria uma aparência reveladora do vínculo biológico) e *fama* (a reputação da criança como filho pelo público). Sobre este aspeto, v.g. o Acórdão (Ac.) TRE, ECLI:PT:TRE:2021:1097.16.7T8FAR.E2.C9; ou o Ac. STJ, 17-05-2012. Disponíveis em: <http://www.dgsi.pt/>.

⁴² PIMENTA, José da Costa, *Filiação*. 4ª Ed. Lisboa: Livraria Petrony, 2001, 152.

cônjuge/membro da união de facto em assumir um projeto parental, não constituiria, afinal, uma segurança acrescida? Não tomaria efetivamente em conta o melhor interesse da criança?

Deixamos, mais uma vez, esta indagação, ao mesmo tempo que voltamos a centrar a atenção no direito pátrio.

c) *Impugnação da paternidade – o abuso de direito*

A solução propugnada para as situações em que os cônjuges/membros da união de facto pretendem impugnar a paternidade, depois de terem prestado o seu consentimento, consubstancia-se na invocação do abuso de direito⁴³, resposta aventada logo em 1977 no n.º3 do art. 1839º CC. Para GUILHERME DE OLIVEIRA a preclusão deste direito justifica-se, pois “(...) marido e mulher aderiram a um projeto familiar que consistiu na investidura do homem no estatuto social e afetivo de pai, sabendo que ele não era o progenitor. Este projeto, tornado possível pelos avanços da biotecnologia, exige dos pais um compromisso firme, que não ceda a quaisquer mudanças de conveniência, sob pena de nunca se fazer um investimento familiar normal e de se sujeitar o filho a alterações familiares penosas”⁴⁴.

Concordamos plenamente com a posição do Autor. O consentimento é exigido precisamente para se evitar este tipo de situações de *venire contra factum proprium*. Ademais, a exigência de um consentimento por escrito⁴⁵ reflete esta necessidade de

⁴³ V.g. Ac. TRL, 18-01-2018. Proc. 2790/16.0T8VFX.L1. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostra_doc.php?mid=5355&codarea=58.

⁴⁴ Guilherme de Oliveira (nota 2), 251.

⁴⁵ As regras do consentimento são estabelecidas pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida-CNPMA. Disponíveis em: <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/modelos-de-consentimento-informado.aspx>.

consciencialização por parte dos beneficiários de que se trata de um compromisso relevante, que modelará a sua vida daí em diante. É a partir deste ato de demonstração de vontade que o cônjuge/membro da união de facto assume um estatuto de extrema importância – o estatuto jurídico de pai⁴⁶. Tal como nos mostra PAULO LUIZ NETTO LÔBO, a relação de filiação compreende “um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados”⁴⁷, estabelecendo-se dessa relação um conjunto de efeitos relativamente aos quais não podemos ficar alheados⁴⁸.

Estamos conscientes, também, da importância dada à biparentalidade⁴⁹, circunstância que avulta,

⁴⁶ Estatuto este que, pela relação matrimonial existente, se presume de afetividade

⁴⁷ Paulo Luiz Netto Lôbo (nota 33), 3.

⁴⁸ Não é o momento de nos determos na temática dos efeitos da filiação, mas esta importância é manifestada em aspetos tão relevantes como o direito sucessório ou o direito a prestação de alimentos.

⁴⁹ Há doutrina que defende que o art. 67.º da CRP se detém sobre um “princípio da biparentalidade”, no sentido de que a Constituição impõe ao Estado a organização de estruturas “jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade consciente”. Entendem, por isso, que a criança tem direito a ter um pai e uma mãe, e os pais têm, destarte, o direito a exercer as suas responsabilidades, constituindo a educação e manutenção dos filhos (n.º 5 do art. 36.º CRP) um verdadeiro direito-dever. – BULHÕES, Alcides Emanuel, Procriação Medicamente Assistida e estabelecimento da filiação Post Mortem: uma visão comparada entre a Legislação do Brasil e de Portugal, 2021. Dissertação de Mestrado em Direito. Acessível na Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal, 62.

Entendemos, não obstante, que interpretar estas normas da forma mencionada é funcionalizar a proteção conferida pelo Estado à “instituição” família, e a imposição da consideração do melhor interesse da criança, a uma configuração idealizada de realidade familiar à qual já não podemos atribuir a mesma relevância. Além do mais, pensamos que conferir este significado às normas em questão constituiria uma clara prevalência dos interesses dos pais em detrimento do melhor interesse da criança, pois é manifestamente perceptível que nem sempre a existência e convivência com os dois pais contribui para o seu saudável e enriquecedor desenvolvimento. Não cremos, portanto, que a Constituição se ocupe com uma matéria tão cândida como o número de progenitores, mas sim com a necessidade de garantir uma proteção efetiva à criança de modo que ela possa ter acesso a um pleno e saudável desenvolvimento, físico e psíquico.

Podemos presumir que sendo duas pessoas a assumir os deveres inerentes às responsabilidades parentais, a probabilidade de ser garantido este desenvolvimento é maior do que tendo apenas um pai ou uma mãe a ocupar-se do livre e são crescimento da criança. Não podemos é tomar como garantido que tal seja a conclusão a que inevitavelmente chegaremos.

mais das vezes, pela consideração do melhor interesse da criança. No entanto, duas objeções podemos levantar. Se o ordenamento jurídico português atribui relevância à constituição do vínculo jurídico de filiação em relação a duas pessoas que assumam as respetivas responsabilidades, a verdade é que depois de 2016, aquando da extensão das técnicas de PMA a mulheres sozinhas, este argumento não pode sobrelevar.

Ademais, pensamos importante também chamar à liça a consideração de que nem sempre é melhor para a criança a existência, muitas das vezes “forçada”, de duas pessoas. Chamamos à colação dois juristas da prática judiciária para apoiar este argumento: HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA, embora referindo-se concretamente ao instituto da adoção⁵⁰, indagam até que ponto poderá a biparentalidade assumir-se como interesse superior ao sentimento, chegando a uma importante reflexão: a qualidade do amor a dar a uma criança não depende do número de pessoas que o proporciona.⁵¹

Não nos esqueçamos que a preclusão do direito de impugnar a paternidade, nestas circunstâncias, está consignada aos cônjuges/membros da união de facto que prestaram consentimento, pelo que a legitimidade ativa do filho permanece intocada. Mas se assim é, porque não fazer uso do critério da socioafetividade para obstar a cenários deste tipo? Porque não evitar incorrer num processo judicial, com todos os inconvenientes associados (*maxime* psíquicos), quando podemos exigir, em nome da segurança, da estabilidade e do melhor interesse da criança, a demonstração de atos reiterados de cuidado e de afeto, de assunção de responsabilidades, para – então sim – constituir o vínculo jurídico de

⁵⁰ Estamos cientes das diferenças que perpassam os dois institutos, situação que reiteramos já adiante (ponto d)).

⁵¹ 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. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 397.

filiação⁵²? Porque não chamar à colação instrumentos como a posse de estado para nos auxiliar nesta ponderação casuística?

Este é, aliás, um dos pontos em destaque no Ac. STJ de 06-11-2018 (Proc. 2790/16.0T8VFX.L1.S1⁵³), invocando-se no caso em apreço a relevância do réu sempre ter tratado a criança como filha – quer em público, quer em privado –, de ter acompanhado a gravidez, e de ter sido sempre um “pai presente”. Mas também no anterior Ac. TRL de 18-01-2018, onde o cerne da argumentação judicial se centrava já no comportamento do pai em relação à criança nascida de técnica de PMA, e na relação de afeto que os ligava.

Destarte, pensamos ser profícuo garantir, à partida, um vínculo forte e seguro de afetividade, a demonstração de atos reiterados de cuidado para, depois sim, estabelecer o vínculo jurídico de paternidade que assegurará, no plano do Direito, que a vontade de assumir o estatuto de pai é suficientemente estável para produzir todos os seus importantes efeitos.⁵⁴

⁵² Vínculo jurídico que constituiria, afinal, também um vínculo social e afetivo.

⁵³ Relativo ao recurso de revista do já citado Ac. TRL, 18-01-2018 (Proc. 2790/16.0T8VFX.L1). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/js/tj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6127be61d57a-7578802583430055941f?OpenDocument>.

⁵⁴ Este hiato de tempo é importante para se assegurar a relação socioafetiva do pai com a criança, logo, não poderá existir qualquer ato, nomeadamente da mãe, que impeça este objetivo último e fundamental. Aquele que decide partilhar a vontade de assumir um projeto parental tem que ter todas as oportunidades de estabelecer uma relação com o filho para que, depois sim, assumam em pleno as respetivas responsabilidades.

Por não ser o tema do artigo não nos vamos alongar nesta discussão, mas deixamos aqui algumas pistas relativamente a pensar, nestas circunstâncias, uma eventual regra de retroatividade na assunção das responsabilidades parentais.

d) A vontade como critério no estabelecimento da filiação por adoção. Breve diálogo.

Como é fácil de evidenciar, o instituto da adoção consagra também uma exceção ao princípio da verdade biológica, porquanto o critério que releva será igualmente a vontade de aderir a um projeto parental e não, claro está, o laço sanguíneo existente entre pai e filho.

Consideramos útil fazer referência, ainda que de modo breve, ao instituto da adoção, pois apesar de o critério em que se baseia o estabelecimento da parentalidade ser o mesmo – a vontade –, a verdade é que existem diferenças ponderosas, nomeadamente a consideração de elementos que estão presentes no processo de adoção e que entendemos de suprasuma relevância transportá-los para o diálogo no seio da PMA. Se não, vejamos.

Já constatámos que a vontade de assumir a paternidade na sequência da inseminação com dador, manifestada nos termos da lei, é suficiente, pois não se exige a demonstração de atos reiterados de cuidado⁵⁵. O que releva, portanto, no seio da PMA, é a vontade de assumir um projeto parental que se materializa, simplesmente, num documento que pretende garantir o consentimento informado dos beneficiários da técnica. Não é assim – de modo simplista e abstrato – que se processa na adoção. É neste aspeto que nos pretendemos deter, embora cientes das diferenças dos institutos que chamamos à liça.

O art. 1586º CC dá-nos a noção de adoção como “o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos artigos 1973.º e seguintes.”. Do que se

⁵⁵ Guilherme de Oliveira (nota 27), 279.

trata, portanto, é de uma verdade socioafetiva⁵⁶ e não de uma verdade biológica.

O vínculo constitui-se por sentença judicial (art. 1973º CC), mas só dever ser decretada a adoção quando estiverem preenchidas algumas exigências da lei, a saber: quando apresente reais vantagens para o adotando, quando se funde em motivos legítimos, quando não envolva sacrifício injusto para os outros filhos do adotante, e seja razoável supor que entre este e o adotando se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação.

Há aqui, como vemos, uma intervenção bem mais musculada do Estado na regulamentação do estabelecimento da filiação quando comparada com o âmbito da PMA, porquanto se entende que a adoção serve também um interesse público. Esta ideia é refletida não só no forte controlo do tribunal em todo o processo de adoção, mas também na pretensão que o vínculo se assuma estável, uma vez que a sentença que tenha decretado a adoção só em casos muito excepcionais – de falta ou vício do consentimento – poderá ser revista⁵⁷ (*v.g.* art. 1990º CC).

Esta forte intervenção do Estado no âmbito da filiação por adoção praticamente não encontra precedentes no Direito da Família. Ele atua antes, durante, e até após a constituição do vínculo. Existe uma avaliação prévia dos candidatos a adotantes, sendo certo que só aqueles que são aprovados por parecer dos organismos de segurança social ou instituição particular autorizada (art. 44º Regime Jurídico do Processo de Adoção – RJPA) é que

passam a integrar as listas nacionais, ficando então à espera da criança para depois se iniciar um processo de pré-adoção. Também as crianças são avaliadas e preparadas, sendo sempre acompanhadas pelos organismos de segurança social competentes, nomeadamente no período de pré-adoção (n.º 1 do art. 41º, art. 50º RJPA). Este período assume particular relevância pois é aqui que se avalia a perspectiva de criação do vínculo familiar. O objetivo é proteger as crianças, entregando-as ao cuidado de adotantes “que ofereçam condições suficientes para lhes prestarem os cuidados indispensáveis”⁵⁸. E mesmo depois de ser proferida sentença a decretar a adoção, os organismos citados podem fazer um acompanhamento do vínculo de filiação, com o fito, nomeadamente, de prestar aconselhamento e apoio (art. 60º RJPA).

Todas estas decisões, sob forte ingerência estatal, têm que tomar em linha de conta determinados critérios materiais, tendo em vista, primordialmente, a criança. Disto é exemplo o facto de a adoção só ser decretada se representar reais vantagens para o adotando, se for previsível que se estabeleça um vínculo semelhante ao da filiação, devendo a criança ter estado ao cuidado do adotante durante um prazo suficientemente seguro para se avaliar a conveniência da constituição desse vínculo (n.º 2 do art. 1974º CC).

Ergo, apesar do critério ser o da vontade do sujeito em assumir o estatuto de pai, que é materializado no seu consentimento (al. *e*) do n.º1 do art. 1981º CC) – requisito necessário para o estabelecimento da filiação –, a verdade é que existem outros elementos que garantem uma maior segurança e estabilidade, que asseguram que o vínculo só será constituído se a adoção realizar o efetivo interesse da criança (art. 1974º, n.º 1 CC).

⁵⁶ Guilherme de Oliveira fala em verdade afetiva sociológica – (nota 21), 467.

⁵⁷ A revisão da sentença apenas pode ocorrer preenchida alguma hipótese do art. 1990º CC ou através do recurso extraordinário de revisão previsto no art. 696º CPC. A revisão não se confunde com revogação, até porque vigora entre nós a regra da irrevogabilidade da adoção (art. 1989º CC) que não é, aliás, isenta de críticas. Sobre este último aspeto, *vide* OLIVEIRA, Guilherme de, COELHO, Francisco Manuel Pereira, *Adoção e apadrinhamento civil*, Lisboa: Petrony Editora, 2019, 48.

⁵⁸ Guilherme de Oliveira (nota 21), 470.

Concluimos, portanto, que o estabelecimento da filiação por adoção, apesar do critério ser também o da vontade em assumir o estatuto de pai, apresenta maiores garantias de que o vínculo constituído é robusto e, por isso mesmo, capaz de oferecer à criança aquilo que ela precisa, em nome do seu melhor interesse.

Pensamos, por isso, que a vontade do adulto, autonomamente considerada, não pode ter o papel principal no estabelecimento jurídico de uma relação tão importante como a de filiação. O laço afetivo, refletido num cuidado reiterado para com a criança, deve – à semelhança do que acontece no processo de adoção – ter um peso determinante!

e) *A consideração do melhor interesse da criança*

Para VERA LÚCIA RAPOSO existem, ao lado da filiação biológica, outros laços de filiação relativamente aos quais não podemos passar ao lado: a filiação fisiológica, sociológica e contratual, sendo que “a opção de entre qual destas filiações ganha predominância num caso concreto é usualmente feita com base no critério do melhor interesse da criança”⁵⁹.

Em que é que consiste, então, este critério do melhor interesse da criança? Não será o momento para nos determos pormenorizadamente numa questão tão desafiante como esta. O interesse prático e dogmático que o tema suscita merecia um tratamento mais aprofundado, que não vamos, contudo, poder tomar em consideração nestas breves páginas que, como sabemos, se destinam à parentalidade na PMA heteróloga. Não obstante, não deixa de ser importante a consideração do melhor interesse da

criança, pois é dela que, em última instância, estamos a tratar. É tendo como fito o seu crescimento e desenvolvimento saudável que nos colocamos estas questões de complexidade acrescida.

Exigir, ao lado do consentimento, um período de tempo em relação ao qual averiguamos a existência do tratamento da criança como filho, a existência de uma relação socioafetiva, do compromisso assumido (no ato de consentimento) revelado na prática quotidiana, enfim, a concretização do projeto parental, para – então sim – estabelecer o vínculo de paternidade, é demonstrativo do valor que atribuímos ao interesse da criança.

É que, de facto, o Direito da Família está em constante transformação. Há uma evolução de conceitos, uma superação de dogmas, um sentimento generalizado de dissenso no que outrora era tomado por garantido. Por conseguinte, face ao “incremento exponencial da monoparentalidade e das suas possíveis variações, (é hoje) assente que a biparentalidade tradicional não é sinónimo de exclusiva fonte de felicidade para os filhos”⁶⁰, pelo que se rebate, mais uma vez, o argumento da biparentalidade como garante do melhor interesse da criança.

Entendemos, no entanto, que este critério socioafetivo deve ser analisado com cautela, isto é, sempre tendo em conta o específico caso concreto de que se trata, pois estamos cientes da dificuldade acrescida de existir um só progenitor, sem qualquer rede de apoio, a cuidar e educar a criança.

Todas estas variáveis devem ser tomadas em consideração para chegarmos ao melhor interesse da criança, que vai ditar, em última instância, o resultado a que queremos chegar: uma criança estável, segura, amada, desejada, com oportunidades de desenvolvimento e crescimento saudáveis

⁵⁹ RAPOSO, Vera Lúcia, O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro. Coimbra: Almedina, 2014. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 836-837.

⁶⁰ Helena Bolieiro; Paulo Guerra (nota 51), 571.

Trata-se, é certo, de um conceito indeterminado, que não nos deixa, não obstante, sem um caminho seguro à vista. É que o princípio do melhor interesse da criança “(...) adquire relevância quando referido ao interesse de cada menor em concreto, defendendo-se mesmo que haverá tantos interesses quantos forem os menores.⁶¹”. É aqui que reside, essencialmente, a segurança na argumentação que propugnamos. Estabelecer o vínculo jurídico da paternidade quando estamos perante um caso de IA heteróloga deve ser uma tarefa a efetuar casuisticamente, ponderando os vários fatores que concorrem para o melhor interesse daquela criança.

A vontade não se assume como um critério suficientemente seguro no que a este âmbito diz respeito, pois todos sabemos a volatilidade que lhe está inerente. É preciso, ao lado da assunção deste compromisso, assegurar que existe um vínculo capaz de resistir à incerteza das circunstâncias da vida, que existe um forte laço de afetividade entre os dois sujeitos de direitos e deveres (pai e filho) que resiste ao desgaste do tempo e que engloba a criança numa bolha de cuidado, amor, carinho e afeto, que a ajudará a desenvolver e a promover as suas capacidades da melhor e mais sã forma possível.

É este, na nossa ótica, o melhor entendimento em relação ao estabelecimento da parentalidade nestas situações, até porque havendo litígio “cabará (...) ao julgador preencher valorativamente este conceito, de conteúdo imprecisamente traçado, apreendendo o fenómeno familiar na sua infinita variedade e imensa complexidade e, numa análise sistémica e inter disciplinar da situação concreta de cada criança, decidir em oportunidade pelo que

considerar mais justo e adequado⁶²”.

Pensamos que a miríade de realidades familiares que projetam recorrer a técnicas de PMA não podem ser subsumidas num critério geral e abstrato como o que está consagrado na LPMA, que não tem em conta, sequer, o concreto interesse daquela criança ao fazer-se uso de uma presunção⁶³ que se mostra, mais das vezes, desajustada, postergando todas as orientações – inclusivamente internacionais – que impõem a consideração deste princípio fundamental, orientador e interpretativo como “um marco fundamental em toda a atuação do Estado, dos organismos públicos e particulares, famílias, comunidades e cidadãos (...)”⁶⁴.

f) *A inovadora proposta das caring relationships como «coração» do Direito da Família*

É de Jonathan Herring a corajosa proposta de repensar o Direito da Família como um ramo que se ocupa mais dos laços de cuidado e de afeto entre os sujeitos, em detrimento da visão individualizante e autónoma de satisfação das necessidades de cada um dos membros da família. O seu contributo deriva de uma perspetiva diferente e desafiante de cada um dos membros da sociedade enquanto seres vulneráveis⁶⁵, ideia que encontra alguns pontos de conexão com o personalismo ético defendido en-

⁶² Rui Amorim (nota 61), 88.

⁶³ De que o marido da mãe (ou membro da união de facto) vai ser um bom pai porque prestou o consentimento e assentiu no projeto parental.

⁶⁴ PORTUGAL, Ministério da Educação e da Ciência, Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens, Comentário geral n.º 14 (2013) sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primordialmente tido em conta, adotado pelo Comité dos Direitos da Criança, na sua décima segunda sessão (14 de janeiro – 1 fevereiro de 2013). 1ª Ed. 2017, 3.

⁶⁵ A sua proposta é a de universal vulnerability, tema amplamente tratado por Martha Fineman em obras como *Vulnerability: reflections on a new ethical foundation for law and politics*, 1st Ed. London: Martha Albertson Fineman; Anna Gear, 2013.

⁶¹ AMORIM, Rui, “O interesse do menor – um conceito transversal à jurisdição de família e crianças”. Revista do CEJ. N.º 12 (2º semestre), Lisboa, 2009. 83-115, 88.

tre nós, por exemplo, por Mafalda Miranda Barbosa⁶⁶. Pensamos, de facto, que no Direito da Família, esta conceção é ainda mais premente. Na realidade, o sujeito não pode ser configurado como um indivíduo autossuficiente. A nossa personalidade é desenvolvida pela relação simbiótica com o outro, pelo dever de cuidado e respeito para com ele, e por isso mesmo a vontade tem de estar ligada ao cuidado e respeito para com ele, nosso semelhante.

Para o Autor, o cuidado é o núcleo da realidade familiar⁶⁷, e por isso mesmo as várias funções do Direito da Família devem todas girar à volta deste conceito. Fá-lo questionando a importância tradicionalmente dada à instituição casamento, mas também analisando que laços devem relevar para estabelecer o vínculo de parentalidade. Propõe, por isso, um conceito de Família que gira à volta deste entendimento, capaz – na nossa ótica – de sobreviver às várias realidades sociais e culturais: “People providing each other with a substantial amount of *care* in a relationship marked by commitment”.⁶⁸

Esta conceção deixa importantes marcos no que à parentalidade diz respeito, e nela encontramos uma forte base de sustentação para o que supra se propôs. Centrar o Direito da Família na relação de cuidado implica que olhemos a parentalidade como um exercício quotidiano de atos de cuidado, de carinho e de afeto, e não confinados a

uma ideia simplista e superada de laços de sangue, ou de uma mera vontade desacompanhada de um outro critério garantidor.

As responsabilidades subjacentes ao estatuto de pai⁶⁹ não se podem basear apenas num vínculo biológico, isso já a lei o reconhece. Por isso mesmo, também não nos podemos bastar com um critério tão anémico como a vontade de um sujeito em assumir esse estatuto. Agir desta maneira é centralizar a figura do pai e não a da criança, e colocar num pedestal a sua vontade, satisfeita pelo Direito de modo individualizante e autossuficiente.

No âmbito da inseminação artificial heteróloga todas estas questões ganham relevo, principalmente porque não temos que dialogar com a existência de um vínculo biológico entre pai e filho, e, destarte, não temos de colocar na equação (pelo menos não com tanta veemência) a importância da verdade biológica no sistema português. Concordamos, por isso, com HERRING quando nos diz que o estatuto de pai deve ser merecido pelo carinho e dedicação à criança.⁷⁰

A parentalidade, pensamos, deve ser construída quotidianamente, ínsita no carinho e afetividade que envolve a relação daquele pai com aquela criança, traduzindo-se, naturalmente, numa relação socioafetiva. Só assim estará aquele apto a tomar as decisões que melhor se coadunam ao interesse da criança⁷¹.

A vontade autonomamente considerada – voltamos a frisar – pouco contribui para uma relação estável que permita garantir o seu saudável desenvolvimento.

⁶⁶ Sobre este aspeto, v.g. BARBOSA, Mafalda Miranda, Estudos de Teoria Geral do Direito Civil. 1ª Ed. Cascais: Principia, 2017. Importantes relativamente a este tema são também os contributos de SOTTOMAYOR, Maria Clara, Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio. 6ª. Ed., Coimbra: Almedina, 2014 e PEDRO, Rute Teixeira, “A visão personalista da família e a afirmação de direitos individuais no seio do grupo familiar – A emergência de um novo paradigma decorrente do processo de constitucionalização do Direito da Família” in Pessoa, Direito e Direitos, Coord. Nuno Manuel Pinto Oliveira, Benedita Mac Crorie, Centro de Investigação Interdisciplinar Escola de Direito da Universidade do Minho, 2013, 313-342.

⁶⁷ HERRING Jonathan, *Caring and the law*. Oxford: Hart Publishing, 2013, 187.

⁶⁸ Jonathan Herring (nota 67), 194.

⁶⁹ Recordamos que nos cingimos, na nossa pesquisa, ao estabelecimento da paternidade, maxime no âmbito de Inseminação Artificial, embora reconhecemos que há espaço para repensar estas ideias no estabelecimento da filiação em geral.

⁷⁰ Jonathan Herring (nota 67), 200.

⁷¹ “We should give parental status and parental rights in accordance with the principle of the promotion of the welfare of the child” – Jonathan Herring (nota 67), 200.

A SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DURANTE O CASAMENTO E A SUA (DES) CONSIDERAÇÃO NA UNIÃO DE FACTO

Andréa Camila Pires Carlos

Estudante de Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil, FDUC

Resumo: *Com o aumento crescente de pessoas a viver em união de facto, uma questão tem assumido um papel de destaque, a possível aplicação de normas previstas para o casamento à situação de facto juridicamente protegida.*

A nosso ver, o princípio da proteção da união de facto não exige a equiparação, são figuras formal e materialmente distintas e o tratamento diferenciado justifica-se pelo princípio da igualdade. No entanto, tal não significa que não se confira a mesma proteção aos unidos de facto da que se confere aos cônjuges, desde que haja verdadeiramente uma semelhança entre as situações e que a finalidade da norma assim o exija.

Nesse sentido, o presente estudo debruçar-se-á sobre a possibilidade de estender à união de facto a suspensão da prescrição que se verifica durante o casamento, ao abrigo da alínea a) do artigo 318.º do Código Civil, precisamente com base na teologia da norma.

Palavras-chave: *prescrição no direito civil, casamento, efeitos do casamento, união de facto*

Abstract: *With the increasing number of people in a de facto union, the possibility of application of legal norms provided for marriage to that legally protected partnership has been a topic of great discussion.*

From our point of view, the required protection of the de facto union does not impose that equivalence, they are formally and materially distinct figures, and the differentiated treatment is justified by the equality principle. However, this does not mean that the protection conferred to the spouses can't be extended, if the norm demands it.

In that sense, the present study will focus on the eventual application to the de facto union of paragraph a), article 318 from the Civil Code, that determines the suspension of prescription that occurs during marriage, based precisely on its matter of being.

Keywords: *prescription in civil law, marriage, marriage effects, de facto union*

1. Introdução

O aumento progressivo das pessoas que optam por viver em união de facto¹ torna imperativo determinar a relevância que a “situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivem em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”² deve assumir e quais os efeitos jurídicos que lhe devem estar associados.

Considerando que a própria lei refere que os unidos de facto vivem em “condições análogas à dos cônjuges”, embora sejam formal e materialmente distintas, assume particular importância saber o que do seu regime pode ser aplicado à situação de facto juridicamente protegida.

Neste âmbito, uma das questões que se impõe é se a suspensão da prescrição prevista na alínea (al.) a) do art. 318.º do Código Civil (CC), que prevê que durante o casamento os prazos de prescrição se suspendam, deve ser considerada na união de facto. A lei não refere expressamente essa hipótese, pelo que, aparentemente, a causa de suspensão não pode ser aplicada. Contudo, tendo em conta a razão de ser da norma, é de ponderar se faz sentido afastar a sua aplicação ou, ao invés, defendê-la.

¹ Em 2021, 1.008.604 pessoas viviam em união de facto, mais 38.2% que em 2011 (729.832). Dados de INE, PORDATA, consultáveis em: <https://www.pordata.pt/portugal/populacao+residente+em+unioes+de+facto+segundo+os+censos-2649-222898> [Consult. 29 nov. 2023].

² Artigo 1.º/2 da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio na sua redação atual

No presente trabalho, tratamos esta problemática, abordando de forma breve a figura da prescrição no direito civil, fundamental à promoção da estabilidade e segurança jurídica, e as causas de suspensão, particularmente em relação aos cônjuges. Questionamos se será possível uma analogia ou interpretação extensiva com o seu regime e, sendo a resposta afirmativa, quais as dificuldades suscitadas neste caso concreto.

2. A prescrição e a sua suspensão no direito civil

2.1 Considerações gerais e breve distinção com a caducidade

Todos os dias somos confrontados com atos de outras pessoas ou acontecimentos naturais que são juridicamente relevantes, atos jurídicos que desencadeiam, por sua vez, efeitos jurídicos. Estes consistem essencialmente na aquisição, modificação ou extinção de direitos, que surgem de relações relevantes para o Direito.

Uma forma particular de extinção de direitos é a correspondente à prescrição³. Note-se que não é unânime a sua caracterização enquanto tal, havendo autores, como CUNHA DE SÁ, que a consideram apenas um “facto modificativo das obrigações”⁵.

A prescrição tem como fonte um facto jurídico involuntário, o decurso do tempo⁶, e, como se

verifica na caducidade, o direito deixa de existir na esfera jurídica do seu titular por este não o exercer durante um determinado prazo previsto na lei, embora hajam importantes diferenças no seu regime jurídico a assinalar. Nos termos do n.º 2 do art. 298.º CC, se a lei prevê um certo tempo para o direito ser exercido, são aplicadas as regras da caducidade, exceto se referir expressamente a prescrição. Adota, portanto, um critério formal para regular a distinção entre ambas, mas a diferença deve extrair-se dos fundamentos que lhes subjazem.

O fundamento basilar da prescrição é sancionar a “inércia negligente do titular do direito”⁷, que não o exerceu durante certo tempo, quando era expectável que o fizesse, se estivesse interessado. Esta negligência torna-o, assim, “indigno de proteção jurídica”⁸.

Surgem, de seguida, razões de conveniência ou oportunidade. Não se compatibiliza com a certeza e segurança nas relações jurídicas a ideia de qualquer pessoa poder ser demandada a todo o tempo, além de que, com o decurso deste, a prova de um eventual cumprimento torna-se quase impossível por parte do devedor. Paralelamente, o instituto exerce pressão sobre o credor para não descuidar o exercício ou efetivação do seu direito, se dele não quiser abdicar.

Na caducidade, por seu turno, “só o aspeto objetivo da certeza e segurança jurídica é tomado em conta”⁹, o que explica que, ao invés do que se verifica na outra figura, seja apreciada oficiosamente pelo tribunal e não haja situações, em princípio, que levem à sua suspensão ou interrupção.

É de realçar, como prevê o n.º 1 do art. 298.º CC, que nem todos os direitos estão sujeitos a

³ A prescrição em consideração é unicamente a extintiva ou negativa, não a prescrição aquisitiva ou positiva através da qual se adquirem direitos reais.

⁴ PINTO, Carlos Alberto Mota - Teoria Geral do Direito Civil, 5ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Gestlegal, 2020, 359 e ss.

⁵ SÁ, Fernando Augusto Cunha de – “Meios de extinção das obrigações”. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. I. Coimbra: Almedina, 2002, 171.

⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15 de maio de 2012, proc. n.º 885/09.5T2AVR.C1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>

⁷ PINTO, Carlos Alberto Mota (nota 5), 359.

⁸ ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de – Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II, 9ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, 445.

⁹ PINTO, Carlos Alberto Mota (nota 5), 376.

prescrição, retiram-se do seu âmbito os direitos indisponíveis, como os direitos de personalidade, e aqueles declarados isentos por lei, por exemplo, o direito de propriedade, o que resulta diretamente da imprescritibilidade da ação de reivindicação (art. 1313.º CC).

2.2 Efeitos da prescrição

Para ser eficaz, esta figura carece de ser invocada, judicial ou extrajudicialmente, pelo devedor, pelo que não importa, *ipso iure*, a extinção do direito¹⁰. Quando invocada, de acordo com o art. 304.º CC, o devedor pode licitamente recusar o cumprimento da sua prestação ou opor-se à realização do direito, mas, se cumprir voluntariamente, não pode reaver o que tinha prestado. O exposto verifica-se mesmo que este não tenha conhecimento de que a obrigação já prescrevera, uma vez que o credor goza da *soluti retentio* (faculdade de retenção do pagamento). A obrigação, antes civil, converteu-se em obrigação natural. No caso de existir aquele conhecimento, considera-se que houve renúncia tácita, nos termos do n.º 2 do art. 302.º CC.

Como se trata de um regime imperativo, não pode ser modificado por estipulação negocial, sendo nulos todos os negócios jurídicos que modifiquem os prazos previstos na lei ou que se destinem a “facilitar ou dificultar por outro modo as condições em que a prescrição opera os seus efeitos” (art. 300.º CC).

2.3 Suspensão da prescrição

2.3.1 Causas de suspensão

A lei portuguesa prevê casos em que a prescrição se suspende ou se interrompe. Relativamente à suspensão, sustêm-se a contagem do tempo para não se incluir no prazo o tempo que decorreu ou só se inicia o dito prazo após a cessação da sua causa justificativa. No que concerne à interrupção, o prazo recomeça do zero e inutiliza-se o tempo já decorrido.

A suspensão justifica-se pela existência de especiais circunstâncias que impedem o credor de exercer o seu direito ou que justificam a sua inércia e distingue-se entre causas suspensivas subjetivas/pessoais (art. 318.º a 320.º CC) e causas suspensivas objetivas/reais ou materiais (art. 321.º CC), com base no critério da maior ou menor relação dos sujeitos da relação prescribenda¹¹. As primeiras assentam na consideração de qualidades pessoais de um dos sujeitos da relação jurídica (causa unilateral) ou dos dois (causa bilateral, derivam da particular relação entre o credor e o devedor), enquanto as segundas atendem a qualidades extrínsecas destes, a especiais situações ou posições em que eles se encontrem.

2.3.2 Taxatividade das causas de suspensão

Uma questão a destacar é se as causas suspensivas são unicamente as previstas na lei, se o elenco é, ou não, taxativo, o que terá importantes consequências na possível aplicação à união de facto da norma que prevê a suspensão durante o casamento.

Para MANUEL DE ANDRADE¹², as causas suspensivas são típicas, o elenco apresentado é taxativo, na

¹⁰ LIMA, Fernando Andrade Pires de/VARELA, João de Matos Antunes com a colaboração de Manuel Andrade Mesquita – Código Civil Anotado, Vol. 1, 4ª ed. rev. e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, 270 e ss.

¹¹ ANTUNES, Ana Filipa Morais – Prescrição e caducidade: anotação aos artigos 296.º a 333.º do Código Civil, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 201.

¹² ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de (nota 9), 457.

medida em que se tratam de normas excepcionais e a regra é a prescrição correr contra qualquer pessoa. No seu entendimento, quando se verifiquem situações que, à luz da experiência comum, impossibilitem o credor de agir por outras causas que não as previstas, como por exemplo doença ou desastre natural, deve aplicar-se o n.º 4 do art. 139.º do Código de Processo Civil, segundo o qual um ato pode ser praticado fora do prazo perentório em caso de justo impedimento. Assim, o credor sempre poderá intentar uma ação para exercer o seu direito, se conseguir provar que se verificou um justo impedimento e se o fizer com a maior brevidade quando aquele cessar. O autor refere ainda que o exposto só será, todavia, considerado nos casos em que o prazo de prescrição estiver a terminar quando se verifique a causa que o impediu de agir.

Adotando esta posição, em que as normas que consagram causas suspensivas são excepcionais, na medida em que o prazo prescricional é, na falta de outra disposição, contínuo, não poderá haver lugar a integração analógica, de acordo com o art. 11.º CC. No entanto e, com base no mesmo artigo, sempre se poderá defender uma interpretação extensiva destas normas, se, no caso concreto, se justificar. Voltaremos a este ponto numa fase mais avançada do estudo.

3. A al. a) do art. 318.º do Código Civil

3.1 A suspensão da prescrição durante o casamento

O art. 1576.º CC consagra, como fonte das relações jurídicas familiares, o casamento, entendido no direito português como “o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida” (art. 1577.º CC). Deste, resulta um vínculo jurídico

peculiar do qual surgem efeitos pessoais, como a vinculação recíproca a deveres conjugais, e patrimoniais. Uma “pessoa casa e, depois, é outra, é juridicamente outra. É outra a condição da sua pessoa, como é outra a situação dos seus bens”¹³.

A al. a) do art. 318.º CC estipula que a “prescrição não começa nem corre entre os cônjuges, ainda que separados judicialmente de pessoas e bens”. Consagra uma causa subjetiva bilateral de suspensão da prescrição, porque é fundada nas qualidades pessoais das partes, os cônjuges, e na relação entre eles.¹⁴ O artigo refere, ainda, a separação judicial de pessoas e bens. Entende-se que, mesmo nestes casos, embora o vínculo conjugal esteja enfraquecido, se mantém uma “relevância interpessoal suficiente”¹⁵ para os cônjuges não pedirem o divórcio. Juridicamente, ainda estão casados e podem a todo o tempo restabelecer o exercício pleno dos direitos e deveres conjugais (art. 1795.º-C CC).

3.2 A ratio legis da norma

Conseguem extrair-se dois motivos fundamentais para o legislador ter previsto a suspensão dos prazos de prescrição durante o casamento, ambos com o intuito de proteger o cônjuge credor e evitar que este seja forçado a exercer judicialmente o seu direito para que este não prescreva.

Pretende-se evitar uma situação de litígio, na medida em que o recurso a um tribunal acarreta, necessariamente, uma “hostilidade pessoal”¹⁶, anormal entre os cônjuges, passível de comprometer

¹³ COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de – Curso de Direito da Família, Vol. I, 5ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, 395.

¹⁴ A suspensão da prescrição durante o casamento já constava do Código de Seabra, n.º 1 do art. 551.º.

¹⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de/VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – Teoria Geral do Direito Civil, 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, 386.

¹⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS (nota 17), 392.

a harmonia entre estes e a paz familiar e, num caso extremo, até a continuidade do casamento. Simultaneamente, proteger o cônjuge credor que, por uma eventual ascendência que o outro tenha sobre si, por temor reverencial (receio de desagradar a pessoa de que se é psicológica, social ou economicamente dependente) ou preocupação com a estabilidade familiar e com eventuais filhos, nunca exigiria a prestação devida ou a realização do seu direito.

Pelo exposto, justifica-se que a inércia prolongada do titular do direito não seja desvalorada e que o prazo só se inicie ou continue a correr com a dissolução do casamento.

3.3 O fundamento da norma

Sem prejuízo dos motivos explanados serem defendidos de forma praticamente unânime, existe divergência quanto ao que fundamenta a norma, isto é, quanto à razão da distinção entre o casamento e outros vínculos jurídicos.

Para ROSSANA MARTINGO CRUZ¹⁷, esta causa bilateral de suspensão assenta na relação de confiança e especial proximidade entre os cônjuges que têm uma vida em comum. Em sentido oposto, decidiu o Tribunal da Relação de Coimbra¹⁸, pugnano pela distinção baseada no vínculo jurídico do casamento e na relação jurídica familiar que dele emerge. Embora, à primeira vista, possa transparecer que tal não assume especial relevância, será justamente a escolha por uma das opções apresentadas que justificará a aplicação ou não desta norma à união de facto. No âmbito desta, pode defender-se que existe uma especial proximidade entre os unidos,

¹⁷ CRUZ, Rossana Martingo – União de facto vs. casamento: Questões pessoais e patrimoniais, 2ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2023, 292 e ss.

¹⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15 de maio de 2012, proc. n.º 885/09.5T2AVR.C1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>

mas certamente não se pode afirmar que existe um vínculo jurídico formal como existe no casamento.

4. A suspensão da prescrição no âmbito da união de facto

4.1 A união de facto no ordenamento jurídico português

4.1.1 A situação de facto

Como se retira da própria designação, a união de facto traduz-se numa situação de facto, que se constitui quando os membros começam a viver em comunhão de leito, mesa e habitação, à qual a lei atribui efeitos jurídicos, se durar há mais de dois anos¹⁹. É regulada especialmente pela Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, na sua redação atual, que adotou medidas para a sua proteção, embora esteja longe de ser unânime a proteção que lhe deve ser conferida.

Consideramos que se trata de uma fonte das relações jurídicas familiares, em contraposição dos que defendem que o elenco previsto no art. 1576.º CC é taxativo. Quer-se um sistema que, conjuntamente, proteja as partes e se adapte à realidade em que elas vivem, o legislador não pode ignorar o atrás referido aumento crescente das pessoas que optam por “unir-se” sem casar, nem a evolução social do conceito de família.

Aliás, no nosso entendimento, o princípio da proteção da união de facto decorre da Constituição da República Portuguesa, quer seja diretamente resultante da abertura constitucional do conceito de família presente no n.º 1 do art. 36.º, como defendem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, que con-

¹⁹ Requisito temporal que constitui condição de eficácia, exigido pelo artigo 1.º/2 da Lei n.º 7/2001 de 11 de maio, na sua redação atual, que presume que a convivência em comum já é estável.

sideram que não se deve admitir a redução desse conceito à família “matrimonializada”²⁰, quer esteja abrangida pelo direito ao livre desenvolvimento do art. 26.º, como sustentam PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA^{21, 22}

4.1.2 Breve comparação com a figura do casamento

Os membros de uma união de facto não estão vinculados pelos deveres pessoais que o Código Civil prevê para as pessoas que estão ligadas pelo vínculo formal do casamento, sem prejuízo de lhe serem atribuídos alguns efeitos pessoais em virtude da relação que os une²³, veja-se a possibilidade de estes poderem adotar conjuntamente (art. 7.º da Lei n.º 7/2001), por exemplo.

Quanto aos efeitos patrimoniais, estão sujeitos ao regime geral das relações obrigacionais e reais, não existe um regime de bens que vigore entre os unidos de facto, o que não prejudica a possibilidade de convencionarem entre si determinados aspetos, ao abrigo do princípio da autonomia privada, através dos “contratos de coabitação”, assim como a divisão dos bens que venham a adquirir como casal enquanto proprietários, desde que as cláusulas do contrato não violem disposições imperativas da lei.

Diversamente, os cônjuges assumem um compromisso do qual resultam limitações sérias aos seus direitos pessoais e patrimoniais. São, efetiva-

mente, figuras formal e materialmente distintas e não pretendemos fazer uma total equiparação entre elas, desde logo por obediência ao princípio da igualdade (art. 13.º CRP), mas questionar se uma concreta norma prevista para o casamento poderá, como tem sido defendido noutras situações, ser aplicada à união de facto. Pense-se, a título exemplificativo, na posição²⁴ que tem defendido que a alínea b) do art. 1691.º CC, segundo a qual os cônjuges são solidariamente responsáveis pelas dívidas contraídas para proveito comum do casal, se deve estender à união de facto.

Sem desconsiderar as diferenças assinaladas, do ponto de vista fáctico, a convivência existente entre os cônjuges é similar à dos membros da união de facto, ambos têm uma vida social e económica em comum e ao percorrer a Lei n.º 7/2001 entendemos ser evidente que o legislador pretendeu aproximar alguns efeitos aos vigentes para o casamento, em certos casos refere, precisamente, o regime jurídico aplicável a pessoas casadas.

Neste contexto, interrogamo-nos se será defensável a extensão da suspensão da prescrição, que dura enquanto durar o casamento, à união de facto. Cientes dos obstáculos, cremos que sim.

Antes de prosseguirmos, é interessante notar que a al. a) do art. 318.º CC não é a única norma que prevê o diferimento da satisfação de um crédito de um cônjuge sobre o outro. O art. 1697.º consagra, expressamente, que quando surge um crédito de compensação, seja por um dos cônjuges ter pago mais do que lhe competia por dívidas da responsabilidade de ambos, seja porque responderam bens comuns por uma dívida da exclusiva res-

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital Martins – Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª edição revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 559.

²¹ COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de (nota 15), 61.

²² Veja-se, ainda, a nota explicativa do art. 9.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, disponível em: <https://fra.europa.eu/pt/eu-charter/article/9-direito-de-contrair-casamento-e-de-constituir-familia#explanations>

²³ OLIVEIRA, Guilherme de com a colaboração de Rui Moura Ramos – Manual de Direito da família, 2.ª ed, reimpressão. Coimbra: Almedina, 2023, 381 e ss.

²⁴ COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de (nota 15), 87. Ainda, COELHO, Francisco Pereira – Estatuto patrimonial da união de facto: possibilidades e limites da extensão (“teleológica”) do regime do casamento. In *Jurgar*, n.º 40. Coimbra, Almedina, 2020, 99 e ss.

ponsabilidade de um dos cônjuges, este só é exigível no momento da partilha²⁵, excetuados os casos em que vigora o regime da separação.

Uma das operações da partilha, à qual se procede após a cessação das relações patrimoniais²⁶ entre os cônjuges, é justamente a liquidação do património comum, em que se calculam as compensações devidas, sejam as referidas ou outras resultantes das “transferências de valores entre os patrimónios”²⁷.

4.2 O problema

4.2.1 Possibilidade de extensão da alínea a) do art. 318.º CC

As causas subjetivas bilaterais de suspensão têm como fundamento a relação entre as partes, o que explica um tratamento diferenciado no instituto da prescrição, sendo a relação entre os cônjuges o primeiro caso previsto no art. 318.º CC. A primeira questão a que se impõe responder é, portanto, o que determina a relevância dada a esta relação? O vínculo jurídico que une as partes ou a especial proximidade entre elas? Na senda de ROSSANA MARTINGO CRUZ, tendemos a optar pela segunda opção.

A oficialização, através da celebração do contrato de casamento, que cria o vínculo jurídico, só reafirma a estabilidade e robustez de uma relação de proximidade, que surja, em princípio e no contexto social e cultural atual em Portugal, previamente à referida celebração. É a especial relação das partes que assumem um propósito de vida em comum e a

necessidade de proteger a continuidade dessa vida em comum que o torna causa de suspensão.

Ora, esta relação de especial proximidade e confiança existe no âmbito da união de facto, ainda que tenha contornos jurídicos diferentes. Faticamente, o carácter íntimo da convivência é igual. Esta similitude não tem sido ignorada pelo legislador, o que se comprova pela leitura das medidas de proteção previstas na Lei n.º 7/2001 e por diversas normas das diferentes áreas do Direito. Os unidos de facto podem recusar-se a depor como testemunhas no processo civil (al. *d*) do n.º 1 do art. 497.º CPC) e no processo penal (al. *b*) do n.º 1 do art. 134.º CPP), a relação análoga às dos conjugues é motivo de impedimento de participação em procedimento administrativo (al. *b*) do n.º 1 do art. 69.º CPA), entre muitas outras disposições.

No caso concreto da suspensão da prescrição, o que fundamenta o regime, a necessidade de proteger a harmonia familiar e não “obrigar” as partes a confrontarem-se em tribunal e proteger o credor que, pelos motivos explanados, abdicaria do seu direito, são situações que não devem ser desconsideradas em relação aos membros da união de facto, como não deve ser ignorada a evolução do conceito de família.

Pelo que, considerando a *ratio* da al. *a*) do art. 318.º CC, não podemos tomar outra posição que não seja estender a solução à união de facto. Porém, tal não é isento de dificuldades.

4.2.2 Analogia ou interpretação extensiva

A aplicação da suspensão da prescrição à união de facto pressupõe, naturalmente, um processo metodológico que explicita o modo como a extensão se realiza. Por motivos sistemáticos, adotaremos unicamente a distinção entre analogia e interpretação extensiva refletida no art. 11.º CC, embora não ignoremos a proposta jurisprudencialista de

²⁵ Para alguns autores a opção pelo diferimento para o momento da partilha não é “indiscutível”, veja-se, por exemplo, COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de (nota 15), 511.

²⁶ A cessação das relações patrimoniais verifica-se por dissolução do casamento, declaração de nulidade ou anulação deste ou separação de pessoas e bens (art. 1688.º CC).

²⁷ OLIVEIRA, Guilherme de com a colaboração de Rui Moura Ramos (nota 25), 212.

CASTANHEIRA NEVES e a forma como alterou o entendimento sobre os resultados da interpretação²⁸.

A analogia consiste na aplicação de uma regra jurídica a um caso concreto não previsto na lei, quando se considere que, embora o problema do caso e o tipo de problema pressuposto pela norma não sejam exatamente iguais, haja uma semelhança substancial que justifique a mobilização da regra para a resolução do caso. A interpretação extensiva, por sua vez, verifica-se quando o intérprete conclui que a letra da lei ficou aquém do seu espírito e, por isso, estende a norma a outros casos (não abrangidos pelo texto) que considera estarem abrangidos no seu campo de aplicação. Assume a forma de extensão teleológica, quando o alargamento deste resulta da razão de ser da norma, da sua finalidade.

Quanto à analogia, para determinar a sua possível utilização, impõe-se a tomada de posição quanto à excecionalidade das alíneas do art. 318.º CC, pois, a considerar que são normas excecionais, não será possível defender, por força do art. 11.º CC, uma integração analógica. O prazo de prescrição é, em regra, contínuo, corre sem interrupções ou suspensões e contra qualquer pessoa, o que justifica que a suspensão do prazo só se verifique em situações extraordinárias para atender a interesses também eles específicos. Assim, como defende MANUEL DE ANDRADE²⁹, pugnamos pela excecionalidade das causas suspensivas e, consequentemente, pela proibição da analogia. As normas excecionais contrariam as normas gerais por motivos de força maior pelo que não faria sentido alargar sem mais o seu âmbito de aplicação.

Não obstante, as normas excecionais admitem

interpretação extensiva. Neste sentido, o que está em causa é abranger não apenas casos semelhantes, mas também casos já enquadrados no sentido da norma que não resultam diretamente da letra desta. Julgamos que é, exatamente, através deste resultado da interpretação que se deve estender a suspensão da prescrição consagrada na al. a) do art. 318.º CC à união de facto.

Como referido, a finalidade desta causa suspensiva pode verificar-se na situação de facto, cuja proximidade existencial entre as partes é idêntica da que existe entre os cônjuges. Portanto, através de uma extensão teleológica, faz sentido defender a extensão da norma, de forma a abranger os unidos de facto.

Em sentido oposto, já decidiu o Tribunal da Relação de Coimbra³⁰, pela impossibilidade de analogia ou interpretação extensiva. Todavia, parte de uma premissa distinta, que a união de facto não deve ter-se como relação de família.

Não se pretende defender, reforce-se, uma total equiparação entre as duas figuras, nem consideramos que se deve aplicar todo o regime do casamento à união de facto³¹, já que as partes não quiseram adotá-lo, mas sim conferir proteção neste aspeto em que existe factualmente uma semelhança entre elas³². Tanto na união conjugal, como na de facto, as partes não devem ser obrigadas a exercer judicialmente o seu direito para que este não prescreva, enquanto durar a relação que as une.

28 Castanheira Neves considera que é metodologicamente impossível distinguir entre interpretação extensiva e analogia, vide, NEVES, António Castanheira – Metodologia Jurídica, Problemas fundamentais, 1ª ed. reimpressão. In *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 265.

29 ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de (nota 9), 457.

30 Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15 de maio de 2012, proc. n.º 885/09.5T2AVR.C1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>

31 Rossana Martingo Cruz considera que não existe verdadeiramente uma “ausência de normas jurídicas”, vide, CRUZ, Rossana Martingo (nota 19), 144.

32 XAVIER, Rita Lobo – “O estatuto privado dos membros da união de facto”. In *Scientia Iuridica*, Tomo LXIV, n.º 338 (2015). Braga: Universidade do Minho, 2015, 283 e ss.

4.2.3 O problema em outros ordenamentos jurídicos

Os obstáculos a uma possível extensão podiam ser superados, se o legislador português, numa próxima alteração ao regime da união de facto, consagrasse, expressamente, que a prescrição não começa nem corre entre os membros desta, hipótese já prevista em outros ordenamentos jurídicos.

Em Itália, a *Legge* 20 maggio 2016, n.º 76 (designada de *Legge Cirinná*), prevê, expressamente no n.º 18 do art. 1.º, que o prazo de prescrição fica suspenso entre as partes da união civil, sendo esta entendida como a união oficial, afetiva e económica entre duas pessoas do mesmo sexo.

Similarmente, tanto o *Code Civil Français* como o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), consagram que a prescrição se suspende entre, respetivamente, os membros do pacto civil de solidariedade (article 2236) e os da união civil (§ 207), figuras especialmente reguladas pelo Estado, tanto a nível pessoal como patrimonial.

Ainda a título exemplificativo, no Brasil, o Enunciado n.º 296 do Conselho de Justiça Federal explicitou que a prescrição não corre enquanto durar a união estável, união pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família.

É evidente que as figuras enunciadas, que se traduzem igualmente em uniões em condições análogas às dos cônjuges, assumem contornos jurídicos distintos, em regra, são alvo de formalização, o seu regime é mais rigoroso e, se por um lado conferem mais proteção às partes, estas assumem mais obrigações perante elas e a sociedade, no entanto são um indicativo de que a alteração legislativa não seria, de todo, infundada.

4.2.4 Eventuais dificuldades

Sem prejuízo do exposto, a suspensão da prescrição durante a união de facto, seja por interpretação extensiva da al. a) do art. 318.º CC, seja por uma futura e eventual consagração expressa da hipótese na lei, suscita dificuldades que não ignoramos, atinentes sobretudo a prazos e prova.

Pressupondo a aplicação extensiva, a partir de quando a prescrição se suspende? Desde o momento em que os membros da união de facto começam a partilhar “leito, mesa e habitação” ou só após 2 anos, lapso temporal que a Lei n.º 7/2001 exige para que lhe sejam atribuídos os efeitos jurídicos que prevê? No polo oposto, quando começa ou continua a correr o prazo da prescrição? Qual a circunstância que marca definitivamente o fim da união de facto? E como se prova o seu início e o seu fim?

Como assinala RITA LOBO XAVIER³³, a falta de formalização da relação da união de facto, que não é objeto de qualquer registo, dificulta a demonstração dos factos que a lei exige para a sua relevância jurídica, sobretudo do início desta. Enquanto situação de facto, constitui-se quando os sujeitos “se juntam”³⁴, mas não existe um marco temporal concretamente delimitado.

Em concordância com o já previsto pelo legislador, na supramencionada Lei, e na falta de previsão de qualquer formalidade, entendemos que a relação pode ser provada “por qualquer meio legalmente admissível”, assumindo a prova testemunhal um papel preponderante. É inequívoco que as testemunhas não têm um conhecimento absoluto da intimidade das partes, mas, a partir do que for conhecido, poderão presumir-se, à luz da experiên-

³³ XAVIER, Rita Lobo – A união de facto e a lei civil no ensino de Francisco Pereira Coelho e na legislação atual. In *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, 653 e ss.

³⁴ COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de (nota 15), 71.

cia comum, outros factos desconhecidos. Admite-se, conjuntamente, uma declaração emitida pela junta de freguesia competente, acompanhada por um compromisso de honra de cada um dos unidos de facto.

Quanto ao momento em que a prescrição se suspende, apesar do nosso entendimento ser que a causa suspensiva se baseia na especial proximidade das partes e esta se iniciar quando “se juntam”, aplicar o referido prazo de dois anos exigidos para que a união seja legalmente protegida parece ser a solução mais adequada. Só assim se garante a estabilidade do relacionamento, ou seja, que não é qualquer relação que pode beneficiar dos direitos previstos³⁵. O simples iniciar da vida “análoga à dos cônjuges” não demonstra uma séria intenção de um compromisso de vida.

Para a dissolução da união de facto, por rotura ou morte, momento que marcaria o início ou a continuação da contagem do prazo, o art. 8.º da Lei n.º 7/2001 já prevê a hipótese de ser judicialmente declarada. Na verdade, é útil que a declaração seja proferida na ação em que o interessado pretende fazer valer os seus direitos, o que atenua os problemas neste ponto. O mesmo se poderia defender quanto ao início, quer dizer, ser possível propor uma ação, por exemplo, de simples apreciação positiva, que declarasse o início da união de facto. Contudo, como alerta JOSÉ PITÃO³⁶, tal comportaria o risco de os membros desta se aproveitarem da ação para retirar efeitos favoráveis quando a união já tivesse cessado³⁷. Não se consegue controlar a dissolução de todas as uniões de facto.

As dificuldades seriam ultrapassáveis se optássemos pelo registo, mas tal levanta outras tantas questões, desde logo pelo modo com a união é configurada no ordenamento jurídico português.

Conclusão

No presente estudo, propusemo-nos questionar a possibilidade de estender a solução contida na al. a) do art. 318.º CC, segundo a qual a prescrição não começa nem corre entre cônjuges, aos membros da união de facto, cujo relevo social e jurídico aumentou exponencialmente nas últimas décadas.

Ao percorrer as finalidades subjacentes à norma e apoiados em dois pensamentos basilares da nossa construção, nomeadamente que a relevância dada ao casamento para que se verifique a suspensão se justifica não no vínculo jurídico, mas na relação de especial proximidade das partes, que existe de forma idêntica na união de facto, e na consideração desta como fonte de uma relação jurídica familiar, pugnamos pela extensão com recurso a uma interpretação extensiva, deixando em aberto uma possível alteração legislativa nesse sentido.

A objeção principal com que nos deparamos foi sempre a aproximação das duas figuras, do casamento e da união de facto. No entanto, como tivemos oportunidade de expor, não pretendemos uma equiparação entre elas, nem a aplicação indiscriminada do regime do primeiro à situação de facto juridicamente protegida, mas conferir a mesma proteção aos membros da união de facto, quando haja razões relevantes e suficientes para o fazer. Atribuir mais efeitos jurídicos à união de facto não implica, de todo, igualá-la ao casamento, muito menos diminuir os efeitos jurídicos deste.

³⁵ CRUZ, Rossana Martingo - Casamento & União de facto: questões de jurisdição civil [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. [Consult. 28 nov. 2023]. Disponível em: https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=V1cj_6pom9Y%3D&portalid=30

³⁶ PITÃO, José António França – Uniões de facto e economia comum, 3ª ed. revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2011, 74 e ss.

³⁷ O Tribunal da Relação de Lisboa já se pronunciou sobre a impossibilidade de o Tribunal declarar o reconhecimento da união de facto de forma autónoma, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de outubro de 2006, proc. n.º 7509/2006-2, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>

OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS A ASCENDENTES: A INVERSÃO NATURAL DE UM DEVER DE ASSISTÊNCIA RECÍPROCO

Inês Nogueira Cardoso

Mestranda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Resumo: *Os filhos dependem dos pais desde o primeiro minuto de vida. E os pais, dependerão em algum momento dos seus filhos? À luz de um princípio de reciprocidade dos deveres familiares, pais e filhos encontram-se mutuamente vinculados a uma obrigação de prestar alimentos. Esta obrigação torna-se mais evidente na esfera jurídica dos filhos em situações de desemprego, doença ou invalidez dos pais, ou em situações de necessidade decorrentes do seu envelhecimento, caracterizadas mais das vezes por uma incapacidade física ou psíquica de prover à sua subsistência. O expressivo envelhecimento da população impõe uma reflexão quanto ao grau de (in)suficiência da tutela jurídica dos mais velhos assegurada pela solidariedade familiar. Destarte, não descurando contendas suscitadas recentemente nos tribunais nacionais, bem como sugeridas doutrinariamente, analisaremos diversas questões sobre o regime jurídico desta obrigação alimentar, com vista a uma apreciação crítica sobre a necessidade de potenciar a tutela jurídica dos ascendentes credores dos seus descendentes.*

Palavras-Chave: *obrigação de alimentos; solidariedade familiar; ascendentes; descendentes.*

Abstract: *Children depend on their parents from the first moment of their lives. And the parents, will they depend on their children at some point? Under the light of a principle of reciprocity of family obligations, parents and children are mutually bound to a maintenance obligation. This obligation becomes more relevant in the children's legal sphere in situations of unemployment, illness, or disability of their parents, or in situations of need due to their aging, often characterized by a physical or mental inability to provide for their own subsistence. The significant population ageing requires a reflection on the (in)sufficiency of elderly's legal protection ensured by family solidarity. Therefore, without neglecting disputes recently raised*

up in national courts, as well as suggested doctrinally, we will analyze several questions about the maintenance obligation's legal framework, towards a critical assessment of the necessity to enhance the legal protection of ascendants creditors of their descendants.

Keywords: *maintenance obligation; family solidarity; ascendants; descendants.*

1. Introdução

As atuais sociedades ocidentais caracterizam-se por um acentuado envelhecimento da população¹, acompanhado de um envelhecimento da própria população idosa². Esta realidade social, sem precedentes, levanta importantes questões sociais, nomeadamente o desequilíbrio entre gerações³. O aumento da esperança média de vida, associado às diminutas taxas de natalidade, determina uma nova

¹ Em Portugal, os censos de 2021 mostraram um aumento de 20,6 % da população idosa (indivíduos com idade igual ou superior a 60 anos) face aos censos de 2011. De acordo com os dados recolhidos pelo Instituto Nacional de Estatística (INE), traçou-se um “índice de envelhecimento da população” de 182, determinando que existem, em Portugal, 182 idosos para cada 100 jovens (indivíduos dos 0 aos 39 anos). INE, Censos 202: Resultados definitivos, Lisboa, INE, I.P., 2022, p. 16 a 20.

² Joana Sousa Ribeiro – “Processos de Envelhecimento: a Construção de um Direito Emancipatório”, in Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 206.

³ Nos censos de 2021, o “índice de sustentabilidade potencial”, ou seja, a razão entre o número de pessoas com idades compreendidas entre os 15 e os 64 anos e o número de pessoas com idade igual ou superior a 65 anos, estabeleceu-se em 100 pessoas em idade ativa por cada 272 idosas. INE, ob. cit., pp. 24/25.

configuração da pirâmide demográfica nas sociedades desenvolvidas e industrializadas. De facto, para os 27 Estados-membros da União Europeia (UE-27), em 2019, a pirâmide demográfica apresentava-se relativamente estreita na parte inferior (i. e., nas classes dos indivíduos mais novos) ao invés da protuberância exibida nas classes dos indivíduos com idades próximas das idades de reforma⁴.

A população idosa configura um grupo societário vulnerável, desde logo por enfrentar inúmeros desafios à sua subsistência, relacionados com potenciais limitações físicas e psíquicas emergentes do seu envelhecimento⁵, reclamando, por isso, a existência de uma tutela jurídica adequada às suas características. Sociologicamente, o conceito de idoso encontra-se geralmente associado à idade⁶. No entanto, questionamo-nos se esta categorização será a mais útil na construção de um conceito jurídico de idoso, uma vez que não é possível identificar uma homogeneidade cega nas características e necessidades de tutela em função da idade⁷, de forma a delimitar um determinado grupo popu-

lacional com a clareza imperativa exigida por um regime jurídico especial.

Na verdade, nem todas as pessoas mais velhas se encontram em situações de carência ou são dependentes. Todavia, ainda que não seja possível a criação de um regime jurídico unitário em razão da idade avançada do sujeito jurídico⁸, é inegável que esta particularidade potencia situações de vulnerabilidade que devem ser tidas em conta pelo Direito⁹.

Pesa embora o Estado, em resposta a exigências constitucionais¹⁰, assumam determinados encargos face a situações de carência e dependência económica de maiores carenciados, a ação estadual está limitada por restrições orçamentais associadas à chamada “crise do Estado Providência”. Resta aos

⁸ Paula Távora Vítor, “O dever familiar...”, ob. cit., p. 48, nota 35, apesar da conveniência metodológica que representa agrupar numa categoria indivíduos mais velhos, que reúnem características comuns, em vista à criação de um regime jurídico unitário, destaca a inexistência de vantagens que se sobreponham ao “inconveniente de criar juridicamente uma subcategoria de adultos, o que constituiria um passo para aumentar a discriminação em razão da idade”. No mesmo sentido, Vítor Palmela Fidalgo – “Notas sobre a Tutela do Idoso no Direito da Família” in Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Pamplona Corte-Real, Coimbra, Almedina, 2016, p. 421. Em sentido contrário, defendendo a criação de uma “Lei do Idoso”, vd. Jorge Duarte Pinheiro - O Direito da Família Contemporâneo, 8ª Ed., Lisboa, Gestlegal, 2023, p. 413.

⁹ Nesta senda, a Resolução da Assembleia da República n.º 70/2015, de 1 de julho, “recomenda a adoção de medidas de promoção dos direitos das pessoas idosas e proteção relativamente a formas de violência, solidão e abuso”. No mesmo sentido, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015, de 25 de Agosto, que aprovou a “Estratégia de Proteção ao Idoso”, elenca várias medidas em vista ao reforço do direito dos mais velhos. Parece que, apesar do dissenso patente na doutrina, a opção do legislador passa pela criação futura, à semelhança de ordenamentos jurídicos estrangeiros, de um Estatuto do Idoso. Vítor Palmela Fidalgo, ob. cit., pp. 429/430. No Brasil, a Lei n.º 10.741, de 1 de outubro de 2003, aprovou o Estatuto do Idoso, consagrando os direitos das pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. Todavia, Paula Távora Vítor, “O dever familiar...”, ob. cit., p. 48, nota 35, salienta que se trata de “uma lei fortemente inspirada pelo anteriormente existente Estatuto da Criança e dos Adolescentes”, correndo o risco de não ser um regime adaptado às necessidades apresentadas pelos mais velhos, mas apenas uma simples transposição dos “princípios relativos ao Direito das Crianças e Jovens”. Para maiores desenvolvimentos, vd. Siro Darlan de Oliveira – “O Estatuto do Idoso”, in Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 233-236.

¹⁰ Cfr. arts. 63.º, 64.º, 67.º e 72.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

⁴ Portugal, assim como França, Espanha, Itália e Grécia, é dos UE-27 com as maiores taxas de envelhecimento populacional. Para mais informações sobre o envelhecimento da população na União Europeia, cfr. os dados disponibilizados pelo EUROSTAT - Ageing Europe – looking at the lives of older people in the EU - 2020 Edition, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2020, pp. 18/19 e 24.

⁵ Ana Alexandre Fernandes – “Velhice, solidariedades familiares e política social – itinerário de pesquisa em torno do aumento da esperança média de vida” in Sociologia, problemas e práticas, n.º 36, 2001, p. 46.

⁶ Para o INE, são considerados idosos, os indivíduos com idade igual ou superior a 65 anos; ao contrário da Organização Mundial de Saúde que considera que idoso é aquele que tem idade igual ou superior a 60 anos. A este respeito, vd. World Health Organization - World report on ageing and health, Suíça, 2015, p. 25 e ss.

⁷ Como refere Paula Távora Vítor, “(...) a idade avançada não se apresenta como fundamento suficiente para a criação artificial autónoma da velhice, alvo de um tratamento jurídico unitário (...). Isto porque a idade avançada não determina a existência de uma categoria homogênea de sujeitos”. Paula Távora Vítor – “O dever familiar de cuidar dos mais velhos” in Lex Familiarie – Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 5, n.º 10, 2008, p. 48. Cfr. Pasquale Stanzione – “La Età dell’Uomo e la Tutela della Persona: Gli Anziani” in Rivista di Diritto Civile, Parte Prima, Anno XXV, 1989, p. 440.

maiores carenciados, frequentemente pessoas com idade avançada, procurar apoio junto dos seus familiares, que assumirão a tarefa de cuidar dos mais velhos em resposta a um dever moral, fundado em laços de afeto, carinho e solidariedade familiares.

Consagrada na al. b) do n.º 1 do art. 2009.º do Código Civil (CC) encontramos uma obrigação juridicamente exigível aos descendentes de prestar alimentos aos seus ascendentes carenciados¹¹. Esta assume particular importância atendendo a conjuntura social descrita. Este breve estudo propõe-se, numa abordagem crítica, a explorar o regime jurídico desta obrigação, em vista a responder à questão que impera de saber qual o grau de suficiência da tutela jurídica dos mais velhos consagrada hodiernamente no ordenamento jurídico português e fortemente assegurada pela solidariedade familiar.

2. O Regime Jurídico da Obrigação de Alimentos a Ascendentes

2.1. *Sujeitos Vinculados à Obrigação de Alimentos a Ascendentes*

Inovadoramente, o legislador ordinário, autor da reforma de 1977 do CC, inspirado por um novo modelo político-democrático de família igualitário, baseado na afetividade, na igualdade e na solidariedade entre todos os seus membros, consagrou um princípio de reciprocidade dos deveres

¹¹ Note-se que o art. 2009.º do CC elenca a lista de sujeitos jurídicos vinculados à potencial obrigação de alimentos. Nos termos do n.º 3, caso algum dos obrigados não dispuser de recursos económicos suficientes para satisfazer a totalidade da prestação, o alimentando pode exigir alimentos aos onerados subsequentes. Por conseguinte, o ascendente em situação de carência económica pode exigir a prestação de alimentos aos seus descendentes na ausência de cônjuge ou ex-cônjuge, ou quando um destes não possa prestar os alimentos na sua totalidade, o que mais das vezes acontece, dado serem geralmente pessoas de idade igualmente avançada.

familiares entre pais e filhos¹². Na verdade, nos termos do n.º 1 do art. 1874.º do CC, pais e filhos encontram-se mutuamente vinculados a deveres de respeito, assistência e auxílio, que perduram ao longo de toda a relação de filiação¹³. O dever de assistência, de conteúdo patrimonial, compreende duas obrigações suscetíveis de avaliação pecuniária: a obrigação de prestar alimentos e a obrigação de contribuir, durante a vida em comum, para os encargos da vida familiar (n.º 2). De facto, durante a coabitação de pais e filhos, a primeira é absorvida pela segunda, que, por sua vez, ganha autonomia quanto cessa essa comunhão de habitação.

A obrigação de alimentos surge na esfera jurídica dos filhos em situações de desemprego, doença ou invalidez dos pais, ou em situações de necessidade decorrentes do seu envelhecimento, caracterizadas mais das vezes por uma incapacidade física ou psíquica de prover à sua subsistência¹⁴. Reconhece-se uma preocupação legislativa na tutela dos maiores em situações de carência económica, geralmente pessoas com idade avançada¹⁵, pelo alargamento do universo de sujeitos vinculados à prestação de alimentos. Ao contrário dos restantes deveres familiares, que somente vinculam reciprocamente pais

¹² Maria Clara Sottomayor - “Anotação ao art. 1874.º” in Código Civil Anotado – Livro IV – Direito da Família, Coord. Maria Clara Sottomayor, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2022, pp. 849/850.

¹³ Como refere Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., p. 272, os deveres familiares não cessam “com maioridade ou emancipação do filho. Contudo, a sua proteção não é uniforme. Estão «encobertos» durante a menoridade do filho pelo poder paternal. Evidenciam-se na altura da «segunda adolescência». Perdem intensidade quando o filho sai de casa dos pais para organizar a sua própria vida de um modo independente. E ressurgem, com força, sobretudo ao serviço dos pais, quando estes envelhecem.”

¹⁴ *Ibidem*, p. 273.

¹⁵ Ora, se é verdade que maiores podem encontrar-se numa situação de carência económica em qualquer fase da sua vida, também é verdade que parece existir uma correlação entre a idade avançada desses e a dificuldade em prover à sua subsistência. O risco de pobreza aumentou para 17 % na população idosa em 2022. INE, Rendimento e Condições de Vida, Lisboa, Instituto Nacional de Estatística, I.P., 2023, p. 1.

e filhos, decorre da al. b) do n.º 1 do art. 2009.º do CC que descendentes se encontram juridicamente obrigados a prestar alimentos aos seus ascendentes¹⁶. No contexto atual em que, devido ao prolongamento da vida, surgem novas estruturas familiares¹⁷ que integram várias gerações¹⁸, o recurso ao conceito de *ascendentes*, que integra as figuras dos pais, avós, bisavós, bem como ao de *descendentes*, que, por sua vez, inclui as figuras dos filhos, netos e bisnetos, corresponde a um verdadeiro reforço da tutela jurídica dos maiores carenciados.

2.2.1. Pluralidade de Vinculados

A obrigação de alimentos a ascendentes pode recair sobre vários descendentes. Consideremos, por exemplo, a existência de um maior carenciado com vários filhos, netos ou, eventualmente, bisnetos. Por força da remissão para a ordem da sucessão legítima, patenteada no n.º 2 do art. 2009.º do CC, aplica-se o princípio da preferência dos graus de parentesco, previsto no art. 2135.º do mesmo código, segundo o qual “dentro de cada classe os parentes de grau mais próximo preferem aos de grau mais afastado”. Ora, tal implica que os filhos preferem aos netos e bisnetos. Todavia, se os filhos provarem uma impossibilidade económica para prestar alimentos aos seus descendentes, por força do disposto no n.º 3 do art. 2009.º do CC, a prestação de alimentos deverá ser satisfeita pelos netos,

ou bisnetos, pertencentes à mesma classe¹⁹.

Perante uma situação de pluralidade passiva, i. e., pluralidade de vinculados à obrigação de alimentos, a lei, porventura inspirada no velho brocardo *ubi emolumentum successionis, ibi et onus alimentorum*²⁰, determina que cada descendente responderá na proporção da sua quota como herdeiro legítimo do ascendente (art. 2010.º/1 do CC). Contudo, se o quinhão legítimo de cada vinculado à prestação de alimentos corresponde ao limite máximo da prestação a que está adstrito, já os meios económicos de que dispõe o devedor constituem o limite mínimo da prestação, em consonância com as exigências de proporcionalidade e adequação consagradas no art. 2004.º do CC²¹. Ora, se algum dos onerados “não puder satisfazer a parte que lhe cabe, o encargo recai sobre os restantes” (n.º 2), contanto que se verifique a sua possibilidade económica. Neste cenário, há uma nova repartição da prestação entre os restantes alimentantes, respeitando sempre a proporção de cada um no quinhão legítimo. Estes, na medida das suas possibilidades, veem a sua prestação pecuniária aumentar²².

34

¹⁶ Reciprocamente, nos termos da alínea c) do n.º 1 do art. 2009.º, os ascendentes podem assumir a posição de devedor na prestação de alimentos numa situação de necessidade dos seus descendentes.

¹⁷ Joana Sousa Ribeiro, ob. cit., p. 211, caracteriza as referidas novas estruturas familiares enquanto agregados familiares simples e pouco numerosos, nomeadamente, famílias monoparentais, o que dificulta a obtenção de recursos económicos juntos dos descendentes.

¹⁸ O estudo sociológico apresentado por Ana Alexandre Fernandes, ob. cit., p. 47, revela um acréscimo no número de famílias em que coexistem três, ou até quatro, gerações.

¹⁹ Note-se que, de acordo com o princípio da preferência de classes, consagrado no referido preceito normativo, na hipótese de nenhum dos sujeitos jurídicos subsumíveis à classe dos descendentes fruir de recursos económicos em medida suficiente para satisfazer as necessidades do alimentando, a obrigação alimentícia recai sobre os onerados das subclasses subsequentes.

²⁰ J. P. Remédio Marques— “Em Torno do Estatuto da Pessoa Idosa no Direito Português - Obrigação de Alimentos e Segurança Social”, in Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Vol. 41, n.º 47, 2007, p. 18.

²¹ Tal como salienta Remédio Marques, “Em torno do...”, ob. cit., pp. 18/19, “se todos tiverem possibilidade económica de prestar alimentos, o máximo que cada um deve prestar não pode ultrapassar o quinhão legítimo (...). Mas pode ser menos (...) nas eventualidades em que as possibilidades económicas do obrigado fiquem aquém da sua quota como herdeiro legítimo à herança do alimentando”.

²² Note-se, tal como salienta Maria João Vaz Tomé, que “os meios do sujeito obrigado não constituem um limite do direito a alimentos, mas antes um limite da obrigação de um determinado sujeito”. Maria João Vaz Tomé — “Anotação ao art. 2009.º” in Código Civil Anotado, ob. cit., p. 1090.

Não obstante, coloquemos em hipótese a existência de um ascendente carenciado, pai de dois filhos, mas apenas um deles sobrevivo, será que os netos assumem a posição do filho falecido na prestação de alimentos? Neste âmbito, importa considerar o direito de representação (sucessória). Dispõe o art. 2138.º combinado com o art. 2135.º, ambos do CC, que a preferência pelos parentes de grau mais próximo face aos de grau mais afastado “não prejudica o direito de representação”. Atendendo à remissão para o bloco de regras da sucessão legítima, prevista no n.º do art. 2009.º do CC, os referidos preceitos normativos aplicam-se à obrigação de alimentos a ascendentes, assumindo os netos a posição do filho falecido na prestação de alimentos devida ao avô²³.

Chegados a este ponto, importará debatermos sobre a natureza da obrigação de alimentos a ascendentes: reconhecer-lhe-emos um carácter parciário ou solidário? Da letra da lei, parece resultar, atendendo ao disposto no art. 513.º do CC, que uma obrigação é solidária apenas quando tal resulte da lei. Ora, numa situação de pluralidade de vinculados à obrigação alimentar reconhece-se independência entre os vínculos obrigacionais destes, de forma que a impossibilidade de cumprimento por parte de um não prejudica o vínculo dos restantes²⁴.

²³ Neste sentido, pronunciou-se Remédio Marques, “Em torno do...”, ob. cit., p. 18; Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., pp. 55/56; André Dias Pereira/ Juliana Campos – “Envelhecimento: Apontamento acerca dos deveres da família e as respostas jurídico-cíveis e criminais” in Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto, n.º 10, 2017, p. 65. Em sentido contrário, Maria João Vaz Tomé, “Anotação ao art. 2009.º”, ob. cit., p. 1090, opõe-se a este entendimento, apresentando três argumentos: um argumento literal, no sentido em que a letra da lei determina uma remissão para a ordem da sucessão legítima e não para as suas regras; e dois argumentos teleológicos, assumindo que, porventura, o grau de intensidade da solidariedade familiar, em que se funda a obrigação de alimentos, não será tão forte entre avós e netos como entre pais e filhos; e evidenciando que a lei faz referência a um “direito” e não a um “dever” de representação.

²⁴ João de Matos Antunes Varela – Das obrigações em geral, Vol. I, 10.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2021, pp. 749/750.

Contudo Remédio Marques apresenta uma solução diversa: classifica a obrigação alimentar, no caso de pluralidade passiva, como não tendo um carácter puramente parciário ou conjunto, nem um carácter estritamente solidário. Inclina-mo-nos a concordar com esta posição, na medida que esta obrigação alimentar não é puramente parciária ou conjunta, visto que “cada um dos obrigados não se encontra, apenas, obrigado à sua parte na prestação total”, ao invés “podem responder pela parte que a outros caiba prestar, na falta ou insuficiência de meios económicos destes últimos, desde que os primeiros disponham de tais possibilidades”. Por outro lado, também não é puramente solidária, porquanto “não pode ser pedida, na totalidade, a qualquer um dos devedores (...) do mesmo grau (v.g., filhos, netos, bisnetos, etc.)”²⁵.

2.2. *Fundamento da Obrigação de Alimentos a Ascendentes*

É pacífico na doutrina e jurisprudência o entendimento de que a obrigação de alimentos a ascendentes corresponde a uma exigência do respeito pela dignidade da pessoa humana, em todas as fases da vida, e que esta se funda numa solidariedade familiar, sustentada na existência de laços afetivos resultantes de uma relação jurídico-familiar²⁶, que, neste caso, tem como fonte jurídica o parentesco.

A par da solidariedade familiar surge a solidariedade social. O “hodierno Estado-de-Direito

²⁵ Remédio Marques, “Em torno do...”, ob. cit., p. 19. Para maiores desenvolvimentos sobre a natureza jurídica da obrigação alimentar a ascendentes, vd. J. P. Remédio Marques – Algumas Notas sobre Alimentos (Devidos a Menores) «Versus» O Dever de Assistência dos Pais para com os Filhos, 2ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 327-332.

²⁶ Note-se que a génese da obrigação de alimentos não é tão só familiar, mas também contratual (art. 2014.º/1), casos em que o dever de solidariedade em que se manifesta a obrigação alimentar é contratualmente imposto, ou legal (art. 2014.º/2), nomeadamente na hipótese prevista no art. 495.º/3, todos do CC.

social, económico e cultural”²⁷, enquanto “sujeito passivo de direitos subjetivos públicos”²⁸, no cumprimento de exigências constitucionais, atribuí determinadas prestações pecuniárias assistenciais ao maior carenciado que, por vezes, se sobrepõem aos deveres familiares²⁹. De facto, nos termos do art. 63.º da CRP, compete ao Estado “organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social” (nº 2), que visa proteger “os cidadão na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho” (nº 3).

Neste âmbito, importa saber qual a relação hierárquica entre as duas solidariedades. A doutrina³⁰ defende que, apesar da potencial sobreposição das prestações assistenciais aos “deveres jurídicos familiares”, as primeiras não eliminam os segundos, pois apenas são aplicadas a concretas situações de necessidade. Destarte, a solidariedade social é subsidiária da solidariedade familiar³¹.

2.3. Medida dos Alimentos a Ascendentes

Na tarefa de fixar o *quantum* dos alimentos devidos a ascendentes impõe-se a ponderação cumulativa do binómio necessidade do ascendente/ pos-

sibilidade do descendente³² (art. 2004.º/1 do CC), exigência do respeito por um princípio de proporcionalidade e adequação legalmente consagrado³³. Importará, também, atender à possibilidade de o ascendente prover à sua subsistência³⁴ (nº 2). Todavia, serão somente estas as condições a verificar na fixação da prestação de alimentos a ascendentes?

José dos Santos Silveira³⁵ aponta “a inexistência de circunstâncias que excluam o direito à prestação alimentícia” como condição para a atribuição de uma prestação a título de alimentos. Contudo, graças a sua natureza excecional, recai sobre as partes o ónus de as suscitar junto dos tribunais³⁶. Por sua vez, Maria de Nazareth Lobato de Guimarães³⁷, partindo de uma identificação entre as causas de cessação da obrigação de alimentos e as causas de não atribuição do direito alimentar, considera que o ascendente carenciado deve ser digno de receber a prestação perante os seus descendentes. De facto, a alínea c) do nº 1 do art. 2013.º do CC consagra a cessação da obrigação de alimentos “quando o credor viole gravemente os seus deveres para com o obrigado”. Assim, parece plausível que, se a violação se verificar aquando da fixação da prestação de alimentos, deva ser considerada *ab initio* pelo julgador.

²⁷ Remédio Marques, *Algumas Notas...*, ob. cit., p. 8.

²⁸ Cfr. acórdão do TRG de 5 de dezembro de 2019, proferido no processo nº 702/18.5 T8BRG.G1.

²⁹ Neste âmbito, importa destacar o rendimento social de inserção, aplicável a maiores carenciados, bem como, particularmente, quanto à proteção das pessoas mais velhas, a pensão social de velhice e os complementos solidário para idosos e por dependência.

³⁰ Remédio Marques – *Algumas Notas*, ob. cit., pp. 14/15.

³¹ Vd. acórdãos do TRG de 11 de janeiro de 2019, proferido no processo nº 129/16.3T8VNC.G1 e de 5 de dezembro de 2019, cit., onde pode ler-se que a “obrigação de alimentos é primeiramente da responsabilidade/solidariedade familiar, todavia se o montante (...) exigível aos familiares não chegar para eliminar a situação de carência do necessitado, é sobre o Estado que passa a recair o dever de suprir a deficiência...”.

³² Cfr. acórdão do TRC de 26 de janeiro de 2010, proferido no processo nº 882108.8TBTNV.C1.

³³ Maria João Vaz Tomé - “Anotação ao art. 2005.º” in *Código Civil Anotado*, ob. cit., p. 1070.

³⁴ Neste caso, verificar-se-á, mais das vezes, esta condição, dada a frequente idade avançada dos maiores carenciados, que não estão obrigados a trabalhar em ordem a prover a sua subsistência. Maria João Vaz Tomé, “Anotação ao art. 2009.º”, ob. cit., p. 1087.

³⁵ José dos Santos Silveira – *Processos de Natureza Preventiva e Preparatória*, Coimbra, Biblioteca Jurídica, 1966, pp. 31-36.

³⁶ L. P. Moitinho de Almeida – “Os Alimentos no Código Civil de 1966” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1968, p. 96.

³⁷ Maria de Nazareth Lobato Guimarães – “Alimentos” in *Reforma do Código Civil*, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, pp. 185/186.

A este respeito, apesar de considerar não estar demonstrada factualidade que permitisse excluir a obrigação por aplicação da previsão normativa da alínea c) do n.º 1 do art. 2013.º do CC, o TRG, no acórdão de 5 de dezembro de 2019, proferido no processo n.º 702/18.5 T8BRG.G1, decidiu afastar a atribuição de uma prestação de alimentos ao ascendente que, durante décadas, hostilizou e menosprezou os seus descendentes com fundamento em abuso de direito (art. 334.º do CC). O abuso de direito, de conhecimento officioso, corresponde a um determinado comportamento positivo ou negativo, que, em abstrato, é tutelado pela norma, no entanto, em concreto, os seus efeitos conduzem a um resultado incompatível com as exigências comunitárias dominantes que legitimam a tutela jurídica³⁸. Ora, lembrando que a obrigação de alimentos a ascendentes pressupõe a existência de vínculos de solidariedade familiar (“o facto jurídico matriz”³⁹), que deixaram de existir entre as partes há décadas, a atitude do ascendente ao demandar os seus descendentes numa ação de alimentos é contraditória e não expetável. Reconhecer-lhe um direito a alimentos levaria a um resultado contrário à *ratio* da tutela jurídica⁴⁰.

2.4. Modalidades de Cumprimento da Obrigação a Ascendentes

Propugna o art. 2005.º do CC os modos de cumprimento da obrigação de alimentos: o regi-

³⁸ Cfr. Orlando de Carvalho - Teoria geral do direito civil, 4ª Ed., Coimbra, Gestlegal, 2021, pp. 111 e ss.

³⁹ Fernando Andrade Pires de Lima; João de Matos Antunes Varela – Código Civil Anotado, Vol. V, Coimbra Editora, 1995, p. 591.

⁴⁰ Neste sentido, pode ler-se no referido acórdão: “Tendo ostracizado os apelantes durante mais de quatro décadas, a pretensão que agora deduz, exigindo destes a solidariedade fundada em vínculo familiar, é merecedora de forte repulsa e censura (...). Porque naufraga no controlo do abuso do direito, não pode a pretensão do apelado merecer provimento à luz do direito e da justiça.”.

me-regra de prestações pecuniárias mensais ou o regime excecional de prestações em espécie⁴¹. Mediante a verificação de um de três pressupostos: (1) celebração de acordo entre alimentante e alimentando em vista à satisfação da obrigação de alimentos através de prestações de facto; (2) existência de disposição legal que afaste o regime-regra; ou (3) “se ocorrerem motivos que justifiquem medidas de exceção”, os alimentos podem ser fixados excecionalmente em prestações em espécie.

O n.º 2 prevê uma situação subsumível ao conceito indeterminado de “motivos que justifiquem medidas de exceção”. Assim, quando não possua recursos económicos suficientes à satisfação da obrigação através de prestações pecuniárias periódicas, é consentido ao alimentante cumprir a sua obrigação em espécie, i. e., com casa e companhia⁴². Todavia, nestes casos impõe-se uma apreciação casuís-

⁴¹ As prestações em espécie podem assumir diversas formas, entre outras, casa e companhia, constituição de um direito de usufruto em conformidade com o art. 1440.º, contrato de renda vitalícia com um terceiro, nos termos do art. 1238.º, celebração de um contrato de comodato (art. 1137.º) ou de um contrato de prestação de serviços de assistência (art. 1154.º, todos do CC). Para maiores desenvolvimentos, vd. Maria João Vaz Tomé – “Sobre a negociabilidade das modalidades de cumprimento da obrigação de alimentos como efeito do divórcio” in Lure et de iure, 1998, p. 212.

⁴² É nas situações em que a obrigação de alimentos é prestada em espécie com casa e companhia que a distinção entre esta e a figura afim - dever de auxílio - se torna mais ténue. De facto, a experiência demonstra que o seu cumprimento configura, mais da vezes, a prática dos mesmos atos. Todavia, apesar de ambos corresponderem a “marcos incontornáveis da solidariedade familiar” não devem ser confundidos. A este respeito vd. Paula Távora Vitor, “O dever familiar...”, ob. cit., p. 45/46. O dever de auxílio importa a “obrigação dos filhos de socorrerem e auxiliarem os pais em situações de crise, urgentes e anómalas”, contudo, na base do seu surgimento, ao contrário da obrigação de alimentos, não está a necessidade económica do beneficiário. Neste sentido, vd. acórdãos do TRG de 20 de setembro de 2018, proferido no processo n.º 5717/17.8T8VNF.G1 e de 3 de dezembro de 2020, proferido no processo n.º 2407/18.8T8VRL.G1. Vd., também, o acórdão do TRL de 5 de maio de 2016, proferido no processo n.º 194/15.0T8MGD.L1-8, que, porventura, confundindo o conceito de dever de auxílio, propugna que no conceito de alimentos “não cabe apenas aquilo que é indispensável para o sustento, habitação e vestuário”, incluindo a “prestação de cuidados e acompanhamento” do ascendente, à qual corresponderá “um determinado valor monetário”, fixado pelo livre arbítrio do julgador, ainda que a factualidade tenha mostrado a inobservância do pressuposto de necessidade económica do ascendente da obrigação de alimentos.

tica das circunstâncias em concreto, não só porque o cumprimento da obrigação através de prestações em espécie pode representar um verdadeiro inconveniente para o credor⁴³, mas também para o devedor⁴⁴. Deste modo, o alimentando, sem prejuízo da titularidade do direito a alimentos, pode opor-se à modalidade de cumprimento em espécie por parte do alimentante, uma vez que àquele não pode ser imposta a convivência com este.

A par da possível fixação lograda mediante acordo entre o devedor e credor, o tribunal é competente, atendendo ao caso concreto, na pendência de uma ação de alimentos promovida pelo ascendente contra os seus descendentes, para determinar a modalidade de cumprimento da prestação alimentícia⁴⁵. Nesta senda, o TRG no acórdão de 26 de janeiro de 2023, preferido no processo nº 2429/21.1T8GMR.G1, perante a impossibilidade económica de prestar alimentos como pensão dos vários filhos da requerente, numa solução disruptiva, fixou-lhes “o encargo, através da respetiva companhia, de vigiar e cuidar a sua mãe num período de tempo correspondente à quota-parte de cada um”. Os réus, em turnos rotativos, deveriam prestar cuidados à sua mãe que se encontrava em casa de uma das rés⁴⁶.

⁴³ Como refere Remédio Marques, “Em torno do...”, ob. cit., p. 23, “o credor pode (...) ver comprometida a sua vida privada e a sua liberdade de decidir viver onde queira e com quem queira, de tomar as suas próprias decisões ...”. No mesmo sentido, propugna Maria João Vaz Tomé, “Anotação ao art. 2005.º”, ob. cit., p. 1075, afirmando que “a opção do alimentante pelo acolhimento do alimentando em sua casa e companhia é suscetível de gerar dificuldades de compatibilidade com a tutela constitucional da liberdade pessoal.”

⁴⁴ Remédio Marques, *ibidem*, p. 23, destaca que a atitude do devedor que recebe o devedor em sua casa no cumprimento da obrigação de alimentos parece corresponder a uma renúncia ao direito constitucionalmente protegido de reserva da intimidade da vida privada.

⁴⁵ Adriano Vaz Serra – “A Obrigação de Alimentos”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 108, 1961, p. 150.

⁴⁶ Em sede de recurso, várias questões foram levantadas pela autora quanto à viabilidade da solução apresentada pelo tribunal a quo, conside-

2.5. Consequências da Violação da Obrigação de Alimentos a Ascendentes

Perante o incumprimento da obrigação de alimentos, os ascendentes têm ao seu dispor várias garantias processuais^{47/48} em vista a satisfação do seu crédito. Paralelamente, no âmbito da obrigação de alimentos a ascendentes, o ordenamento jurídico português consagra dois mecanismos sancionatórios: o crime de violação de alimentos, consagrado no art. 250.º do Código Penal (CP); e a deserção

rando a falta de proximidade entre mãe e réus, bem como a possível incapacidade dos obrigados na prestação dos cuidados necessários à requerente. Todavia, o TRG confirmou a solução do tribunal a quo afirmando que “o regime que o Tribunal recorrido gizou pode não ser perfeito, não será com certeza, mas cremos que não andaremos longe da verdade se dissermos que é o possível, atentas as circunstâncias do caso. (...) a solução encontrada procurou repartir o sacrifício equitativamente por todos. (...) fica sempre salvaguardado que se as partes nesta ação (...) chegarem a um acordo diferente daquele que o Tribunal elaborou, poderão implementá-lo.”. Nesta senda, salienta Remédio Marques, “Em torno do...”, ob. cit., p. 23, que “parece desaconselhável impor um rotatividade do acolhimento do credor (ascendente), exceto se este o aceitar. O juiz deve, pois, ouvir o credor, baseando a sua decisão na opinião deste quando não padeça de qualquer incapacidade de facto para entender ou querer.”.

⁴⁷ Entre elas, a execução especial por alimentos (arts. 933.º e ss. do CPC), a hipoteca legal (art. 705.º, al. e)), a hipoteca judicial (art. 710.º), a consignação de rendimentos (arts. 656.º e ss.), todos do CC. Para uma densificação das garantias processuais, vd. Luís Lucas Pires – “Os Aspetos Processuais e as Garantias do Direito a Alimentos” in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 1, n.º 2, 2004, pp. 43 -77.

⁴⁸ Note-se que, em caso de incumprimento da obrigação de alimentos, a tutela jurídica oferecida ao maior carenciado, credor de alimentos, é mais fraca em comparação com aquela oferecida ao menor credor de alimentos. De facto, o menor credor de alimentos pode ver as prestações pecuniárias mensais, a título de alimentos, satisfeitas, através do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores (FGADM), criado pela Lei nº 75/98, de 19 de novembro, “até ao início do efetivo cumprimento da obrigação (cfr. arts. 1.º e 6.º)”. Luís Lucas PIREs, ob. cit., p. 53. Questionamo-nos se não seria aconselhável criar um Fundo de Garantia aos maiores carenciados com idades mais avançadas à semelhança do FGADM. Acresce que, ao menor credor de alimentos, a lei coloca à disposição um procedimento específico pré-executivo, i. e., independente de uma futura ação executiva especial por alimentos, consagrada no art. 48.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, em vista à cobrança coerciva dos alimentos devidos, através do adiantamento das quantias vencidas e vincendas à custa do vencimento, ordenado ou salário do devedor, bem como rendas, pensões, subsídios, comissões, percentagens, emolumentos, gratificações, participações ou rendimentos semelhantes. Tomé D’Almeida Ramião - Regime Geral do Processo Tutelar Cível – Anotado e Comentado, 4ª Ed., Lisboa, Quid Juris, 2020, p. 177.

testamentária do alimentante inadimplente, nos termos da al. c) do n.º 1 do art. 2116.º do CC.

2.5.1. Crime de Violação de Alimentos

O crime de violação de alimentos, inserido na secção de crimes contra a família, visa a tutela jurídico-penal das “necessidades fundamentais do titular do direito a alimentos”⁴⁹. Nos termos do n.º 1 do art. 250.º do CP “quem, estando legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação no prazo de dois meses seguintes ao vencimento, é punido com pena de multa até 120 dias”. Todavia, perante a prática reiterada do crime verifica-se um “agravamento da censura primitiva”⁵⁰, passando o crime a ser “punível com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias” (n.º 2). Trata-se de um crime de perigo abstrato bastando a conduta omissiva do agente (titular da obrigação de alimentos), independentemente de tal ter conduzido a um perigo efetivo das necessidades fundamentais do credor de alimentos^{51,52}.

⁴⁹ Salienta Paulo Pinto de Albuquerque que “por necessidades fundamentais entendem-se não apenas as necessidades do nível subsistência, mas também as necessidades inerentes ao modo de vida normal do alimentado, desde que não sejam sumptuárias”. Paulo Pinto de Albuquerque - Comentário do Código Penal. À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 6.ª Ed., Lisboa, UCP Editora, 2024, p. 917. Em sentido contrário, propugna J. M. Damião da Cunha defendendo que o bem jurídico tutelado pela norma corresponde somente ao interesse patrimonial do devedor em ver as prestações a título de alimentos satisfeitas. J. M. Damião da CUNHA - Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial – Tomo II, Vol. 1, 2ª Edição, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 820-222.

⁵⁰ António Miguel Veiga – “Da obrigação familiar de alimentos e das consequências penais do respetivo incumprimento: o atual exemplo português” in Revista do CEJ, Vol. I, N.º 1, 2014, pp. 195-239

⁵¹ *Ibidem*, p. 222.

⁵² Note-se que nos n.ºs 3 e 4 encontram-se previstas outras duas modalidades do crime de violação de alimentos que, por sua vez, se caracterizam como crimes de perigo concreto e de resultando, na medida em que é condição necessária ao preenchimento do tipo legal a verificação de uma situação de perigo efetivo das necessidades fundamentais do titular do direito a alimentos. *Ibidem*, pp. 223/ 224.

Quanto ao procedimento criminal, nos termos do n.º 5, o crime de violação de alimentos é dependente de queixa sendo, enquanto tal, um crime semipúblico. Ora, quem será o titular do direito de queixa? Nos termos do art. 113.º do CP, sendo “o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação”, a legitimidade para exercer o direito de queixa é do ascendente, ou, se for o caso, do seu representante legal⁵³. Destarte, a aplicação desta sanção, além de dependente da declaração judicial de uma obrigação de prestar alimentos que onere o descendente (agente), é condicionada por uma conduta ativa do ascendente (ofendido). Lembremo-nos que agente e ofendido, potencialmente, encontram-se unidos por intensos vínculos familiares de afeto, carinho, solidariedade, facto que pode demover o ascendente de exercer o seu direito de queixa, visto que tal implicará fazê-lo contra um familiar.

2.5.2. Deserdação Testamentária do Alimentante Inadimplente

O sucessível (descendente) que, sem justa causa, tiver recusado ao autor da sucessão (ascendente), ou ao seu cônjuge, os alimentos que se encontrava adstrito a prestar-lhe pode ser deserddado⁵⁴, em testamento, por vontade unilateral deste (art. 2166.º/1/c) do CC). Entendem os tribunais portugueses que do testamento deve constar a indicação expressa da causa legal que justifica a deserdação. Ora, o ascendente que pretenda privar da legítima o descendente que, sem justa causa, lhe negou os devidos alimentos, jamais o poderá fazer sem que se verifique a vinculação contratual ou ju-

⁵³ *Ibidem*, p. 228.

⁵⁴ Rodrigues Bastos define deserdação como a “privação absoluta da legítima pela verificação de uma causa considerada justa pela lei”. Rodrigues Bastos - Direito das Sucessões: segundo o código civil de 1966, Vol. 2, Viseu, Tip. Guerra, 1982, p. 95.

dicial do sucessível a uma obrigação de alimentos⁵⁵. A não observância de causa justificativa para a deserção do sucessível, nos termos do art. 280.º/1 do CC, determina a nulidade da cláusula testamentária que determinava a deserção.

Acresce que a deserção, com fundamento na causa invocada, pode ser impugnada pelos herdeiros legitimários, dentro dos dois anos seguintes à abertura do testamento (art. 2167.º do CC). Por aplicação analógica do art. 2059.º do CC, a tempestividade da ação de impugnação depende do conhecimento por parte do sucessível do testamento e da deserção⁵⁶.

3. Ações de Alimentos movidas por Ascendentes contra os seus Descendentes

3.1. Legitimidade Processual Ativa

A legitimidade das partes configura um pressuposto processual, na medida em que da sua observância depende a possibilidade de o tribunal conhecer sobre o mérito da causa⁵⁷. Traduz-se na posição relativa assumida pelas partes enquanto titulares da concreta relação controvertida⁵⁸.

Concretizando o disposto no art. 30.º do Código de Processo Civil (CPC), autor e réu são partes legítimas, partindo do pressuposto de que existe relação controvertida tal como configurada pelo autor na petição, quando a procedência da ação lhe venha conferir, respetivamente, uma vantagem/ utilidade ou uma desvantagem/ prejuízo⁵⁹. Destarte, no caso da obrigação de alimentos a ascendentes, é o ascendente (credor de alimentos) que assume a posição ativa na relação controvertida, ao passo que, no lado passivo, a posição é assumida pelo descendente (devedor de alimentos).

Tendo o direito de alimentos um carácter pessoalíssimo (*character intuitu personae*)⁶⁰, a propositura da ação está dependente da vontade do seu titular, em resposta às exigências do respeito pela liberdade e autonomia privada do alimentando⁶¹. Ora, na falta de disposição legal em sentido contrário, qualquer outro sujeito, que não o ascendente, ou o seu representante legal, carece de legitimidade processual ativa nas ações de alimentos movidas por ascendentes contra descendentes⁶².

Não obstante, no regime jurídico do Rendimento Social de Inserção (RSI)⁶³, atribuído, nos termos do art. 4.º da Lei nº 13/ 2003, de 21 de

⁵⁵ Neste sentido, cfr. acórdão do TRL de 14 de fevereiro de 2008, proferido no processo nº 361/2008-8, onde pode ler-se “Não estando provado que o autor estava vinculado juridicamente ao dever de prestar alimentos ao seu pai, não ficou verificada a causa justificativa para o autor da herança ter procedido à deserção do autor através de testamento.” Esta vinculação apenas seria possível através de sentença condenatória ao pagamento de alimentos.

⁵⁶ Propugna, no mesmo sentido, o acórdão do TRC de 19 de outubro de 2010, proferido no processo nº 214/07.2TBSBG.C1, onde pode ler-se “Apesar de a lei referir o início da contagem do prazo somente à abertura do testamento, parece que implicitamente exigirá também o conhecimento dele e da deserção por parte do deserçado”.

⁵⁷ Paulo Pimenta – Processo Civil Declarativo, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2020, p. 74.

⁵⁸ Como define Teixeira de Sousa, a relação contravertida é a “fundamentação da diversidade das posições das partes quanto a um ponto com relevância jurídica substantiva”. Miguel Teixeira de Sousa – Estudos de pro-

cesso civil, Lisboa, Lex, 1979, p. 41, em nota de rodapé, citado por Paulo Pimenta, ob cit, p. 82.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 82.

⁶⁰ Adriano Vaz Serra, ob. cit., p. 171.

⁶¹ “O respeito pela liberdade do alimentando remete para o livre arbítrio o exercício do direito a alimentos...”. Maria João Vaz Tomé - “Anotação ao art. 2008.” in Código Civil Anotado, ob. cit., p. 1082.

⁶² Neste sentido, vd. acórdão do STJ de 5 de maio de 2022, proferido no processo nº 6149/20.6T8VNG.P1.S1.

⁶³ O RSI corresponde a uma prestação pecuniária de natureza transitória, entregue pela Segurança Social, em resposta às exigências de solidariedade social constitucionalmente impostas ao Estado, sendo o seu quantum variável em função do rendimento e da composição do agregado familiar, nos termos do art. 2.º da Lei nº 13/ 2003, de 21 de maio, que revogou o rendimento mínimo garantido, previsto na Lei n.º 19-A/96, de 29 de Junho, e criou a referida prestação social.

maio, a maiores em situação de carência económica, encontramos a possível sub-rogação da Segurança Social (SS) ao direito de ação para reconhecimento do direito a alimentos daquele⁶⁴. Todavia, tal como expressamente consagrado, este direito de sub-rogação está limitado a situações em que o titular do direito de ação “não o possa exercer por si”, quer seja, porventura, porque se encontra numa situação de incapacidade de facto, seja porque ainda não haja sido nomeado acompanhante na pendência de uma ação de maior acompanhado⁶⁵. Dito isto, parece resultar da letra da lei que a sub-rogação legal ao direito de ação não se afigura possível nas situações em que o ascendente carenciado, ou o seu representante legal, se recusem a interpor ações de alimentos contra descendentes. Podemos questionar se, mais das vezes, essa recusa não se verificará? É facilmente compreensível que o constrangimento e sofrimento que representa demandar judicialmente um filho, neto ou bisneto pode desmotivar o ascendente a exercer o seu direito de ação, ainda que se verifique uma situação de intensa carência económica.

Semelhante regime de sub-rogação legal do Estado nos direitos do alimentando é o encontrado no regime jurídico do Complemento Solidário para Idosos (CSI)⁶⁶. Ao requerente do CSI, que te-

nhá direito a outras prestações da SS ou direitos de crédito relativamente a terceiros, nomeadamente, alimentos, foi instituído um prazo de 60 dias para os reclamar junto dos devedores. Caso não o faça, após esse período, a entidade gestora (art. 16.º) ficará sub-rogada nos direitos que o beneficiário do CSI não reclame (art. 14.º, ambos do DL n.º 232/2005, de 29 de dezembro de 2005)⁶⁷.

Atendendo à frequente inércia por parte do ascendente na propositura de ação de alimentos, equacionamos a possibilidade de, através do recurso à analogia, aplicar o n.º 3 do art. 989.º do CPC, às situações de pluralidade passiva em que parte dos descendentes vinculados à prestação de alimentos se verifiquem inadimplentes. Note-se que no caso de filho maior, que careça de alimentos, até aos 25 anos, que não houve completado a sua formação profissional⁶⁸, o legislador ordinário de

41

à solidariedade familiar, uma vez que o seu regime jurídico faz depender a atribuição da prestação pecuniária assistencial aos rendimentos fiscais dos filhos “na qualidade de legalmente obrigados à prestação de alimentos” (art. 6.º do DL n.º 232/2005). Todavia, nos termos do art. 3.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2003, de 6 de fevereiro, pode ler-se que a “componente de solidariedade familiar assume o valor de 0 % do valor de referência do complemento para os 1.º, 2.º ou 3.º escalões”, afastando-se a subsidiariedade da prestação nestes casos.

⁶⁴ Dispõe o n.º 2 do art. 16.º da Lei n.º 13/2003 que “Nos casos em que o titular do RSI não possa exercer por si o direito previsto no número anterior, fica sub-rogada no mesmo direito a entidade competente para atribuição da prestação em causa.”. Neste sentido, propugna, também, o n.º 3 do art. 17.º do DL n.º 283/2003, de 8 de Novembro, que regulamenta o RSI, onde pode ler-se “Sempre que o titular da prestação não possa, por si, exercer o direito de ação para cobrança dos seus créditos ou para reconhecimento do direito a alimentos, é reconhecido à entidade distrital da SS competente para a atribuição da prestação de RSI o direito de interpor as respetivas ações judiciais.”.

⁶⁵ Remédio Marques, “Em torno do...”, ob. cit., p. 34, em nota de rodapé.

⁶⁶ O CSI configura uma “prestação extraordinária de combate à pobreza dos idosos (...) integrada no subsistema de solidariedade, que visa a melhoria do nível de rendimento dos seus destinatários”, nos termos do art. 1.º do DL n.º 232/2005, de 29 de Dezembro, que criou a referida prestação social. Trata-se de uma manifestação de solidariedade social subsidiária

⁶⁷ Paula Távora Vitor, “Solidariedade...”, ob. cit., pp. 174/175, defende que, ainda que “um dos propósitos deste regime” seja “ativar a solidariedade familiar”, o mecanismo de sub-rogação não se refere ao direito a alimentos exigível aos filhos. Argumenta, neste sentido, tendo por base a distinção da lei entre a “declaração através da qual o requerente se obriga a reclamar os seus créditos” e a “declaração por meio da qual se obriga a reclamar quando o filho se recusa a apresentar a sua declaração de rendimentos”, assumindo que a primeira não se refere às obrigações de alimentos dos filhos. Outro entendimento não seria compatível com a consequência específica, prevista no art. 29.º do Decreto Regulamentar n.º 3/2006, de 6 de fevereiro, que regulamenta o CSI, para “os casos em que não é cumprida a obrigação de reclamar alimentos” junto dos filhos que não apresentam a declaração de rendimentos: “o rendimento do filho é incluído no 3.º escalão de rendimentos”. Faz depender o valor da prestação social à atuação do requerente junto dos filhos. Todavia, apenas as ações de alimentos movidas contra filhos estão excluídas da previsão legal. Quanto os restantes vinculados, mencionados no art. 2009.º do CC, as suas obrigações são subsumíveis aos direitos de sub-rogação da SS. Por sua vez, Remédio Marques, “Em torno do...”, ob. cit., p. 33 – 35, não faz qualquer distinção entre obrigações.

⁶⁸ Cfr. art. 1880.º do CC.

2015⁶⁹ introduziu expressamente no ordenamento jurídico português a possibilidade de o progenitor com quem o filho coabita, que esteja a cumprir a obrigação alimentícia sozinho, demandar judicialmente o progenitor inadimplente exercendo um direito próprio, em resposta ao potencial receio e angústia demonstrada pelo filho maior em interpor uma ação judicial contra um pai/mãe⁷⁰.

A aplicação analógica de uma previsão normativa a um caso concreto que, pela letra da lei, não lhe é subsumível, está dependente da existência de uma lacuna no regime jurídico. Concretizando, haverá analogia *legis* quando a lei dentro dos limites de uma interpretação ainda possível, não contém resposta a uma questão jurídica, i. e., quando se verifique uma situação omissiva resultante de uma falta de regulamentação legal (lacuna). A observância de uma lacuna configura uma tarefa de interpretação e conjugação, não somente das normas jurídicas potencialmente aplicáveis ao caso concreto através de analogia *legis*, mas também dos restantes estratos do sistema jurídico⁷¹. Todavia, note-se a possibilidade de existir lacunas impróprias, assentes em razões político-jurídicas como justificativas para a abstenção do legislador⁷². Destarte, é necessário determinar se o caso concreto merece tutela jurídica, i. e., se deve ser juridicamente regulado,

sendo, para tal, imperativo encontrar indícios que permitam deduzir que o sistema jurídico reclama a sua ponderação e resolução.

Ao contrário do que observado para as ações de alimentos a filho maior, até aos 25 anos, que ainda não houve completado a sua formação, o legislador optou por não estender a terceiro a legitimidade ativa na propositura de ações de alimentos devidos a ascendentes, mesmo consciente da angústia que representa demandar judicialmente um descendente. De facto, não estamos perante casos análogos quando consideramos a situação de um progenitor inadimplente e a situação de um descendente inadimplente, na medida em que, quanto à obrigação de alimentos, a primeira deriva de uma “solidariedade consentida”, assente na procriação⁷³, ao invés que a segunda deriva de uma solidariedade familiar, assente no parentesco e não no consentimento, sendo as obrigações que dela emergem não tão fortes. Assim, não se afigura possível a aplicação analógica do n.º 3 do art. 989.º do CPC às situações de pluralidade passiva, em que parte dos descendentes vinculados à prestação de alimentos ao ascendente se observem inadimplentes⁷⁴. Perante esta hipótese casuística, resta esperar que o legislador, ponderando razões e exigências de ordem social, propugne pelo alargamento a terceiros da legitimidade ativa na propositura de ações de alimentos a ascendentes.

⁶⁹ Através da Lei n.º 122/2015, de 1 de setembro de 2015.

⁷⁰ Atendendo à Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 975/XII/4, compreendemos que a *ratio legis* da referida alteração legislativa, funda-se no “temor fundado dos filhos maiores” em demandar judicialmente o progenitor inadimplente, que leva ao prejuízo do progenitor convivente que suporta com todas as despesas inerentes ao sustento do filho.

⁷¹ Para mais desenvolvimentos, vd. Oliveira Ascensão – “Interpretação das Lei. Integração das Lacunas. Aplicação do Princípio da Analogia.” in Revista da Ordem dos Advogados, 57, n.º 3, 1997, pp. 913-941.

⁷² Nas palavras de Mário Bigote Chorão, “razões político-jurídicas ponderosas podem estar na base da abstenção do legislador. Esses «silêncios eloquentes» da lei não têm de ser supridas pelo juiz...”. Mário Bigote Chorão – “Integração de Lacunas” in Polis Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Vol. 3, Lisboa, Verbo, 1989, p. 594.

⁷³ Presume-se que os progenitores tenham consentido na procriação, assumindo as despesas inerentes ao sustento dos filhos. Jordi Ribot Igualda – “El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes”, in Anuario de Derecho Civil, Tomo LI, Fascículo III, 1998, p. 1125.

⁷⁴ Neste sentido, o STJ, no referido acórdão de 5 de maio de 2022 (cfr. nota 55), considerou a falta de expressa regulamentação da legitimidade ativa de terceiro na propositura de ações de alimentos a ascendentes uma lacuna imprópria, pelo que somente poderá ser resolvida através da intervenção do legislador.

3.2. A (In)competência dos Juízos de Família e Menores para conhecer sobre o Mérito da Causa

A competência em razão da matéria dos tribunais deve ser aferida em concreto quando a ação é proposta (art. 38.º/1 da Lei da Organização do Sistema Judiciário, LOSJ), a partir da natureza da relação controvertida submetida à apreciação do tribunal⁷⁵. Em razão da matéria, os tribunais judiciais têm competência para as causas que não sejam atribuídas a outra ordem jurisdicional (art. 40.º/1 da LOSJ). No âmbito dos tribunais judiciais, a competência dos juízos locais cíveis e de competência genérica é residual⁷⁶, competindo-lhes a tramitação e decisão de todas as causas que não sejam legalmente atribuídas a outros juízos especializados ou a tribunais de competência territorial alargada (art. 130.º/1 da LOSJ). Assim, o percurso metodológico a adotar na determinação da instância competente para conhecer do mérito da causa deverá iniciar-se por afastar a competência dos juízos especializados, antes de atribuir a competência aos juízos locais cíveis ou de competência genérica. Contudo, a solução não é inequívoca quanto às ações de alimentos movidas por ascendentes contra os seus descendentes.

O art. 122.º da LOSJ, na sua redação vigente, introduzida pela Lei n.º 40-A/2016, de 22 de dezembro, atribui competência aos juízos de família

e menores para preparar e julgar os processos de jurisdição voluntária relativos a cônjuges e a situações de união de facto ou de economia comum; as ações de separação de pessoas e bens e de divórcio; de declaração de inexistência ou de anulação do casamento civil; as intentadas com base no art. 1647.º e no n.º 2 do art. 1648.º do CC; as ações e execuções por alimentos entre cônjuges e entre ex-cônjuges e as “Outras ações relativas ao estado civil das pessoas e família” (n.º 1). Acrescenta-se que a al. e) do n.º 1 do art. 123.º da LOSJ atribui competência aos juízos de família e menores para se “fixar os alimentos devidos a menores e aos filhos maiores ou emancipados a que se refere o artigo 1880.º do Código Civil, (...) e preparar e julgar as execuções por alimentos”. Destarte, a ação de alimentos movida por ascendentes contra os seus descendentes só pode ser da competência dos juízos de família e menores se subsumível na cláusula geral inserida na previsão legal da al. g) do n.º 1 do art. 122.º da LOSJ - “Outras ações relativas ao estado civil das pessoas e família” - pelo que importa estabelecer o conteúdo e sentido desta cláusula geral⁷⁷.

Nos termos do art. 9.º do CC, na interpretação da lei, além do elemento literal, devem ser tidos em conta os elementos histórico, sistemático e teleológico. O elemento histórico integra as matérias relacionadas com as circunstâncias em que a previsão legal foi elaborada, fontes da lei e

⁷⁵ Neste sentido, vd. acórdão do STJ de 31 de maio de 2011, proferido no processo n.º 865/10.8TVLSB-A.L1.S1 e acórdão do TRP de 5 de fevereiro de 2015, proferido no processo n.º 13857/14.9T8PRT.P1, que propugna pela “regulação legal da específica competência material, de acordo com os pressupostos objetivos e positivos de fixação dessa atribuição (i), verificando-se se esta comporta a lide apresentada pelo demandante (ii), face aos pressupostos subjetivos decorrentes da qualidades das partes, do pedido e da causa de pedir.”

⁷⁶ Miguel Teixeira de Sousa - A Nova Competência dos Tribunais Cíveis, Lisboa, Edições Lex, 1999, pp. 31/32, embora referido à Lei n.º 3/1999, de 13 de janeiro, mantendo-se, no entanto, atual.

⁷⁷ Foi o legislador ordinário de 2008 que inovadamente introduziu esta cláusula geral na al. h) do art. 114.º da LOFTJ, aprovada pela lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto, e que precedeu à al. g) do n.º 1 do art. 122.º da LOSJ, na sua atual redação. A LOFTJ apenas se aplicava às comarcas piloto que se encontravam previstas no n.º 1 do art. 171.º do mesmo diploma. As restantes comarcas continuava a aplicar-se a Lei n.º 3/99, de 3 de Janeiro. A LOSJ, introduzida pela Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto, através da alínea a) do art. 187.º, revogou a LOFTJ. Existe uma quase total correspondência quanto à atribuição das competências em razão da matéria aos juízos de família e menores entre o art. 144.º da LOFTJ e o art. 122.º da LOSJ, com a exceção do previsto atualmente para os processos de inventário, resultado da inclusão do segmento normativo consagrado no n.º 2 deste.

trabalhos preparatórios⁷⁸. Dos trabalhos preparatórios e da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 187/X, que serviram de antecâmara à Lei da Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (LOFTJ) de 2008, bem como da Proposta de Lei n.º 114/XII, que precedeu a LOSJ de 2013, nada podemos extrair sobre o conteúdo e sentido da inovação legislativa sob reflexão. O legislador ordinário limitou-se apenas a destacar as preocupações legislativas em apostar “no reforço da justiça especializada no tratamento de matérias específicas”. De facto, observa-se uma preocupação jurisprudencial em clarificar o conteúdo da cláusula geral, em muito devido ao surgimento de questões quanto à competência dos juízos de família e menores nos tribunais portugueses⁷⁹. Propugna o acórdão do STJ de 13 de novembro de 2012, proferido no processo n.º 13466/11.4T2SNT.L1.S1., pela adoção de um conceito de estado civil em sentido restrito⁸⁰, cabendo na previsão legal todas as ações

de estado civil, i. e., que se reportem a qualidades pessoais, com génese em relações jurídico-familiares. Ficam afastadas da previsão normativa, aquelas que prescindem a aplicação de normas de Direito da Família, com exceção daquelas expressamente atribuídas pelo legislador ordinário à competência dos juízos de família e menores⁸¹.

Atendendo à jurisprudência do STJ e à inserção sistemática do regime da obrigação de alimentos a ascendentes no Livro IV do CC, relativo ao Direito da Família, poderíamos ser induzidos a considerar os juízos de família e menores competentes para conhecer sobre o mérito da causa. Não obstante, muito embora reconheça a génese legal e familiar da obrigação de alimentos, grande parte da jurisprudência das Relações propugna pela incompetência dos juízos de família e menores para preparar e julgar estas ações, alegando que não são abrangidas pela cláusula geral. Confrontando os sucessivos diplomas legislativos, a jurisprudência reconhece ao legislador ordinário de 2008 e 2013 a pretensão de um alargamento da competência, em razão, dos tribunais de família e menores. De facto, o legislador atribuiu expressamente à competência destes

⁷⁸ A este respeito, vd. acórdão do STJ de 4 de maio de 2011, proferido no processo n.º 4319/07.1TTLSB.L1.S1, onde se faz referência a alguns autores que se destacam no estudo desta temática: Karl LARENZ - *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª Ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 439 a 489; João Baptista MACHADO - *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 12.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2000, pp. 175 a 192; Francesco FERRARA - *Interpretação e Aplicação das Leis*, tradução de Manuel de Andrade, 3.ª Ed., Coimbra, Arménio Amado Editor, 1978, pp. 138 e ss..

⁷⁹ A título de exemplo, quanto à competência para preparar e julgar ações de interdição, porquanto havia quem lhes reconhecesse tal competência, vd. acórdão do TRL de 31 de maio de 2012, proferido no processo n.º 13466/11.4T2SNT.L1-2, ao contrário de outros que a afastavam, vd. acórdão do TRL de 12 de julho de 2012, proferido no processo n.º 21777/11.2T2SNT.L1-1. Ou, quanto à competência para o reconhecimento judicial da situação de união de facto, vd. acórdão do TRC de 31 de março de 2020, proferido no processo n.º 136/20.1T8CBR.C1.

⁸⁰ O estado civil pode ser entendido em sentido restrito e em sentido amplo. O assento do STJ n.º 1/92 (DR n.º 134, de 11 de junho de 1996, p. 2794) apresenta um conceito de estado civil, em sentido amplo, enquanto conjunto de qualidades pessoais juridicamente tuteladas; sendo ações de estado civil das pessoas, aquelas que se projetam nessas mesmas qualidades pessoais integradas em certos estados civis, como, por exemplo, ações de divórcio, de separação de pessoas e bens, de aquisição ou perda de nacionalidade, de investigação da paternidade, entre outras. Cfr. com a definição de estado civil das pessoas em sentido lato oferecida por Ana Prata - *Dicionário*

Jurídico, Vol. I, 6ª Ed., Coimbra, Almedina, 2023, pp. 509/510: o estado civil abrange o conjunto de qualidades pessoais juridicamente tuteladas e obrigatoriamente inscritas no registo civil, correspondendo à “situação jurídica da pessoa, no que toca, entre outras, à idade (...), relações familiares (...), relações com o Estado (...), à situação jurídica...”. Em sentido convergente, Neves Ribeiro considera que às ações sobre o estado civil das pessoas subjaz uma declaração de vontade com eficácia constitutiva, modificativa ou extintiva de estado civil. António Neves Ribeiro - *O Estado nos Tribunais: Intervenção civil do ministério público em primeira instância*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 205.

⁸¹ No citado acórdão do STJ de 13 de novembro de 2012, pode ler-se que a “palavra família se tem de entender como referida às ações sobre o estado civil das pessoas, ou seja, fazendo qualificar o conceito de estado civil usado no seu sentido restrito”. No mesmo sentido, entende o acórdão do TRP de 5 de fevereiro de 2011, proferido no processo n.º 13857/14.9T8PRT.P1, que a opção do legislador ordinário pela palavra “família” se relaciona com a natureza mutante e metamórfica das formas de constituição da família, num determinado contexto histórico-cultural, que podem não passar por vínculos que resultam do casamento, mas sim, por exemplo, de união de facto.

juízos a tramitação e decisão de ações de alimentos entre cônjuge e ex-cônjuges (art. 122.º/1/f) da LOSJ) e a fixação de alimentos temporários devidos a menores e a filhos maiores ou emancipados a que se refere o art. 1880.º do CC (art. 123.º/3/e) da LOSJ). Pese embora, nos trabalhos preparatórios à LOFTJ e à LOSJ, o legislador tenha demonstrando uma preocupação de atribuição de matérias específicas a juízos especializados, não o fez expressamente para as ações de alimentos entre maiores, nomeadamente, as movidas pelos ascendentes contra os seus descendentes. Acresce que, o legislador consciente das divergências jurisprudenciais quanto ao conteúdo e sentido da cláusula geral, optou por manter a redação originária não clarificando o seu alcance. Por conseguinte, parece-nos que o legislador afastou intencionalmente da competência dos juízos de família e menores estas ações de alimentos.

Resta-nos entender esta opção legislativa. A obrigação de alimentos entre maiores sustenta-se num dever de solidariedade, visando a subsistência do alimentando, em respeito pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP)⁸². Em concreto, entre ascendentes e descendentes pode falar-se em solidariedade familiar decorrente da existência de laços pessoais que fundamentam uma relação jurídico-familiar. Ao contrário da natureza provisória, a termo, do direito a alimentos de filhos menores e maiores ou emancipados⁸³, ao direito a alimentos dos ascendentes é reconhecido um carácter permanente até observância de uma das causas de cessação da obrigação alimentar previstas nos termos do art. 2013.º do

CC. Terá sido, porventura, a distinta natureza das prestações que iluminou o pensamento subjacente à opção do legislador para o afastamento tácito da competência em razão da matéria dos juízos de família e menores⁸⁴.

4. Considerações Finais

O aumento da esperança média de vida é uma realidade incontornável com tendência a aumentar. Não há dúvida de que os mais velhos configuram um grupo societário bastante vulnerável com múltiplas fragilidades, exposto, frequentemente, a situações de pobreza, isolamento ou doença. Na hipótese de carência económica destes, e atendendo à atual “crise do Estado Providência”, caracterizada por restrições orçamentais que colocam em rutura os mecanismos estaduais de solidariedade social, recai sobre os descendentes a responsabilidade de prover à subsistência dos seus ascendentes, mais das vezes, pessoas com idade avançada, em resposta a uma solidariedade familiar. Neste âmbito, surge a obrigação de alimentos a ascendentes.

Após a radiografia que procurámos realizar ao regime jurídico da obrigação de alimentos a ascendentes, em que não foram descuradas contendas suscitadas nos tribunais portugueses e doutrinariamente, impõe-se uma última questão: será necessário o reforço da tutela jurídica dos ascendentes carenciados enquanto credores de uma obrigação de alimentos?

Apesar da existência de mecanismos jurídicos que consagram uma obrigação juridicamente exigí-

⁸² Maria João Vaz Tomé, “Anotação ao art. 2003.º”, *ob. cit.*, pp. 1067/1068.

⁸³ Veja-se o art. 1880.º do CC, nos termos do qual “se no momento em que atingir ou for emancipado o filho não houver completado a sua formação profissional, manter-se-á a obrigação [alimentar]”.

⁸⁴ Neste sentido, *vd.* acórdão do TRL de 15 de novembro de 2011, proferido no processo n.º 3759/10.3TCLRS-A.L1-7 e acórdão do TRP de 13 de janeiro de 2005, proferido no processo n.º 0436819, que propugnam pela incompetência dos juízos de família e menores genérica para a preparação e julgamento de ações de alimentos a filhos maiores, que extravasam a natureza temporária, por se verificar uma incapacidade permanente do alimentando prover ao seu sustento.

vel aos seus descendentes, os ascendentes, credores de alimentos, por regra, não os reclamam. Na realidade, a experiência indica uma escassez do número de ações declarativas de condenação ao pagamento da prestação de alimentos movidas por ascendentes contra os seus descendentes. O desconhecimento dos ascendentes dos seus direitos; a verificação da entrega voluntária de uma prestação de assistência, pelos descendentes, no cumprimento de uma obrigação natural fundada em verdadeiros deveres de ordem moral, não sendo necessário o reconhecimento judicial de uma obrigação alimentar; a coincidente e suficiente resposta da solidariedade social estadual; ou a angústia, pavor, temor que representa demandar judicialmente um familiar, são algumas das razões elencadas pela doutrina para o diminuto número de ações judiciais⁸⁵.

Todavia, sem a propositura da ação e o reconhecimento judicial do direito a alimentos, não surge uma obrigação juridicamente exigível na esfera jurídica dos descendentes e, por sua vez, qualquer uma das garantias processuais, bem como os instrumentos sancionatórios do incumprimento da obrigação de alimentos não podem operar. Resta o cumprimento voluntário, em resposta a um dever moral, por parte dos descendentes.

Destarte, impõe-se o reforço da tutela jurídica do ascendente carenciado frequentemente pessoa com idade avançada. Para tal, propomos três vertentes de ação: a consagração de novos mecanismos sancionatórios; o alargamento da legitimidade processual ativa nas ações de alimentos a ascendentes e a consagração expressa de um direito de regresso por parte de entidades públicas ou privadas, ou de

qualquer pessoa que preste alimentos, quando o obrigado não o faz. De seguida, analisaremos, por menorizadamente, cada uma delas.

O aumento da tutela jurídica do ascendente pode ser concretizado, numa primeira fase, através do reforço dos mecanismos sancionatórios, nomeadamente, através da inclusão do crime de violação de alimentos (art. 250.º do CP) nos motivos de indignidade sucessória, consagrados no art. 2034.º do CC⁸⁶. É certo que, tal não se verificará suficiente, dado que o crime de violação da obrigação de alimentos é dependente de queixa⁸⁷ do ascendente, credor de alimentos, que, mais das vezes, não o fará por representar um potencial conflito intrafamiliar. Ora, parece que a solução passa por tornar o crime de violação da obrigação de alimentos público em algumas circunstâncias mais graves e sempre que se trate de pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência ou doença⁸⁸.

A exigência de queixa num determinado crime pode verificar-se pelo facto do seu significado criminal ser reduzido⁸⁹, ou para obviar que o procedimento criminal seja desencadeado contra a vontade do ofendido, por representar uma intromissão na sua esfera de relações pessoais⁹⁰. Todavia, serão es-

⁸⁶ Note-se que uma das medidas previstas na Resolução de Conselho de Ministros n.º 63/2015, de 25 de agosto, é a alteração do art. 2034.º do CC “no sentido de passar a prever que carece de capacidade sucessória, por motivo de indignidade, o condenado por crime de maus-tratos ou por crime de violência doméstica contra o autor da sucessão”.

⁸⁷ Cfr. ponto 2.5.1.

⁸⁸ Esta solução já foi apontada pelo Projeto de Lei n.º 744/XIII, apresentado pelo partido CDS-PP, onde pode ler-se que esta alteração “constituirá uma advertência quanto à seriedade com que deverão ser encaradas as condutas de quem voluntariamente negligencia carinho e atenção aos seus, ou lhes falta com o que é essencial e básico à respetiva sobrevivência.”.

⁸⁹ Maria João Antunes fala em bagatelas criminais ou pequena criminalidade. Maria João Antunes – Direito Processual Penal, 4ª Ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 63.

⁹⁰ Para maiores desenvolvimento sobre a função da queixa, vd. Jorge de Figueiredo Dias - Direito Penal Português – Parte Geral, Tomo II, As Consequências Jurídicas do Crime, 2ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 664.

⁸⁵ A este respeito, vd. Vítor Palmela Fidalgo, ob. cit., pp. 431/432; Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., pp. 411/412; Remédio Marques, “Em torno do...”, ob. cit., p. 23/24; Patrícia Rocha, ob. cit., pp. 28/29; Joana Sousa Ribeiro, ob. cit., pp. 226/227; Paula Távora Vítor, “Solidariedade social...”, ob. cit., p. 164.

tas razões suficientes para não eliminar a exigência de queixa do procedimento criminal deste crime? Pesa embora se desenvolva no seio familiar, defendendo alguma doutrina⁹¹ que a exigência de queixa se justifica pelos potenciais conflitos intrafamiliares que lhe são subjacentes, o crime de violação da obrigação de alimentos visa tutelar direitos fundamentais do alimentando, nomeadamente, a sua vida condigna, em respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que não devem ser postos em crise pela inércia do ofendido. Além disso, estamos perante ofendidos (ascendentes) que, por serem frequentemente pessoas mais velhas se encontram em situações de especial vulnerabilidade, em virtude do temor e dependência em que se encontram face aos agentes (descendentes). A dependência do exercício do direito de queixa por alguém que se encontra numa situação vulnerável para o desenrolar do procedimento criminal, pode colocar em crise os direitos fundamentais do alimentando, justamente, tutelados pela previsão normativa, levando potencialmente os ofendidos a graves situações de insuficiência de recursos económicos para prover à sua subsistência. Destarte, a alteração da natureza do crime de violação da obrigação de alimentos de semipública para pública parece justificável, pesa embora os potenciais conflitos intrafamiliares desencadeados pela abertura do inquérito.

Uma segunda vertente de ação passa, porventura, pelo alargamento da legitimidade processual ativa a terceiros na propositura de ações de alimentos movidas contra descendentes⁹². Considerando

outros ordenamentos jurídicos, encontramos a solução jurídica consagrada no Código Civil da Catalunha, concretamente no art. 237-4, que atribui legitimidade processual ativa nas ações de alimentos às entidades públicas ou privadas que acolham o alimentando⁹³. Sendo o direito a alimentos um direito pessoalíssimo do ascendente carenciado, a opção legislativa de limitar a legitimidade processual ativa ao ascendente, titular do direito de alimentos, encontra justificação na autonomia privada do alimentando. De facto, o ascendente deve ter autonomia e liberdade para exercer o seu direito a par com autonomia e liberdade de não o exercer. Todavia, alargar o conjunto de sujeitos jurídicos legitimados à propositura de ações de alimentos a terceiros pode, porventura, representar uma forma de obviar o constrangimento e sofrimento do alimentando na demandada judicial de um filho/neto/ bisneto. Os ascendentes carenciados são pessoas vulneráveis em razão da idade e/ou doença, que podem retrair-se de propor uma ação de alimentos contra os seus descendentes com quem têm vínculos afetivos fortes, ficando impedido o reconhecimento judicial da obrigação de alimentos e, potencialmente, colocando em crise direitos fundamentais do alimentando. Atendendo aos interesses em conflito, o prato de balança parece tender para uma restrição da autonomia privada do ascendente carenciado em prol de uma maior tutela jurídica do mesmo.

Por fim, propugnamos pela consagração expressa de um direito de regresso de entidades públicas ou privadas, ou de qualquer pessoa que preste alimentos, quando o obrigado não o faz. Por uma

⁹¹ J. M. Damião da Cunha, ob. cit., pp. 820-822.

⁹² Vasta doutrina propugna, neste sentido, por um alargamento da legitimidade ativa para a propositura de ações de alimentos a ascendentes a entidades ou indivíduos que prestem apoio a idosos. Vd. Vítor Palmela Fidalgo, ob. cit., p. 432; Jorge Duarte Pinheiro, ob. cit., p. 413; Remédio Marques, “Em torno do...”, ob. cit., p. 31/32; Patrícia Rocha, ob. cit., pp. 28/29; Joana Sousa Ribeiro, ob. cit., pp. 226/227.

⁹³ Para maiores desenvolvimentos, vd. Adoración Padiál Albás – “Alimentos de origen familiar” - Persona y familia – Estudios de Derecho Civil Catalán, Coordinación de Maria Corona Quesada González, Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidade, S. A., 2014, pp. 338/ 339.

questão de justiça, os descendentes que prestem alimentos aos seus ascendentes, mediante um dever puramente de ordem moral, numa proporção superior à sua quota enquanto herdeiros legítimos do alimentando, devem poder ver as quantias despendidas reembolsadas por quem se mostre inadimplente. Atendendo aos instrumentos jurídicos consagrados no ordenamento jurídico português, é possível equacionar duas soluções para a hipótese colocada, em vista a esbater a situação de injustiça instaurada: o direito de regresso, previsto no art. 524.º do CC, e a figura jurídica do enriquecimento sem causa, consagrado nos arts. 473.º e ss do CC.

A obrigação de alimentos não obedece ao regime das obrigações solidárias⁹⁴, em que qualquer devedor que satisfaça o direito do credor fica, em relação aos outros, com um direito de regresso, i. e. de exigir de cada um dos seus codevedores a parte que lhes cabia na responsabilidade comum. Antes, trata-se de uma obrigação conjunta, à qual se reconhece independência entre os vínculos obrigacionais dos vários obrigados⁹⁵. Desde modo, não é possível aplicar o art. 524.º do CC à obrigação de alimentos a ascendentes⁹⁶. Todavia, o carácter parcário da obrigação de alimentos a ascendentes é tolerante com a aplicação do art. 477.º do CC previsto no âmbito do regime jurídico do enriquecimento sem causa⁹⁷. O preceito normativo determina um direito de repetição a quem cumpra obrigação parcialmente alheia. Contudo, faz depender esse direito do erro desculpável daquele que cum-

prir a obrigação alheia. Repare-se que o instituto jurídico do enriquecimento sem causa tem natureza subsidiária⁹⁸, havendo apenas lugar à restituição, quando a lei não preveja outro meio de reação ao empobrecido. Além disso, a aplicação deste instrumento jurídico está dependente do reconhecimento judicial de uma obrigação de alimentos e, conseqüentemente, da propositura de ação judicial nesse sentido⁹⁹.

Por sua vez, a consagração expressa de um direito de regresso de entidades públicas ou privadas, ou de qualquer pessoa que preste alimentos, quando o obrigado não o faz, configuraria um meio de ação próprio. A segurança de que se seria titular de um direito de regresso, porventura, poderia motivar um terceiro à entrega de alimentos em cumprimento de obrigação alheia. Estas quantias revelam-se essenciais à subsistência do alimentando que sem elas pode ver-se colocado em situações de bastante vulnerabilidade. Nesta senda, no ordenamento jurídico catalão encontramos uma interessante solução jurídica, prevista no art. 237-11 do Código Civil da Catalunha¹⁰⁰, que consagra um direito de repetição das quantias adiantadas por qualquer entidade pública ou privada, ou pessoa que preste alimentos, no caso de a pessoa obrigada não o fazer. Ao mesmo tempo, reconhece-se a possível sub-rogação destas pessoas, singulares ou coletivas, ao direito de ação do credor principal.

Em última análise, a insuficiência económica de maiores trata-se de um problema cuja solução

⁹⁴ Cfr. ponto 2.1.1.

⁹⁵ Pires de Lima/ Antunes Varela, ob. cit., p. 596.

⁹⁶ Neste sentido, propugna o acórdão do TRG de 3 de dezembro de 2022, que afastou a aplicação do direito de regresso, previsto no art. 524.º do CC, às obrigações de alimentos a ascendentes, por não se tratar de uma obrigação solidária.

⁹⁷ Maria João Vaz Tomé - "Anotação ao art. 2010.º" in Código Civil Anotado, ob. cit., pp. 1092/1093.

⁹⁸ Antunes Varela, ob. cit., pp. 497 e ss.

⁹⁹ Neste sentido, vd. o acórdão do TRP de 24 de janeiro de 2022, proferido no processo n.º 2925/19.0T8STS-A.P1, onde pode ler-se que "o direito a alimentos da falecida mãe apenas seria reconhecível se antes de a aludida titular do direito ter falecido tivesse sido instaurada a respetiva ação", afastando, por esse motivo, o enriquecimento sem causa dos irmãos da autora fundado num alegado direito de alimentos da sua falecida mãe.

¹⁰⁰ Para maiores desenvolvimentos, vd. Adoración Padial Albás, ob. cit., pp. 338/339.

jurídica deve ter por base, tanto a solidariedade social, como familiar. Se é certo que as participações sociais entregues pelo Estado configuram um importante benefício dos maiores carenciados, estas podem revelar-se insuficientes à sua vida condigna. É nestas hipóteses que a obrigação de alimentos a ascendentes ganha maior destaque, dado que

permite a transferência de importantes valores em vista à subsistência dos seus destinatários. Assim é, sem dúvida, necessária uma atuação do legislador ordinário no sentido de reforçar a tutela jurídica dos ascendentes carenciados, geralmente pessoas de idade avançada, no âmbito do regime jurídico desta obrigação alimentar.

BREVÍSSIMAS REFLEXÕES EM TORNO DO DIREITO FISCAL SUCESSÓRIO EM PORTUGAL (*)

M. Matilde Lavouras

Professora Auxiliar da FDUC

1. Introdução

A tributação das heranças e os efeitos económicos e sociais que daí decorrem é uma *vexata quaestio*. Precisamente por isso, requer uma análise cuidada e refletida do fenómeno sucessório e dos efeitos patrimoniais daí decorrentes, nomeadamente dos relacionados com as normas de incidência fiscal. Pese embora esta importância nem sempre é fácil encontrarmos entre nós textos, que reflitam a centralidade que o tema merece e ocupa noutros ordenamentos jurídicos. Também não o faremos por agora.

Mais do que uma análise doutrinal o que se pretende é, nesta brevíssima – e despreocupada – reflexão é, alertar para a existência de algumas inconsistências no regime atualmente vigente entre nós e que podem, em alguns casos, colocar em causa a unidade do sistema jurídico.

O fenómeno sucessório deve ser considerado, em primeira linha, um evento com relevo essencialmente social. Só nos casos em que o *de cujus* deixe património é que se colocam questões sucessórias para determinação dos beneficiários dessa

transmissão e, conseqüentemente, questões relativas à (não) tributação dessa transmissão. Sendo de considerar transmissões gratuitas pode, desde logo, questionar-se a justificação para a existência de legitimidade tributária. Não avançaremos por este ponto porquanto demanda uma análise aprofundada de questões que extravasam o objetivo principal deste escrito: uma breve reflexão em torno das implicações fiscais do fenómeno sucessório em Portugal.

2. No início era... a tributação

A tributação das heranças e a legitimação do poder tributário dos Estados tem sido discutida desde há alguns séculos, sendo possível observar posições bastante dissonantes. Há indícios de que os impostos sucessórios estejam incluídos no leque de tributos que são considerados como uma forma rudimentar de tributação. Embora encontremos referências à existência de exemplos deste tipo de impostos no Egípto e no Império Romano¹ – com a tributação a ser feita a uma taxa que podia ascender aos 20 % do valor do património transmitido – os exemplos mais aproximados dos impostos sucessórios mordernos são os que existiram nos regimes feudais da Idade Média. Então como agora, a transmissão da possibilidade de utilização da terra –

*Atendendo ao seu carácter exploratório, entendeu o Conselho Redactorial não submeter este texto a *peer review*.

O presente texto, escrito numa linguagem mais fluída, pretende dar nota das inquietações que nos têm assolado no que à tributação das heranças diz respeito, sobretudo no que à transmissão de imóveis diz respeito. Pretende-se, sobretudo, contribuir para a discussão da compatibilidade de algumas disposições com o princípio da legalidade.

¹ Acredita-se que as tributações das transmissões patrimoniais por morte remontam, pelo menos, ao ano 2000 a.C.

propriedade do soberano – para pessoa diversa dos descendentes ficava condicionada ao pagamento de uma contribuição (“relief”²). Mas esses impostos, apesar de terem algumas similitudes com os atuais, representavam não só uma parcela ínfima da tributação como oneravam uma parcela muito específica da população.

Com o advento da economia moderna a discussão passaria a centrar-se na justificação económica da tributação das heranças e dos efeitos (económicos) daí decorrentes, não deixando de refletir as tendências relativas à legitimação do poder dos Estados para arrecadação de receita por via de impostos. Autores como Adam Smith e David Ricardo aparecem catalogados como sendo opositores da tributação das transmissões por morte para os descendentes, enquanto John Stuart Mill e Jeremy Bentham têm posições que são, em certos aspetos, contrárias àquelas.

Enquanto Adam Smith defendia que a incidência de um imposto sobre a herança iria transferir rendimento para o Estado que o iria utilizar em atividades não produtivas, admitia, excecionalmente, a tributação das transmissões de heranças para não descendentes³, David Ricardo sustentava a sua posição na ideia de que a incidência de um imposto sucessório sobre as transmissões por morte iria provocar um ajustamento no consumo presente, influenciado o comportamento da procura agregada.

Os autores do segundo grupo utilizaram argumentos diversos para defenderem a existência de um imposto sucessório: o primeiro, ao defender que devem ser eliminadas todas as transmissões por morte para não descendentes (e, em certa medida,

a afastar a ideia de que existe um direito à herança por parte de quem quer que seja) sugere a criação de um imposto sucessório progressivo como forma de implementação de formas de redistribuição de rendimentos; o segundo, partindo da ideia de que o direito de propriedade é um direito natural, entedia que o pagamento de um imposto sucessório permitiria compensar a inexistência de sacrifício do beneficiário da herança no incremento do património imputável ao fenómeno sucessório⁴.

A relevância dos argumentos expendidos muito sucintamente pode parecer despidianda, mas tal não é verdade. A posição controversa de Stuart Mill quando ao direito de propriedade e ao direito à herança tem por base a ideia de que não há uma espécie de direito natural por detrás desta transmissão e que deve ser privilegiada a indicação dos herdeiros por via testamentária. Nesses casos a disposição expressa por parte do autor da sucessão sobre o destino a dar ao seu património aquando da sua morte seria, nesses casos, uma prerrogativa inerente ao direito de propriedade.

O que o referido autor teve dificuldade em perceber é que, em rigor, a vontade do autor da sucessão se manifesta, numa herança *ab intestato*, de uma maneira diversa da acabada de referir, ou seja, de uma forma silente.

Apesar de não existir uma manifestação expressa da vontade do *de cuius* sobre a transmissão do direito de propriedade de cada um dos bens que compõem o seu património, indicação esta que apenas é eficaz após a sua morte, o silêncio quanto à escolha do leque de beneficiários dessa distribuição de património mais não é do que a adesão, sem reservas, à identificação (supletiva) dos beneficiários decorrente da aplicação das disposições legais.

² <https://www.britannica.com/money/inheritance-tax>

³ Recorde-se ao leitor mais apressado que Adam Smith entendia que toda a atividade pública, mesmo aquela que era por si considerada como essencial, era improdutiva.

⁴ Jeremy Bentham, *Supply without burthen; or escheat vice taxation*, Londres, 1795.

Esta falta de definição é, em si mesma, uma manifestação silente da vontade do *de cujus* sobre a identidade dos beneficiários da transmissão de propriedade e da composição do quinhão hereditário de cada um.

Independentemente do que acabamos de referir – isto é, se a manifestação da vontade feita de forma expressa através de disposição testamentária ou aquela que ocorre de modo silente e que se materializa na aceitação da definição e hierarquização dos herdeiros (que já não dos legatários) feita na lei – fica claro que a partilha do património exteriorizada através da sua divisão por várias pessoas, ao invés de promover a concentração da propriedade, tem o efeito inverso: promover a distribuição e dispersão.

A distribuição dos bens da herança potenciaria, ainda que em leve medida, o aumento da dispersão dos bens ou, se preferirmos, a diminuição da concentração da riqueza num grupo muito restrito de pessoas. Compreende-se, assim, que se o objetivo fosse o de limitar ou mitigar a concentração da riqueza num grupo de pessoas muito restrito se deveria incentivar essa distribuição e fazê-lo numa escala mais alargada.

Notese que estas posições não tomavam em consideração – porque não o podiam fazer, por serem poucos os exemplos desse tipo de impostos – a incidência de impostos diretos sobre os rendimentos gerados pela herança transmitida bem como de impostos indiretos sobre os atos de consumo em que são usados (e consumidos) os bens que constituíam a herança.

Ao se focarem na ausência de tributação e na suposta constatação de que a transmissão dos bens da herança permite que os beneficiários usufruam da herança sem que daí advenha qualquer carga tributária, esquecem outros aspetos também importantes desse fenómeno. Até o herdeiro mais ocioso teria de suportar os impostos sobre os (eventuais)

rendimentos gerados pelo património que constitui a herança e que lhe foi transmitido bem como pelos gastos desses bens em consumo que são essenciais à sua vida.

Esta transmissão gratuita do património, constituindo também ela um acréscimo patrimonial, aparecia como uma das componentes do rendimento-acréscimo e deveria, também por isso, ser tributada. Colocava-se, ainda assim, a questão da distribuição da carga tributária.

A tributação das heranças não deve ser dissociada da tributação do património em geral. Também aqui se colocam importantes questões relacionadas com a determinação da capacidade contributiva e com o princípio da igualdade.

No que a este último diz respeito é de referir que foram precisamente as dimensões de generalidade e de uniformidade na distribuição da carga tributária que impulsionaram a discussão em torno da legitimidade dos Estados para criação dos impostos sucessórios e da distribuição da carga tributária pelas várias categorias de beneficiários. Ainda que recuemos a um passado longínquo verificamos que a tendência seguida pela generalidade dos Estados com democracias mais desenvolvidas, serem implementados impostos sucessórios bastante semelhantes aos atuais.

Estes impostos eram – e continuam a ser – também vistos como uma forma de redução das desigualdades na distribuição da riqueza e redução da acumulação de património que levava à formação das grandes fortunas. Deste modo era possível obstar à criação de uma classe de indivíduos que, ao invés de serem incentivados a contribuir ativamente para o crescimento económico eram, pelo contrário, estimulados a permanecerem no ócio, dedicando parte do seu tempo e da sua fortuna (herdada) a atividades que pouco ou nada contribuem para a sociedade.

As Revoluções Liberais, embora tenham criado um circunstancialismo mais propício à defesa da tributação das heranças, não conseguiram impor um imposto sucessório. Os projetos de tributação das heranças que se seguiriam culminariam na introdução de medidas tributárias destinadas a arrecadar receita aquando da transmissão de bens por sucessão. De então até agora muitos foram os modelos criados e as especificidades de cada um deles alimentam o debate em torno da legitimação de tributação do património na sua transmissão após a morte do seu titular.

As especificidades do direito das sucessões, nomeadamente das que dizem respeito a situações plurilocalizadas acabam por ter um relevo muito escasso a nível fiscal. A determinação das regras fiscais a aplicar é feita a partir da análise de cada uma das transmissões acabando, não raras vezes, por ser o direito da nacionalidade ou o da localização dos bens a ter prevalência. Note-se, por exemplo, que o Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, que alterou as regras a aplicar a alguns aspetos da matéria sucessória exclui do seu âmbito de aplicação, de forma expressa no art.º 1.º, as questões em matéria fiscal.

3. O modelo atual de tributação das heranças em Portugal

O atual regime de tributação das transmissões de património *mortis causa* português radica no modelo desenhado pela reforma da tributação do património introduzida em 2003 pelo Decreto-Lei n.º 287/2003 de 12 de novembro⁵.

Estamos perante um modelo que, diversamen-

te do que sucede noutras paragens, nomeadamente naqueles em que vigoram regimes de tributação de inspiração anglo-saxónica, a tributação incide sobre o acréscimo patrimonial dos beneficiários da herança e não sobre a própria herança. A alínea b) do n.º 2 do art.º 2.º do Código do Imposto do Selo, depois de referir que são sujeitos passivos do imposto as *peças singulares para quem se transmitem os bens* esclarece que, nas sucessões por morte, o imposto é devido pela herança representada pelo cabeçade-casal, e pelos legatários.

A rutura com o regime legal vigente até 2004⁶ – consagrado no Código do Imposto Municipal de Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações – não é tão acentuada como a revogação do referido Código e a introdução de normas tributárias relativas a transmissões gratuitas de bens, quer *inter vivos* quer *mortis causa* dá a entender.

Uma das especificidades do direito fiscal sucessório português é isenção de pagamento de imposto ao *cônjuge ou unido de facto, descendentes e ascendentes nas transmissões sujeitas à verba 1.2. da tabela geral de que são beneficiários* decorrente do art.º 6.º, n.º 1, al. e) do Código do Imposto do Selo.

Esta isenção tributária não significa, porém, que não tenham de cumprir todas as outras obrigações acessórias do imposto como sejam a comunicação do falecimento⁷ e do património transmitido ou a partilha eventualmente efetuada entre os diversos herdeiros. Ainda que o efeito sucessório possa não dar lugar à arrecadação de receita, por causa da isenção, o cumprimento dos demais deveres tributários é relevante para outros aspetos, nomeadamente para determinação do responsável

⁶ Apesar do diploma legal ter sido aprovado em 2003 só entrou em vigor a 1 de janeiro de 2004.

⁷ Excecionalmente pode ser concedido um prazo adicional de 60 dias pelo chefe da repartição de finanças.

⁵ A tributação moderna das heranças remonta, pelo menos, à Carta de Lei de 21 de fevereiro de 1838.

tributário ou para a atualização do valor patrimonial tributário dos bens a transmitir, mormente dos bens imóveis.

Em termos de fiscalidade na sucessão por morte há que diferenciar aquelas situações em que o património se mantém indiviso daquelas em que se proceder à sua partilha. Mais do que as especificidades aplicáveis a cada um destes grupos de situações importa tomar em consideração a forma como o direito fiscal em geral e os impostos que são de aplicar às transmissões do acervo hereditário diz respeito. Ainda assim, é importante analisar em traços gerais o regime aplicável às heranças indivisas.

3.1. *O regime fiscal dos rendimentos gerados pelas heranças indivisas*

O fenómeno sucessório, faz cessar a relação de propriedade existente e acaba por substituí-la por uma outra, que não se reconduzindo a uma propriedade de uma parte de cada um dos bens – em sentido económico, englobando os direitos – que compõem esse património é, ainda assim, uma propriedade de todo o acervo de bens em causa.

Esse conjunto (indiviso) de bens pode ser administrado por forma a gerar rendimentos de vários tipos, valores esses que podem ser alvo de tributação ao nível de vários impostos. Caberá ao cabeça-de-casal, após a verificação do facto tributário - neste caso, a morte do autor da sucessão – comunicar à autoridade tributária, o falecimento do autor da sucessão (ainda que o facto resulte de morte presumida ou de justificação judicial do óbito) até ao final do 3.º mês seguinte ao do falecimento bem como o conjunto de bens que compõem a herança – cfr. art.º 26.º do Código do Imposto do Selo. Será, em regra, também este que tem o poder de administrar os bens, imputando à herança os eventuais encargos, incluindo os encargos fiscais,

decorrentes dessa mesma administração – cfr. art.º 2079.º do Código Civil.

Dada a multiplicidade de composições possíveis dos conjuntos patrimoniais que compõem as heranças e dos rendimentos por estas geradas, torna-se muito difícil fazer uma síntese da incidência tributária sem analisar separadamente os vários impostos existentes entre nós.

Ainda que seja desprovida de personalidade jurídica enquanto permanecer indivisa, a herança goza de autonomia para efeitos tributários facto este que é tornado visível a terceiros através do número de identificação fiscal próprio – iniciado pelo algarismo “7” – nos termos do art.º 16.º do Decreto-Lei n.º 14/2013, de 28 de janeiro.

Esta especificidade tem como consequência a imputação à própria herança, num primeiro momento, dos rendimentos obtidos e a tributação na esfera jurídica (e patrimonial desta) através de impostos indiretos, sempre que os mesmos sejam de aplicar.

Temos desde logo que considerar, em sede de tributação direta do rendimento, que os rendimentos obtidos pela herança indivisa são tratados como rendimentos tributáveis em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares e obtidos em cotitularidade – art.º 19.º do CIRS. Consequentemente, esses rendimentos serão imputados à categoria respetiva e tributados na esfera jurídica de cada um dos herdeiros que na proporção do respetivo quinhão hereditário⁸.

⁸ Pode suceder que, numa fase imediatamente subsequente à abertura da sucessão existam rendimentos que ainda devem ser considerados como imputáveis à herança e não aos herdeiros. É o que sucede com salários, indemnizações ou similares cujo direito de percepção, embora nascido durante a vida do autor da herança só depois do seu falecimento são cumpridos. Embora devessem figurar já na declaração dos bens e direitos que compõem a herança a verdade é que tal nem sempre sucede devendo, nesses casos, proceder-se à correção da mesma. Havendo deveres tributários que são imputáveis à pessoa falecida – porque foi na esfera desta que nasceu essa obrigação – caberá ao cabeça-de-casal cumprir os mesmos.

Para efeitos tributários as heranças jacentes são consideradas como sujeitos passivos de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas e, nessa medida, se preenchidos os requisitos para tal, os rendimentos por elas obtidos tributados em sede de IRC.

Nos casos em que da herança resultem rendimentos agrícolas, pecuários, silvícolas, industriais ou comerciais, cabe ao cabeça de casal indicar essa situação ao preencher a sua declaração de rendimentos. Para além de entregar o Anexo I e o Anexo B ou C (este último, se existir contabilidade organizada), deve indicar os lucros ou prejuízos e identificar os outros herdeiros e as suas respetivas parcelas. Os demais herdeiros, devem preencher o anexo D declarando os rendimentos que lhes couberam nessa imputação. Se apenas existam rendimentos de outras categorias cada herdeiro deve declarar, na sua própria declaração, a quota-parte que lhe cabe. Por exemplo, rendas (Anexo F), juros (Anexo E) e/ ou mais-valias (Anexo G).

Situação um pouco diversa é a que ocorre nas situações em que seja devido municipal sobre Imóveis e adicional do Imposto municipal sobre imóveis. Caberá ao cabeça de casal realizar o pagamento do IMI relativo aos imóveis que façam parte da herança indivisa. Posteriormente, esse valor pode ser imputado à herança e caso o valor daquela seja insuficiente deve o mesmo ser ressarcido pelos demais herdeiros. Incumbe, ainda, ao cabeça de casal pedir a isenção de IMI caso estejam reunidas as condições para tal⁹.

A aplicação das regras do Código do Imposto Municipal sobre Imóveis (CIMI) determina que, nos casos em que o Valor Patrimonial Tributário

(VPT), excluídos que sejam os imóveis referidos no art.º 135.º-B do CIMI de todos os imóveis integrados na herança indivisa seja superior a 600 mil euros, haverá lugar ao pagamento do Adicional ao Imposto Municipal sobre Imóveis¹⁰.

Só assim não será se o cabeça de casal apresentar, entre 1 e 31 de março de cada ano, à autoridade tributária e aduaneira uma declaração na qual identifique todos os herdeiros e indique a quota-parte do património imobiliário de cada herdeiro. Os herdeiros deverão confirmar, entre 1 e 30 de abril a informação constante da declaração do cabeça de casal. Esta declaração, embora não tenha quaisquer efeitos em termos sucessórios permite, em termos de Imposto Municipal sobre Imóveis, afastar a tributação do património imobiliário em conjunto, sendo o valor patrimonial do mesmo como que distribuído pelos vários patrimónios individuais e, assim, diluído o impacto que a consideração global poderia ter para estes efeitos.

A distribuição dos encargos de cumprimento dos deveres tributários, incluindo do pagamento do imposto, referida a propósito do Imposto Municipal sobre Imóveis (já não no que ao adicional ao respetivo imposto diz respeito) aplica-se Imposto Sobre Veículos, ao Imposto do Selo e a quaisquer outros encargos tributários.

3.2. *A tributação na partilha do acervo hereditário*

Embora seja relativamente comum que as heranças permaneçam indivisas durante algum tempo e que, noutros casos, seja feita uma transmissão dos quinhões hereditários para uma entidade que os irá gerir e distribuir pelos respetivos herdeiros os rendimentos gerados, também encontramos situações

⁹ Faz-se notar que desde 2021 (entrada em vigor do OE para 2021) a isenção de IMI para os prédios com valor patrimonial reduzido se aplica a todos os herdeiros de uma herança indivisa que cumpram os requisitos para a sua concessão.

¹⁰ Cfr. arts. 135.º-A a 135.º-M do Código do IMI, aditados pela Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro.

em que, decorrido que seja um período mais ou menos longo de tempo desde a abertura da herança esta é liquidada e os bens são distribuídos pelos respetivos herdeiros.

Cabe à lei civil determinar quem são os herdeiros e qual é a composição abstrata de cada um dos quinhões hereditários, isto é, qual é, a quota-parte que cabe a cada um deles. Havendo legatários, será também em função do mesmo conjunto normativo e das disposições testamentárias que será determinada a validade dessa disposição por morte e identificado o bem ou bens a alocar a essa pessoa ou entidade¹¹. Esta partilha de bens pode ocorrer nas conservatórias ou por via notarial, sempre que exista acordo entre os interessados, ou por meio de inventário, nos casos em que tal não suceda.

4. O relevo fiscal das tornas

No momento da partilha dos bens, isto é, naquele momento em que seja determinada a concreta composição dos respetivos quinhões hereditários, dá-se uma espécie de transmutação destes: de quotas ideais passamos a um conjunto concreto de bens e direitos (mas também de obrigações e deveres) que passam da esfera patrimonial da herança ilíquida e indivisa para a de cada um dos herdeiros. Nesta senda poderão existir composições desequilibradas – em termos de valores económicos considerados pela lei como relevantes para estes efeitos – de cada um dos conjuntos a distribuir e, nessa medida, poderá existir a obrigação de pagamento de compensações entre os vários herdeiros.

¹¹ Ainda que seja do nosso conhecimento a existência de disposições testamentárias em que foi definida a composição – total ou parcial – dos quinhões hereditários, transformando estas disposições em verdadeiros legados, não nos iremos deter sobre a sua validade sobretudo por razões de economia. Na verdade, o que iremos dizer em seguida aplica-se, grosso modo, a essas situações.

O que importa agora saber é se esses pagamentos, porque dizem respeito a um acréscimo patrimonial que, por ultrapassar a parcela que lhe correspondia pode ser considerado uma aquisição de bens e, por isso, deve ser tributado.

4.1. *Em sede de Imposto Municipal sobre imóveis*

O Código do Imposto Municipal sobre a Transmissão onerosa de Imóveis prevê, na alínea c) do n.º 5 do art.º 2.º a incidência de IMT sobre o *excesso da quota-parte que ao adquirente pertencer, nos bens imóveis, em ato de divisão ou partilhas, bem como a alienação da herança ou quinhão hereditário ou do direito à meação*. Há, para efeitos de IMT e apenas para estes efeitos, uma equiparação da receção de um “excesso de quota-parte” nos bens imóveis recebidos por cada um dos herdeiros a uma transmissão onerosa desse excesso. Assim, parece-nos que resulta da norma a obrigatoriedade de pagamento de imposto sobre o valor (ou parte do valor) das tornas pagas por aqueles que, supostamente, receberam uma parcela maior do que aquela que lhes corresponderia na totalidade dos bens imóveis. O que nos leva a concluir que, para estes efeitos, o conjunto de bens que compõem a herança deve ser dividido em dois: os bens imóveis e os restantes. Voltaremos a esta questão mais adiante.

A tributação, em sede de IMT, do excesso do valor de imóveis – habitual e erroneamente referido como tributação das tornas ou do excesso de quota-parte – tem gerado alguma controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

A primeira questão que é necessário analisar decorre, precisamente da tributação do *excesso* do valor de imóveis recebido face ao que lhe caberia e não ao *excesso* do valor do quinhão hereditário recebido.

Podemos questionar, desde logo, se o *excesso* de que aqui se fala diz respeito apenas aos imóveis ou coisas imóveis tal como definidos no art.º 204.º do Código Civil ou se, pelo contrário, essa noção deve ser aprimorada por referência à disposição do art.º 2.º do CIMT. O que equivale a dizer se a remissão do art.º 12.º, n.º 4, regra 11.ª, apesar de ser feita para o n.º 5 desse artigo obriga a que, na interpretação do significado da expressão “imóveis” se tenham em conta as demais disposições do art.º 2.º do CIMT. Entendemos que terá, necessariamente, que ser esta última opção.

O n.º 5 do art.º 5.º utiliza a expressão “em virtude do disposto no n.º 1” indiciando que apenas poderiam ser os bens “imóveis situados no território nacional”, parecendo remeter para a noção de bens imóveis tal como definidos no Código Civil. Contudo, convém notar que o conceito de bens imóveis não só não é equivalente, mesmo no direito civil, ao conceito de prédios rústicos e prédios urbanos como, para efeitos de CIMT o art.º 2.º delimita objetivamente esse conceito da forma tida por adequada pelo legislador. Por razões relacionadas com a interpretação sistemática das normas diríamos que uma interpretação que considere, para estes efeitos, que o conceito de bens imóveis deve ser determinado de acordo com as disposições do Código Civil não é compatível nem com a forma nem com o espírito da norma. O legislador fiscal optou, neste artigo 2.º, por se afastar ainda que parcialmente das disposições do Direito Civil, criando um conceito operativo de transmissão de imóveis — e nesse sentido plenamente legítimo — para efeitos de aplicação do CIMT.

Uma outra fragilidade desta norma decorre do facto de, em momento algum, ser feita referência ao pagamento de tornas. A norma refere, apenas e só, a transmissão do *excesso de quota-parte* que lhe

caberia no imóvel. Pode, até não haver pagamento de tornas, mas haver pagamento de IMT desde que a quota-parte recebida exceda aquela a que o herdeiro teria direito. É precisamente neste ponto que entendemos que a norma e as interpretações que dela têm vindo a ser feitas é mais frágil.

A debilidade decorre, não da possibilidade de o direito fiscal estabelecer como facto tributário o excesso do valor recebido por um determinado herdeiro face ao seu quinhão hereditário, mas antes, porque parece pressupor que cada um dos co-herdeiros possuir, antes da partilha, o direito a uma quota-parte de cada um dos bens imóveis que constituem a herança¹².

A herança é um património indiviso e os co-herdeiros não têm, relativamente a cada um dos bens e direitos que a compõem, uma quota-parte. O que cada um deles possui, antes da partilha, é um quinhão, uma quota-ideal sobre esse conjunto de bens¹³ que vai ser concretizado através da agregação concreta que dos mesmos seja feita.

Do ponto de vista da capacidade contributiva, são de destacar aquelas situações em que, não havendo lugar ao pagamento de tornas por parte do herdeiro ao qual foram atribuídos bens imóveis que excedem a tal quota-parte que lhe caberia, o herdeiro em causa recebe tornas¹⁴. Nesses casos, o que sucede é que o herdeiro teve de ser compensado pelos demais por ter recebido um conjunto de bens de valor inferior ao dos que compõem os outros

¹² Valem, aqui, para efeitos de determinação do valor a considerar o disposto no art.º 12.º, n.º 1 e n.º 4, regra 11.ª do CIMT, isto é, VPT ou valor que lhe for atribuído na partilha, se superior àquele.

¹³ Em rigor deveríamos dizer que não se trata, apenas, de bens e de direitos, mas, também, de deveres e obrigações. Contudo, por facilidade de referência falaremos apenas em bens.

¹⁴ É de notar que a Autoridade Tributária e Aduaneira considerou, na Informação Vinculativa proferida no processo 2010002448 que a renúncia às tornas é irrelevante para efeitos de IMT sendo apenas de considerar em sede de Imposto do Selo.

quinhões, mas, como são bens imóveis – suponhamos que são, por absurdo, todos os bens imóveis da herança - terá de suportar o pagamento de imposto, entregando ao Estado uma parte das tornas que recebeu, isto se delas não tiver prescindido.

4.2. A tributação em sede de Imposto do Selo

O que referimos no ponto precedente é válido, com as devidas adaptações, a propósito do Imposto do Selo, mercê da disposição contida no n.º 6 do art.º 1.º do Código do Imposto do Selo. A considerar-se válida a aceção anterior, estará sujeito a imposto de selo o excedente do valor atribuído ao herdeiro face ao que lhe caberia na partilha do conjunto dos imóveis que fazem parte da herança da verba 1.1 da Tabela Geral do Imposto do Selo.

5. Análise reflexiva

As tornas, para efeitos tributários, têm vindo a ser tratadas como um rendimento de quem as recebe e uma despesa para quem as paga. No que a este ponto em específico diz respeito nada temos a opor. Por essa razão, entendemos que impende sobre os participantes nesta transação o dever de declaração, no período financeiro em que foram recebidas ou pagas, no respetivo anexo G – para quem paga – e no anexo H para quem as recebe. Não fora o facto de a Autoridade Tributária manifestar, em diversas informações vinculativas¹⁵, que esta obrigação apenas existe no caso de se tratar de tornas devidas pelo excesso de transmissão da quota-parte sobre bens imóveis, nada haveria a acrescentar.

Compreende-se que, por razões fundadas na igualdade, seja considerada irrelevante a renúncia

às tornas consubstanciando essa mesma renúncia uma doação entre as partes envolvidas, devendo ser-lhes aplicadas as regras relativas à tributação em sede de imposto do selo. Ainda que perfilhemos este entendimento não podemos deixar de referir que estas regras mereceriam, em casos similares a este, alguma reflexão ponderada.

A aplicação prática das normas relativas à tributação das transmissões de bens por herança é que nos parece merecer uma reflexão que, ainda que muito breve, pretende lançar um debate em torno da sua compatibilidade com o princípio da igualdade. Avançados desde já que, tal como têm vindo a ser aplicadas, estas normas podem gerar resultados iníquos e colocar em causa não só a igualdade, mas, também, a equidade na distribuição da carga tributária.

Sendo conhecidas as divergências para efeitos de tratamento fiscal da classificação de determinados negócios ou atos jurídicos, é de referir que parece afastar-se daquele que nos parece que deveria ser o escopo da norma: a tributação das tornas. Nesse caso, os reparos que fizemos e que faremos em seguida, não fariam sentido. Se os impostos mencionados – IMT, IS e IRS - incidissem sobre o valor das tornas pagas, por corresponderem a uma aquisição onerosa de uma parcela superior do acervo hereditário do que aquela que lhe caberia pela aplicação das regras de partilha da herança.

Ao invés de optar por uma solução como a que acabamos de referir, o legislador português entendeu que deveria trazer para o Imposto Municipal sobre Transmissões onerosas de Imóveis o suposto excesso do valor de composição do quinhão diga respeito a bens imóveis¹⁶ disposição esta que tem

¹⁵ Cfr., nomeadamente, Informação Vinculativa de 21-11-2017, relativa ao processo 3803/17, Informação Vinculativa de 20-06-2018, relativa ao processo 1351/2018, Informação Vinculativa de 10-07-2019, relativa ao processo 2352/2018

¹⁶ A informação vinculativa relativa ao processo 3803/17 de 21-11-2017 considerou-se que o pagamento de tornas confere o carácter oneroso à operação de partilha e, que consubstanciando as mesmas um negócio de alienação de um direito real a um bem imóvel ou parte dele, serão as mesmas

efeitos de irradiação, ainda que mitigado, para outros impostos.

A razão de ser da nossa inquietação começa, já o referimos e reiteramos agora, com a desconsideração da natureza jurídica do acervo patrimonial que compõe as heranças indivisas e dos quinhões hereditários.

Aqueles patrimónios são de constituição muito diversificada e abrangem, para além de bens imóveis outros bens como sejam bens móveis, direitos e, cada vez mais, bens imateriais. Pela sua natureza jurídica e material, são compostos por um conjunto tendencialmente heterogéneo de bens que, depois de ser aceite, confere aos herdeiros um direito a um determinado quinhão hereditário¹⁷.

Os coherdeiros são, apenas e só, cotitulares de um património comum, não se devendo confundir esta cotitularidade com a compropriedade, uma vez que, como bem refere o Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão proferido no processo 1100/11.7TBABT.E1.S1 de 30 de janeiro de 2013, “apenas são titulares de um direito sobre a herança (acervo de direitos e obrigações) que incide sobre uma quota ou fracção da mesma para cada herdeiro, mas sem que se conheça quais os bens concretos que preenchem tal quota.”

A partilha dos bens que, em concreto, compõem aquele acervo e a sua atribuição a cada um dos herdeiros pode ser feita de diversas formas, dando cumprimento à vontade dos seus beneficiários. As dificuldades inerentes com essa distribuição decorrem, maioritariamente, da existência de interesses coincidentes na atribuição/afastamento de um determinado direito ou obrigação ou, até,

na criação de conjuntos de valor tendencialmente equiparável.

Deixando de parte aquelas situações em que é tomado por referência não tanto o valor económico objetivamente determinado de cada um dos bens, mas antes o seu valor afetivo, diríamos que raras serão as situações em que existe uma igualdade absoluta do valor do conjunto de bens a atribuir a cada um dos herdeiros.

E são precisamente essas situações mais comuns que nos inquietam: nos casos em que, por via da efetivação da partilha, um herdeiro veja ser-lhe atribuído o direito de propriedade sobre imóveis numa “quota-parte” – e usamos aqui a expressão entre aspas para facilitar a exposição do nosso raciocínio e denunciar a incorreção da sua utilização neste contexto – sobre bens imóveis superior aquela que lhe caberia, terá de suportar o pagamento de IMT e IS sobre esse excesso.

A verdade é que não só é desconhecida, porque inexistente, a tal *quota-parte que ao adquirente pertencer, nos bens imóveis, em ato de divisão ou partilhas*, de que nos fala a al. c) do n.º 5 do art.º 2.º do CIMT como, e agora por razões de igualdade tributária, a consideração para efeitos tributários de, apenas, alguns dos bens que compõem a herança parece colocar em causa o princípio da igualdade tributária, consubstanciando uma discriminação desproporcional.

O que está em causa, na tributação das transmissões de bens *mortis causa* é a oneração (ou não) do aumento patrimonial ocorrido na esfera dos herdeiros, de cada um e de todos eles.

Ao desconsiderar que esse aumento patrimonial é semelhante, independentemente da composição que em cada caso concreto venha a decorrer do bem ou conjunto de bens que foi atribuído a cada um dos herdeiros é beliscar a génese do

consideradas como um ganho, e, por conseguinte, sujeitas a tributação em mais-valias nos termos do disposto no artigo 10.º do CIRS.

¹⁷ Rabindranath Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. II, 3.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

fenómeno sucessório e, também, do princípio da igualdade e do rendimento acréscimo. Em termos de acréscimo patrimonial nada distingue dois conjuntos de bens com o mesmo valor económico. E, como decorre das normas aplicáveis em sede de Imposto do Selo, também nada os distinguiria para efeitos de concessão da isenção, caso se encontrem preenchidos os requisitos – cfr. al. e) do n.º 1 do art.º 6.º do Código do Imposto do Selo – não fora a remissão para o CIMT.

A aplicação desta norma, tal como tem vindo a ser feita levanta dúvidas sobre a sua constitucionalidade de compatibilidade quer com o princípio da igualdade fiscal. Esta não deve, salvo melhor opinião, ser determinada a partir de uma medida que leva à existência de uma capacidade contributiva acrescida (e até exponenciada) dos herdeiros que recebem como contrapartida do seu direito à herança um conjunto de bens dos quais faz parte um (por vezes o único) imóvel que é, também não raras vezes, o bem com maior valor económico e patrimonial. A interpretação que tem vindo a ser feita trata de forma similar situações muito diversas e de forma diversa situações que, do ponto de vista económico, são em tudo similares.

Esta interpretação só se consegue compreender por referência à pressuposição, na própria norma, que o direito à herança corresponde à existência de uma espécie de compropriedade sobre a totalidade dos bens que compõem o acervo – que não de cotitularidade – hereditário. A quota ideal, adquirida no momento da abertura da sucessão, não deve ser confundida com o direito de propriedade, mas é

relevante para efeitos de determinação do direito à atribuição dos bens que vão compor essa participação na herança.

A admitir-se a consideração da existência de negócios jurídicos onerosos sempre que exista esse tal *excesso de quota-parte nos imóveis* determinando que tudo o que está em excesso corresponde a uma transmissão onerosa, então teríamos de considerar que os bens que compõem as demais distribuições são, em parte, a contraprestação dessa mesma transmissão. Temos muita dificuldade em ficcionar que a atribuição da propriedade dos bens no momento da partilha pode ser equiparada – ainda que para efeitos de tributação – a uma contraprestação em espécie.

As transmissões hereditárias são, voltamos a vincar esta posição, gratuitas. As tornas não devem ser consideradas como contraprestações, assemelhando-se antes a compensações pela impossibilidade de distribuição dos bens de forma absolutamente igualitária entre todos os herdeiros. Não devem, precisamente por isso, ser consideradas como ingressando no património de quem as recebe como se de um pagamento qualquer se tratasse, nem que seja para efeitos de tributação.

Por último, vincamos aquele que nos parece ser o entendimento mais adequado: a desconsideração da natureza jurídica dos quinhões hereditários e das tornas pode colocar em causa o princípio da igualdade por se tratar de uma diferenciação desproporcionada e injustificada face ao princípio da capacidade contributiva, determinado neste caso a partir do valor da herança que cabe a cada um dos herdeiros.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: NÓS QUE IMPORTA DESATAR (*)

Rui do Carmo

Procurador da República jubulado

Nesta comunicação, apresentarei alguma informação sobre a realidade do combate que temos desenvolvido à violência contra as mulheres, à violência contra as crianças e à violência doméstica e, em traços breves, procurarei enunciar alguns dos nós que importa desatar para que, na minha perspetiva, os resultados melhorem.

1.

A violência doméstica continua a ser o crime contra as pessoas mais participado em Portugal, sendo 2/3 das vítimas mulheres, predominando entre agressor/a e vítima a “relação de conjugalidade ou relação análoga”.

Contudo, dos mais de 30.00 inquéritos anualmente abertos, em 80% não é exercida a ação penal (são arquivados)¹; e na fase de julgamento são condenados apenas pouco mais de metade dos arguidos acusados ou pronunciados, mais de 85% em pena de prisão suspensa na sua execução, 95% dos quais homens².

(*) Texto da comunicação apresentada, no dia 23.02.2024, na Conferência sobre Violência Doméstica e de Género, organizada pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com a colaboração do Centro de Direito da Família e da Università de Firenze.

¹ Cf. Relatório Anual da Segurança Interna (RASI) 2022, Sistema de Segurança Interna, pp. 49-50.

² Informações recolhida em DGPJ - SIEJ : Estatísticas da Justiça (justica.gov.pt).

Apesar das cerca de 1.000 detenções em flagrante delito que decorrem anualmente (1159 em 2023)³, não há registo, nos últimos anos, da aplicação do processo sumário por este tipo legal de crime.⁴ Dado da observação da realidade que é uma de várias manifestações da ainda insuficiente assertividade no combate a esta criminalidade. E que tem raízes na ideia legalmente ultrapassada, mas que continua a tentar sobreviver (nalguma doutrina e nalguma jurisprudência), de que a intensidade ou a reiteração da agressão seriam elementos objetivos do tipo legal de crime, olhando para as mudanças legislativas de 2007 à luz do pensamento jurídico anterior.⁵

Temos de continuar a trabalhar para desatar este nó!

Sem prejuízo da ponderação que cada caso terá de merecer por parte do titular da ação penal (Mi-

³ Informações da GNR e PSP coligidas pelo Ministério da Administração Interna.

⁴ O artº 30º/1. do Regime Jurídico Aplicável à Prevenção da Violência Doméstica e à Proteção e Assistência das suas Vítimas (LVD) determina que, “em caso de flagrante delito por crime de violência doméstica, a detenção mantém-se até o detido ser apresentado a audiência de julgamento sob a forma sumária ou a primeiro interrogatório para aplicação de medida de coação(...)”.

⁵ Este é um exemplo da margem de “discricionariedade que os/as operadores/as judiciários/as possuem”, que “não será influenciada pelos códigos jurídicos, mas antes pelos códigos sociais, morais e éticos de cada magistrado/a” e que “pode condicionar o potencial progressista da lei” (utilizando palavras de Madalena Duarte a propósito das representações das magistraturas sobre a violência nas relações de intimidade, em O papel do direito e dos tribunais na violência contra as mulheres, 2023, edições Afrontamento).

nistério Público) – neste como em qualquer outro tipo de crime -, o julgamento rápido do arguido detido, em processo sumário, constitui em muitos casos uma resposta necessária: do ponto de vista da quebra do ciclo de violência e da afirmação da proteção e dos direitos da vítima; e do ponto de vista das necessidades de prevenção geral.

Os Indicadores que vos apresentei refletem, por si só, a necessidade de se continuarem a melhorar as condições de investigação dos factos que consubstanciam este crime e a qualificação dos profissionais que nela intervêm, de reforçar o apoio prestado às vítimas e o combate contra a desigualdade e a violência.

E de desatar outro nó de que vos queria falar, que é a ainda insuficiente capacidade que temos demonstrado de, decorridos mais de oito anos, aplicar o modelo de intervenção imediata após a denúncia que, em 2015, foi estabelecido no artº 29º-A da Regime Jurídico Aplicável à Prevenção da Violência Doméstica e à Proteção e Assistência das suas Vítimas (LVD)⁶. Que, sucintamente, visa, num curto espaço de tempo (idealmente, nas 72 horas posteriores à denúncia):

- Realizar os atos urgentes de aquisição e preservação da prova;
- Avaliar o risco, para a vítima e crianças e maiores vulneráveis expostos à violência;
- Prestar assistência e garantir-lhes efetiva proteção;

⁶ Cujo nº1 afirma: “Logo que tenha conhecimento da denúncia, sem prejuízo das medidas cautelares e de polícia já adotadas, o Ministério Público, caso não se decida pela avocação, determina ao órgão de polícia criminal, pela via mais expedita, a realização de atos processuais urgentes de aquisição de prova que habilitem, no mais curto período de tempo possível sem exceder as 72 horas, à tomada de medidas de proteção à vítima e à promoção de medidas de coação relativamente ao arguido.”

- Aplicar medida de coação que garanta a contenção do arguido.⁷

Muito importante seria, para ultrapassar alguns dos bloqueios atualmente existentes nesta fase inicial da intervenção, e muitas vezes decisiva, que se concretizasse a implementação de projetos-piloto da *rede de urgência de intervenção*, que foi decidido criar-se em 2019⁸, envolvendo operadores policiais, judiciários e membros das respostas e estruturas da RNAVVD e/ou dos Gabinetes de Apoio à Vítima (GAV), disponíveis 24 horas por dia, em articulação com as linhas telefónicas integradas no Serviço de Informação a Vítimas de Violência Doméstica (SIVVD). Continua a aguardar-se a sua implementação. A disponibilidade destas equipas para intervirem nas 24 horas do dia é muito relevante, também porque a informação transmitida pelos relatórios de monitorização da violência doméstica diz-nos, persistentemente, que há uma maior proporção de ocorrências ao fim de semana e que cerca de metade das participações foi rececionada de noite ou de madrugada e a maioria das ocorrências se verificou nestes períodos.

2.

No último triénio, têm ocorrido, em cada ano, mais de duas dezenas de homicídios consumados em contexto de violência doméstica (uma diminuição, apesar de tudo, comparativamente ao triénio anterior, em que o número anual de vítimas foi superior a 30). No ano de 2022 (últimos

⁷ Os procedimentos a adotar pelo órgãos de polícia criminal (OPC) estão, desde maio de 2020, sistematizados no Manual de Atuação Funcional a adotar pelos OPC nas 72 horas subsequentes à apresentação de denúncia por maus-tratos cometidos em contexto de violência doméstica, disponível em www.cig.gov.pt.

⁸ Cf. Resolução do Conselho de Ministros nº139/2019, de 19.08, que aprova medidas de prevenção e combate à violência doméstica, nº1, c)/iii (DR-I Série, de 19.08.2019).

dados completos conhecidos), 29% do total dos homicídios consumados em Portugal (que foram 97) ocorreram no âmbito das relações definidas no crime de violência doméstica (28); e 80% das vítimas do sexo feminino foram mortas no âmbito destas relações.

E, para melhor caracterizar as pessoas que praticam homicídio neste contexto e melhor definir o combate a este comportamento, importa ter em conta que a percentagem dos que se suicidam a seguir é oito vezes maior do que nos restantes casos de homicídio, ocorrendo em particular nos homens. Em Portugal, em 2022, suicidaram-se 10 dos 28 homicidas (9 homens e 1 mulher) e em 2023 suicidaram-se 8 dos 22 homicidas (6 homens e 2 mulheres) – com uma diferença: os homens suicidaram-se após terem matado as companheiras ou ex-companheiras; as mulheres, depois de terem matado filhos ou mães.⁹

Importa destacar que em cerca de um terço destes homicídios foram identificadas anteriores denúncias por violência doméstica, muitas delas inconclusivas. O tendencial agravamento da violência neste contexto aconselha maior exigência na investigação e nos procedimentos de avaliação de risco.

3.

Em 2015, a avaliação do risco de a vítima poder vir a sofrer novas agressões, incluindo a morte, foi introduzida no regime jurídico aplicável à violência doméstica, em linha com o estabelecido no

⁹ Cf. Indicadores Estatísticos em www.cig.gov.pt; Homicídios em Contexto de Violência Doméstica 2023. Análise dos Indicadores, fevereiro de 2023, Procuradoria-Geral da República/ Gabinete da Família, da Criança, do Jovem e do Idoso e Contra a Violência Doméstica. Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/>; RASI 2022, pp 43 e 51 anexos; Pessoas condenadas por homicídio conjugal em processos crime na fase de julgamento findos nos tribunais de 1ª instância 2007-2022, disponível em DGPJ - SIEJ : Estatísticas da Justiça (justica.gov.pt).

artº 51º da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Convenção de Istambul, ratificada por Portugal em 2014), tendo a sua importância sido reforçada na revisão da lei ocorrida em 2021. A frequente reiteração, aumento da intensidade e agravamento dos maus tratos praticados neste contexto, que impõem um especial dever de proteção da vítima, fazem com que esta avaliação seja particularmente importante.

O instrumento aplicado pelos órgãos de polícia criminal, mas também pelos técnicos de apoio à vítima que exercem funções nos Gabinetes de Apoio a Vítimas de Violência de Género e por estruturas de atendimento, respostas de acolhimento de emergência e casas de abrigo, é a Ficha de Avaliação de Risco em Violência Doméstica (RVD), que tem duas versões: a 1L, que é aplicada quando da denúncia ou auto de notícia, e a 2L nas reavaliações posteriores. O nível de risco identificado está diretamente associado à “prestação de orientações de autoproteção”, à implementação de um “plano individualizado de segurança”, à definição da urgência e dos procedimentos que devem ser desenvolvidos após uma ocorrência. E revela-se, também, muito importante para a decisão sobre medidas de coação, pela relevância que tem na identificação das exigências cautelares e na forma de lhes dar resposta, nomeadamente como ferramenta para ajudar a distinguir as situações de violência situacional e as outras, nomeadamente as de terrorismo na intimidade, e a tomar opção sobre o meio processual de as tratar. Mas, nem sempre os tribunais atribuem a importância que deve ser dada à avaliação do risco de revitimização.

O instrumento de identificação e avaliação do risco (a RVD) está em processo de revisão, necessária, atendendo a que já decorreram cerca de dez

anos desde a sua conceção e início de aplicação, às insuficiências entretanto detetadas, ao alargamento que foi havendo dos seus utilizadores, à influência que as modificações sociais e das mentalidades e a evolução tecnológica, entretanto ocorridas, tiveram nos padrões de comportamento, à evolução do conhecimento e também da legislação.¹⁰

E ainda porque importa repensar as condições da sua operacionalização, reforçando a qualificação dos profissionais que a aplicam. Este é outro nó que importa desatar, prevenindo a erosão da confiança nos seus resultados.

Duas notas apenas:

1ª. Na revisão da RVD, deve ser ponderado, à luz da experiência já adquirida, se se deve manter a ideia atual de que, em princípio, qualquer pessoa que exerça as funções de órgão de polícia criminal está apta a aplicar as fichas de avaliação de risco ou se, diferentemente, deverá ser uma diligência cuja responsabilidade terá de ser atribuída a quem tenha especial qualificação para a efetuar, pelo conhecimento adquirido sobre este fenómeno criminal, a metodologia de recolha e o tratamento da informação relevante, num processo combinado de formação e experiência.

2ª. A avaliação do risco tem por base uma recolha alargada de informação, que deve ter origem em várias fontes (observação, vítima, agressor/a, terceiros, informações técnicas e sociais que estejam disponíveis) e integra um juízo de prognose quanto à

reiteração ou agravamento da violência. É incorporada no processo, no cumprimento do expressamente estabelecido na lei da violência doméstica, e constitui uma fonte de conhecimento de factos relevantes sobre o contexto, as necessidades da intervenção e a previsão de evolução do caso. Não pode, por isso, ser ignorada, antes tem de ser tida em consideração, havendo indícios de responsabilidade criminal, na verificação dos requisitos de aplicação de medida de coação e na definição de qual ou quais as que se mostram “necessárias e adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas”.^{11 12}

4.

A população das estruturas de acolhimento da rede nacional de apoio às vítimas de violência doméstica tem oscilado, nos últimos dois anos, entre um máximo de 1.841 pessoas e um mínimo de 1296 (este, o número de pessoas acolhidas no final do ano de 2023), repartida em partes praticamente iguais entre mulheres e crianças, com um número residual de homens (22 no final do ano passado).¹³

É um elevado número de pessoas (quase exclusivamente mulheres e crianças) que abandonaram as suas casas e se encontram acolhidas em estruturas da rede nacional de apoio a vítimas de violência doméstica, grande parte delas muito para além dos prazos que estão previstos na lei.

¹¹ Artº 193º/1. CPP.

¹² Sobre a revisão da RVD, ver Rui do Carmo, “Contributo para o debate sobre a revisão do modelo de avaliação e gestão do grau de risco das vítimas de violência doméstica”, em *Violências Domésticas. Novas Questões Antigas*, coord. Teresa Morais, pp 81-99.

¹³ Cf. Indicadores Estatísticos em www.cig.gov.pt.

¹⁰ A Resolução do Conselho de Ministro nº 139/2019, de 19.08, decidiu proceder à “revisão do modelo de avaliação e gestão do grau de risco da vítima, incluindo indicadores relativos a crianças e jovens, e outras vítimas em situação de vulnerabilidade acrescida” (1, c)/v.

Deve continuar-se a afirmar, como o fez a Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica (EARHVD), que “[o] afastamento das vítimas da sua própria habitação, para serem colocadas num centro de acolhimento para pessoas em situação de emergência social, ficando a viver naquela o seu agressor, constitui um sinal errado, quer no que respeita à proteção e afirmação dos direitos das vítimas, quer no que respeita à contenção do agressor”¹⁴.

A alteração à lei da violência doméstica publicada em agosto de 2021 veio, em boa hora, clarificar o sentido e alcance da medida de coação de afastamento da residência, explicitando que nela se inclui também a proibição da aproximação da residência e que a medida se refere ao local “onde habite a vítima ou que seja casa de morada de família” – ou seja, neste último caso, ao local onde tiver sido estabelecida a residência da família, independentemente da propriedade do imóvel.¹⁵

É óbvio que este afastamento pode, em certas circunstâncias, ter de ocorrer: por vontade da vítima, por razões de segurança ou enquanto não tiver sido recolhida prova indiciária da prática do crime. Mas, os números que vos apresentei, e a observação da prática judiciária, evidenciam que, apesar do aumento do número de casos a que tem vindo a ser aplicada a medida de coação de afastamento do agressor (foi-o em 518 casos no 1º trimestre de 2019 e em 895 no 4º trimestre de 2023¹⁶), continuam a existir resistências à sua aplicação, o que é evidente desde logo na comparação com o número de pessoas acolhidas em casas de abrigo.

Este é outro nó que ainda não conseguimos desatar. E, falando em desatar o nó, seria importante saber o que se pretende de facto com o anúncio da criação, em 2025, de um projeto piloto que “permita retirar o infrator da casa de morada de família e encaminhá-lo para recursos sociais existentes na comunidade”, singelamente enunciado na recentemente publicada Estratégia Nacional para os Direitos das Vítimas (2024-2028)¹⁷. Se a intenção for garantir o apoio social, que já hoje deve ser prestado, aos agressores que dele comprovadamente necessitem quando afastados da residência, será uma medida positiva; se a intenção for a criação de novas estruturas residenciais, agora para agressores, será claramente uma medida negativa.

5.

O último relatório de monitorização da violência doméstica publicado (que é referente ao ano de 2021) revela-nos que em cerca de um terço (31%) dos casos de violência doméstica que foram alvo de intervenção policial estavam presentes crianças¹⁸; por outro lado, mais de um quarto das situações de perigo diagnosticadas pelas Comissões de Proteção de Crianças e Jovens nos últimos anos decorre do seu envolvimento e exposição a contextos de violência doméstica¹⁹. E esta é apenas a ponta do icebergue.

A incidência da violência nas relações familiares (em sentido amplo) sobre a vida das crianças e jovens é altamente preocupante, pelos efeitos nefastos na sua segurança, processo de desenvolvimento e saúde mental, bem como na reprodução geracional destes comportamentos.

67

¹⁴ Relatório do dossiê nº3/2017-CS, aprovado a 26.04.2018, relatora Cristina Serém, disponível em www.earhvd.sg.mai.gov.pt.

¹⁵ Artº 31º/1, c) LVD, na redação da Lei nº57/2021, de 16.08.

¹⁶ Cf. Indicadores Estatísticos em www.cig.gov.pt.

¹⁷ Resolução do Conselho de Ministros nº2/2024, DR-I Série, de 05.01.

¹⁸ Violência Doméstica. Relatório Anual de Monitorização 2021, disponível em www.sg.mai.gov.pt.

¹⁹ Avaliação da Atividade das CPCJ. Relatório Anual 2022, disponível em www.cnpdpcj.gov.pt.

O aspeto mais marcante das últimas alterações legislativas no âmbito da violência doméstica foi, a meu ver, precisamente o reforço da proteção das crianças.²⁰

A intervenção criminal é apenas uma parte da ação tendo em vista a afirmação dos direitos fundamentais das crianças que são comprometidos com a violência sobre elas exercida. Os procedimentos que têm como objetivos específicos contrariar e ultrapassar a situação de perigo em que se encontram e definir de forma estável as suas relações familiares, nomeadamente o exercício das responsabilidades parentais, são frequentemente contemporâneos daquela intervenção (os dados estatísticos sumários que vos apresentei são elucidativos).

As mais recentes alterações à LVD aditaram-lhe a medida de coação de *restrição do exercício das responsabilidades parentais* [artigo 31.º, alínea e)], permitindo que, verificando-se os pressupostos de que depende a aplicação de medida de coação (artigo 193.º, n.º 1, e 204.º do Código de Processo Penal), possam ser tomadas, no processo criminal, decisões de regulação provisória do exercício das responsabilidades parentais no que respeita à residência habitual da criança/jovem e ao convívio com os progenitores, assim como de limitação desse exercício (artigo 1918.º do Código Civil). Contudo, o relatório do Centro Económico e Social aprovado em março de 2023²¹ afirmava que os Tribunais não a aplicavam. E também que a medida de coação de proibição de contactos entre o agressor/a e vítima adulta é frequentemente «ignorada, apesar de conhecida, pelo Tribunal de Família e Menores que está a definir o regime quanto ao exercício das res-

ponsabilidades parentais dos filhos/as menores».

Significativas dificuldades vêm sendo sentidas no diálogo e cooperação entre estes diversos procedimentos, assim como na concordância prática entre as decisões criminais e as que envolvem a situação sociofamiliar das crianças, o que nos obriga a refletir sobre a atual divisão por vários processos, tribunais e decisores de parcelas de um conflito que é, frequentemente, artificialmente seccionada.²²

Em 2015, foi adotada, a partir desta constatação, uma medida legislativa de baixa intensidade: a introdução no Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC), aplicável à Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP), de um normativo (n.º7 do art.º 5.º) cujo grande objetivo foi combater as múltiplas inquirições de cada criança nos diversos procedimentos que paralelamente analisam e intervêm sobre aspetos parcelares da realidade por ela vivida, e que permite concentrar a audição numa única diligência, na qual será recolhida a informação relevante para o tratamento das questões da proteção, tutelares cíveis e criminais. Mas, o que se tem constatado, decorridos mais de oito anos, é que esta opção legislativa não modificou a realidade que quis combater porque as crianças continuam a ser ouvidas múltipla e sucessivamente nos diversos procedimentos, a segmentação processual continua a dominar a cultura judiciária, mesmo quando, como é o caso, as garantias dos sujeitos envolvidos não seriam beliscadas e se potenciaria, para além do aspeto substancial da proteção

²² A Resolução do Conselho de Ministros id. nota 8 determinou à «área governativa da justiça» que estudasse «a possibilidade de, no atual quadro constitucional, e através da análise de experiências comparadas, concretizar uma abordagem judiciária integrada, no que se refere à decisão dos processos criminais, tutelares e de promoção e proteção relativos à prática de crimes contra vítimas especialmente vulneráveis, de acordo com as recomendações do Grupo de Peritos para o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica do Conselho da Europa» (ponto 8.). Mas, não há conhecimento de que tal trabalho tenha sido desenvolvido.

²⁰ Cf. Rui do Carmo, As crianças vítimas de violência doméstica, Revista do Ministério Público n.º175, jul-set 2023, pp35-66.

²¹ Violência Doméstica. Retrato de um país na sombra, 2023, Conselho Económico Social, Almedina.

da vítima e da adequação e coerência das decisões, uma mais racional utilização dos recursos.²³

Também este nó ainda não foi desatado. E esperamos que não seja preciso esperar pelo ano de 2027, para o qual a já referida Estratégia Nacional para os Direitos das Vítimas prevê “avaliar a possibilidade de aproveitamento em diferentes jurisdições de prova produzida em um processo, como forma de evitar a repetição de depoimento pela vítima”²⁴.

6.

Apresentei-vos, para alicerçar as preocupações que vos quis trazer, alguns dados estatísticos dispersos, coligidos e apresentados com critérios e nomenclaturas que diferem de serviço para serviço, e mesmo de ano para ano, o que limita a capacidade de os ler e analisar tendo em vista a definição de políticas públicas e a avaliação do seu impacto.

Esta situação foi diagnosticada, em 2019, no Relatório da Comissão Técnica Multidisciplinar para a Melhoria da Prevenção e Combate à Violência Doméstica²⁵, que, constatando a inexistência de “um repositório de informação cuja amplitude seja suficiente quer para o conhecimento rigoroso da incidência da violência contra as mulheres e violência doméstica em Portugal, quer para determinar o

padrão ou a trajetória da evolução das políticas públicas”, formulou a proposta de criação da Base de Dados de Violência Contra as Mulheres e Violência Doméstica, que, como refere a Resolução do Conselho de Ministros do mesmo ano²⁶, que a acolheu e lhe deu seguimento, visará garantir a centralização e interoperatividade de dados que continuam ainda hoje a ser coligidos de forma dispersa.

Até agora, foi concretizado o também então previsto Portal da Violência Doméstica (que deverá ser a face pública da BDVMD), que pode ser consultado no site da CIG, ferramenta ainda limitada (na construção e nos dados que exhibe) mas já muito importante no panorama nacional, com a informação trimestral de alguns dos mais relevantes indicadores estatísticos. A Base de Dados que o deverá alimentar continua, contudo, sem se saber quando será concretizada. Este é outro nó de que vos queria falar e que é urgente desatar, pois ter um conhecimento fidedigno e acessível sobre a realidade que vivemos é essencial à melhoria do combate à violência contra as mulheres, à violência contra as crianças e à violência doméstica.

7.

O último nó a que me referirei nesta comunicação, que importa continuar a desatar, é o da formação. Até por estamos a tratar um tema em que a interpretação e a operacionalização da lei é frequentemente influenciada por convicções e experiências pessoais, que geram significativas discrepâncias nos padrões de intervenção, e a autopoiese dificulta a capacidade de comunicação do direito e dos tribunais com a realidade social em que intervêm.

Porque foi tema já hoje aqui abordado e é tempo de concluir a minha comunicação, quero ape-

²³ A Instrução nº1/2016 do Procurador-Geral Distrital de Coimbra, de 29.02, definiu o procedimento a adotar pelo MP nas declarações para memória futura de crianças vítimas de crimes contra liberdade e a autodeterminação sexual, nomeadamente tendo em vista a concretização da audição única da criança e o objetivo de “assegurar a comunicabilidade e a coerência das ações que são desenvolvidas separadamente tendo o interesse superior da criança como denominador comum, assumindo o Ministério Público a sua responsabilidade de magistratura de iniciativa” (o texto completo da Instrução pode ser lido em Rui do Carmo, “As crianças como testemunhas – aplicar e clarificar a lei [as declarações únicas da criança; o estatuto de vítima; recusa a depor]”, Revista do Centro de Estudos Judiciários 2016-II, pp 102-104).

²⁴ Ver, a este propósito, Rui do Carmo, “Será desta que vão ser criadas condições adequadas para a audição das crianças?”, Público online, 10.10.2023.

²⁵ Relatório de 28.06.2019, disponível em www.portugal.gov.pt.

²⁶ Identificada na nota 8.

nas relembrar, sem mais considerações, o teor de uma recomendação endereçada pela EARHVD ao Centro de Estudos Judiciários, Conselho Superior da Magistratura e Conselho Superior do Ministério Público, em abril de 2022, na qual se afirma:

b.1.) a necessidade de prosseguir e reforçar o esforço de formação dos magistrados judiciais e do Ministério Público sobre a violência contra as mulheres, a violência contra as crianças e a violência doméstica de forma a fomentar uma visão, compreensão e intervenção holísticas sobre estas realidades e um estreito diálogo e interação com profissionais das outras áreas do saber e setores que partilham com o sistema de justiça a responsabilidade de responder aos casos concretos; e

b.2.) que essa formação [deverá abordar], nomeadamente: (1) as características e dinâmica destes comportamentos e as especiais exigências que daí resultam para a ação do sistema de justiça, na articulação e diálogo entre as suas unidades orgânicas e com outros setores, organizações e profissionais; (2) os aspetos que devem merecer particular atenção na condução e tramitação dos procedimentos judiciais, à luz da experiência e de estudos de caso; (3) a importância de, nas tomadas de decisão,

seja sobre a condução dos processos seja sobre a sua substância, serem ponderados os efeitos e os resultados que serão previsivelmente alcançados à luz do conhecimento disponível e dos objetivos inscritos na lei; e (4) a comunicação do sistema de justiça com os sujeitos e participantes processuais, com os organismos e profissionais que com ele colaboram e interagem e com a comunidade.²⁷

8.

A protagonista do conto *Maridos*, de Fernando Pessoa, afirmava: “A gente ainda tem medo do tempo em que a lei nos batia mais do que os homens”. Esta afirmação faz-nos hoje sorrir, parece definitivamente ultrapassada. Mas, deve alertar-nos para a necessidade de resistir à ameaça de retrocesso, para a necessidade de defender, consolidar, reforçar e desenvolver os inequívocos progressos alcançados, melhorando a capacidade de aplicar a legislação que combate a violência contra as mulheres, a violência contra as crianças e a violência doméstica.

²⁷ Relatório do dossiê nº4/2020-AM, aprovado a 07.04.2022, relatora Aida Marques, disponível em www.earhvd.sg.mai.gov.pt.

THE IMPACT OF DOMESTIC VIOLENCE ON FAMILY RELATIONSHIPS ^(*)

Simona Viciani · Giulia Biagioni

University of Florence

Summary: 1. Introduction to the Italian underage protection system. 2. The mandatory reporting of domestic violence in the light of the new Article 403 of the Civil Code¹. 3. The figure of the child's special curator: new forms of protection of the best interest of the child. 4. Concluding remarks: the importance of a multidisciplinary approach in the protection of minors between procedural and substantive tools².

1. Introduction to the Italian underage protection system.

The underage protection system is the fundamental basis for the effective implementation of children's rights: our legal system stipulates that in cases where parental responsibility is exercised inappropriately, endangering the child's psychological and physical well-being, it is possible to report this situation to the judicial authority, which will also intervene by considering the prospect of removing the child from his or her family unit in order to place him or her in a safe and suitable environment to ensure his or her healthy development.

In any case, the possibility mentioned above is an *extrema ratio*, since the child is recognised as having the right to grow up in his or her family of origin and, moreover, to maintain as much continuity as possible with the environment in which he or she has grown up³.

Anyway, in many cases, the administrative bodies directly responsible in these situations are social services⁴, local authorities, educational institutions, and public safety authorities.

It is necessary that these actions are more incisive the greater the risk to which the child is exposed due to inappropriate behavior or parental neglect, to ensure his or her peaceful psychophysical development.

However, it is important to note that the child protection system does not only operate at the level of substantive law, but also has significant effects at the procedural level. This is because the protection of the child, now recognized as an autonomous subject of rights, cannot disregard the

* O texto corresponde à comunicação feita pela Professora Simona Viciani na Conferência sobre Violência Doméstica e de Gênero, organizada pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com a colaboração do Centro de Direito da Família e da Università di Firenze, no dia 23 de Fevereiro de 2024).

¹ Chapters 1 and 2 are edited by Simona Viciani, Associate Professor of Private Law, University of Florence Department of Legal Sciences.

² Chapters 3 and 4 are edited by Giulia Biagioni, PhD student in Private Law, University of Florence, Department of Legal Sciences.

³ Ruscello, Gli interventi della "pubblica autorità" a favore dei minori. "Uso" e "abuso" dell'art. 403 c.c., in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 890.

⁴ In our legal system, social services refer to activities that provide services or economic benefits to individuals in need. These activities can be provided free of charge or for a fee. The purpose of social services is to help individuals overcome difficult situations they may encounter throughout their lives. On this topic: CORRADINI, L'assessment nel servizio sociale, metodi relazionali di valutazione e indagine sociale con i minori e le famiglie, Erickson, 2018; DI BLASIO, Tra rischio e protezione. La valutazione delle competenze parentali, Milano, Unicopli, 2005.

procedural dimension of the matter; in fact, it is the judicial authority that ultimately decides on the fate of the child.

The recent Cartabia reform has had a profound impact on the two issues mentioned above. On the one hand, it aimed to strengthen the system of protection for minors who are victims of violence or serious negligence within their families.

On the other hand, it aimed to provide a system of procedural guarantees that can fully protect the child, even in the difficult dimension of the judgment in which they are necessarily involved.

The purpose of this paper is to critically analyze the new wording of art. 403 of the Civil Code and the role of the child's special curator, which was already present in the Italian legal system, but due to the reform, it is now subject to a new and structured discipline.

2. The mandatory reporting of domestic violence in the light of the new Article 403 of the Civil Code.

The power of reporting of domestic violence mentioned before is extended to everybody, as the welfare and safety of children is a matter of collective interest.

Considering the above, it is important to divide reporting activity into two categories: appropriate and mandatory.

The latter option is activated when the child is in a state of emergency caused by moral or physical neglect, or when the child is in the care of people who are unable to provide for the child's proper upbringing, or even, when the child is in a situation of serious harm, where the child's psychophysical safety is at risk, such that intervention by the authorities cannot be delayed and emergency measures must be taken.

If, instead, there is no imminent danger to the child's mental and physical health, the public authority may use the usual means of protection, including reporting to the judicial authority, believing that it is possible to wait until the time to act.

The key point, then, is to distinguish when faced with a situation of harm, the situations in which it is not possible to wait another day to protect the child, from those in which it is possible to act with a report to the judicial authority, perhaps even urgently, but without immediate safety intervention.

But when is a situation "only" one of harm and when is there a threat to the child's mental and physical safety? So let us begin by defining injury situations, which, as we know, are the most varied in both type and intensity.

WHO defines child abuse or maltreatment as all forms of physical and/or emotional maltreatment, sexual abuse, neglect, or negligent treatment, sexual or other exploitation that result in actual or potential harm to the child's health, survival, development, or dignity and that occur within a relationship of responsibility, trust, or power⁵.

Specifically, neglect is defined as a severe and/or persistent lack of childcare or lack in a major area of parenting that causes significant health or developmental harm and/or growth retardation in the absence of organic causes.

Physical maltreatment is defined as the presence of physical harm resulting from physical assault, mistreatment, corporal punishment, or serious attacks on physical integrity and life. Psychological abuse or emotional abuse: an emotional relationship characterized by repeated and continuous psychological pressure, emotional black-

⁵ WHO, Violence and Health report, 2002.

mail, indifference, rejection, denigration, and devaluation that damages or inhibits the development of basic cognitive-emotional skills such as intelligence, attention, perception, and memory.

Sexual abuse means involvement of a child in sexual acts, with or without physical contact, to which he or she is unable to freely consent because of the age and importance of the perpetrator, sexual exploitation of a child or adolescent, child prostitution, and child pornography.

Supervised violence means involvement of the child in acts of violence perpetrated against persons emotionally significant to the child, resulting in psychological harm equivalent to that caused by the maltreatment suffered directly.

The maltreatment situations described above are generally dealt with by social services in “normal” ways including, as we have seen, reporting to the judicial authority, trying as far as possible to build a cooperative relationship with the family.

Reporting plays a key role for the juvenile court, as it allows it to examine the situation and, if necessary, validate the administrative measure. The judge’s decision is based on the investigations conducted by social services, which prepare a detailed report on the information obtained, highlighting the interventions deemed necessary to address the situation.

Before acting, social services must obtain the consent of the child’s parents, but if this is not forthcoming, the juvenile judge intervenes to authorize services to act even in the absence of consent.

Parents and relatives have the option of approaching the juvenile court to request specific measures.

As well as those who do not have the legal capacity to appeal can turn directly to social services or the Public Prosecutor’s Office (PM) to request appropriate interventions.

Conditions of maltreatment or harm that require intervention that cannot be postponed due to the emergency must be dealt with in the “extraordinary” ways provided for in Article 403 of the Civil Code.

These interventions are most often carried out by law enforcement agencies when, called to intervene on the scene, they are faced with a situation of serious and obvious maltreatment that requires the immediate protection of children. Another context is the hospital setting, when health personnel are faced with a child accompanied by adults under the influence of drugs or alcohol, or with signs of maltreatment, in cases where it is not possible or appropriate to make an urgent report to the Public Prosecutor’s Office.

As for social services, intervention under Article 403 of Civil Code is generally triggered by very serious reports from minors or their parents, or a report from another person inside or outside the family (e.g., a teacher).

The Cartabia reform, by 1st Nov. 26, 2021, No. 206⁶, intervened to amend Article 403, which legitimized the urgent removal of a minor from his or her family by public authorities⁷.

The main problem with this article was the lack of judicial control: authorities, as well as child protection agencies, were granted broad discretionary

⁶ This is Paragraph 27 of Article 1 of Law No. 206/2021, “Delegation to the Government for the efficiency of the civil process and for the revision of the discipline of the instruments of alternative dispute resolution and urgent measures for the rationalization of proceedings in the matter of personal and family rights as well as in the matter of forced execution” published in the Official Gazette No. 292 of 9 December 2021.

⁷ Article 403 of the Civil Code aimed to balance the protection of children in need with the principle that judicial bodies should be responsible for providing it. On this topic: Iorio, *La tutela del minore nel nuovo testo dell’art. 403 c.c.*, in *Familia*, 2023, p. 31; Sesta, *La riforma e il diritto di famiglia. la prospettiva paidocentrica dal diritto sostanziale al diritto processuale*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 4-5, 1 July 2023, p. 1054.

powers⁸, even though, in many cases they followed the practice of notifying the public authority.

After numerous condemnations by the European Court of Human Rights, also due to failure to respect procedural guarantees, the legislature decided to amend the provisions of Article 403 of the Civil Code: this amendment introduces the possibility that in situations of absolute emergency, when it is not possible to wait for a court decision, the public authority may remove the child from his or her family to place the child in a suitable environment.

The removal and subsequent placement in another family is a temporary measure, effective until a final judgment is issued.

This measure is applied precisely in cases where it is found that the child is materially or morally abandoned or exposed to serious harm to his or her psychological and physical safety⁹.

It is important to underline also that such intervention is permissible only at the pre-litigation and pre-litigation stages, otherwise it is an administrative measure taken outside its typical legal framework¹⁰.

The situation of moral and material abandonment referred to in the first paragraph was already present in the previous text; exposure to serious harm and danger to psychophysical safety are now added.

What is new is the provision of the emergency to be provided for; emergency recalls a sudden adverse circumstance for the child that can lead to se-

rious consequences if not addressed immediately¹¹.

The legislature intervenes on the old Article 403 of 1942, amending the first paragraph and adding seven new paragraphs, six of which are dedicated to procedural aspects.

The aim, as already said, is to promote a fair and thoughtful procedure that considers all parties involved: nowadays, Article 403 c.c. contains provisions that set all the necessary deadlines to ensure the principle of adversarial proceedings and to guarantee a thorough analysis of the family conditions and the needs of the child in risk situations¹².

The timeline is tight, consisting of three stages: First “administrative” phase and referral to the PM: the public security authority that becomes aware of a child in a state of abandonment or otherwise in serious mental and physical danger, intervenes on authority by placing the child in a safe place.

It immediately informs the PM of the juvenile court where the child resides, orally by telephone, and within the next 24 hours submits a written report, along with an initial summary report on the family unit, to be provided by social services¹³.

Within the next 72 hours, the PM, if he does not revoke the placement order, requests its validation to the juvenile judge, with an appeal¹⁴.

Second judicial phase (monocratic): within 48 hours following the PM’s appeal, the Juvenile

¹¹ The need for urgency, in fact, justifies the involvement of multiple bodies, increasing the likelihood that at least one of them will act promptly.

¹² THIENE, *Giudici e servizi sociali al crocevia: il legislatore riscrive l’art. 403 c.c.*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 2, 1 March 2022, p. 309.

¹³ De Salvatore, Monticchio, *Il collocamento in luogo sicuro del minore*, p. 22.

¹⁴ However, the wording of the rule has caused confusion because it refers to both ablative and restrictive measures, which narrows the already limited scope of intervention in the event of a potentially favorable wording that requests ‘appropriate measures’, leaving the public prosecutor with complete discretion. For more information on the subject, refer to CORDIANO, *I provvedimenti urgenti a tutela del minore in difficoltà*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 4-5, 1 July 2023, p. 863.

⁸ The rule, although outdated, has demonstrated its ability to adapt to multiple areas. For more information on the subject, refer to SPANGARO, *Sub art. 403*, in *Sesta (cared by)*, *Codice della famiglia*, Milano, 2015, p. 1496; *Cass. civ.* 16th October 2015, n. 20928, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 297. De Salvatore, Monticchio, *Il collocamento in luogo sicuro del minore*, cured by Juvenile Prosecutor’s Office of Bari, the Apulia Region and the Order of Social Workers of Apulia, September 2022, p. 18.

⁹ CORDIANO, *I provvedimenti urgenti a tutela del minore in difficoltà*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 4-5, 1 July 2023, p. 863.

¹⁰ *Cass. Civ.*, sent. n. 20928 of 16 October 2015, in *CED Cassazione*, 2015.

Judge, in monocratic composition, proceeds with the validation, appoints the child's special curator, and schedules a hearing for the child, parents, and the appointed curator to appear.

During the hearing, the judge freely interrogates the parties, goes directly to the hearing of the minor and may take information.

Third judicial phase (collegial): within the next 15 days, the Juvenile Court decides to confirm, revoke or modify the placement of the child and take other measures in the best interest of the child.

3. The figure of the child's special curator: new forms of protection of the best interest of the child.

As mentioned above, the Cartabia reform, in the third paragraph of the new Article 78 c.p.c., stipulates, among other things, that the judicial authority must appoint the special curator of the child in the case of adoption of measures under Article 403 c.c. or custody of the child under Articles 2 et seq. of Law No. 184 of May 4, 1983¹⁵.

The first interpretive question raised by the rule concerns the exact determination of its scope.

The legislature understood that the existence or non-existence of the conflict of interest between the child and the parents is by no means the key to solving the problem of the appointment of the special curator, since whenever there is a judgment in which the court order affects the content of the parent-child relationship, the conflict of interest always exists.

It is believed, in fact, that the appointment of the special curator so far depends on the negative assessment of the requirement of the adequacy of the parents to represent the interests of the minor children in every proceeding.

It follows, therefore, that the conflict of interest between the different procedural positions is not in itself sufficient to exclude the general representative power of the parents; on the contrary, it is necessary to verify whether the interests of the minor children are adequately represented in the proceedings or whether, on the contrary, it is appropriate to appoint a special curator¹⁶.

Consequently, precisely because of this interpenetration of substantive law and procedure, the exercise of power and related procedural rights that does not appear to be in accordance with the interests of the child is subject to judicial evaluation, which may have consequences, including the replacement of the representative and the appointment of a special curator, as well as, under the new Article 473.bis 8 c.p.c., the possibility for the judge to grant the curator himself representative powers, including those of a substantive nature.

Ultimately, the power to represent the child's interests in the trial is a projection of parental responsibility, and the appointment of the curator is essentially a limiting measure of the same.

The trial is, in fact, the place where conflict is evidenced, but it is not necessarily the case that within the trial everything is resolved and that every negative effect of parental conflict can be prevented or remedied; this provision will also allow the curator to interact with other parties entrusted with care and education functions (school princi-

¹⁵ SIMEONE, Il diritto alla nomina del curatore speciale, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 4-5, 1 July 2023, p. 1090; TROIANO, La Riforma "Cartabia": osservazioni di un civilista, in *Famiglia e Diritto*, n. 11, 1 November 2023, p. 932; TOMMASEO, Sull'attuazione dei provvedimenti della giustizia familiare, in *Famiglia e Diritto*, n. 11, 1 November 2023, p. 970; Cordiano, *Violenze assistite, domestiche e di genere nelle disposizioni del nuovo procedimento in materia di persone, minorenni e famiglia*, cit., p. 662 ss..

¹⁶ SENIGAGLIA, *Le ipotesi di nomina del curatore speciale del minore*, p. 978 ff.

pals, health care, social workers)¹⁷.

Action is also taken on how the special curator should interact with the minor: it seems obvious, in fact, that he or she should act in full autonomy from the parents because the reason for his or her appointment is related to the conflict of interest between the parents and the minor; consequently, the special curator will not be able to follow the directives of either parent.

He or she must also represent the interests of the minor, since the latter is not always able to adequately communicate them; a certainly useful means of incorporating the minor's interests is through listening, which is now provided for as the curator's fulfillment; this is an extra-trial listening, similar to that imposed on parents by c. 3 of Art. 315 bis of the Civil Code, a rule that is textually referred to, in order to ensure that important decisions for the minor's life are made taking into account his or her wishes and feelings¹⁸.

Along with the obligation to listen to the child, it is important: meeting and talking with him, inform him or her in a timely manner of the proceedings concerning him or her, their development, and possible consequences; take note of his or her opinions and thoughts in relation to what is hap-

pening in the court and report it to the judicial authority; request the issuance of those measures that he deems to be in the best interests of the child.

The curator must consider what emerges from court documents, the results of any reports from social services or counseling, and, in some cases, also conduct fact-finding investigations, not only limited to the family context, but in all those environments significant to the child, such as school.

Finally, it is pointed out that nothing is provided by the reform regarding a possible ultracontractivity of the special curator's role once the proceedings, under which he or she had been assigned powers of a substantive nature, have concluded, although the explanatory report expressly provided that "*the special curator of the minor shall exhaust his or her functions (even where he or she has been assigned specific substantive powers) with the conclusion of the proceedings under which the appointment took place*".

It is questionable whether such powers can be retained: in that case, one should no longer speak of a special curator, but of a peculiar form of parental coordinator, imposed by the judge.

In Italy, in fact, there is a lack of a rule establishing and regulating the figure of the parental coordinator¹⁹, except for recalling the judge's polyvalent power to adopt "*any other measure relating to the offspring*" referred to in Article 337-ter paragraph 2, of the Civil Code.

¹⁷ The special curator of the child may be entrusted with heterogeneous tasks and may also be given the power-duty to take substantive decisions. On the taking of health decisions by the special curator see: Trib. Catania 30 November 2019, unpublished decree, Trib. Milano 19 June 2014, unpublished decree; Trib. Roma 9 July 2021, unpublished decree. On the tasks of 'supervision' of family relationships, see Trib. Catania 29 September 2021, unpublished decree and Trib. Min. Roma, 25 May 2022, unpublished decree.

¹⁸ The Accompanying Report to the Strasbourg Convention states that determining a child's opinion involves more than just verbal communication. It also includes observing the child and understanding their non-verbal language. Therefore, it is crucial for the representative advocate to be assisted by an expert, especially in the early stages of development. This function is delicate because a child may not always have a clear will that aligns with their interests, even if they possess the capacity for discernment; on this topic: RUO, Il curatore del minore nel processo, in Le Nuove Leggi Civili Commentate, n. 4-5, 1 July 2023, p. 993.

¹⁹ The role of the parental coordinator originated in the United States and is now being used in the Italian legal system. The ADR Mediation and Negotiation Group, established at the Civil Justice Observatory in Milan, proposes an integrated model in which the coordinator receives multidisciplinary training in family mediation, psychology, psychiatry, and legal training.

4. Concluding remarks: the importance of a multidisciplinary approach in the protection of minors between procedural and substantive tools.

To conclude, it is important to underline that the Italian legal system has a long tradition of prioritizing the protection of underage's interests and the exercise of his rights.

Anyway, the recent Cartabia reform amended the discipline of art. Article 403 of the Civil Code in order to emphasize the need to provide a stronger protection to vulnerable individuals such as children and teenagers.

This is particularly important in situations where parents fail to safeguard the legal rights of their children, which can compromise their healthy development.

It is crucial to ensure that minors are protected from harm committed by their own parents and that their legal rights are upheld, particularly within their family of origin, which is the first social network they interact with and a safe place where they have the right to be raised and educated.

Similarly, it is important to acknowledge that often the exercise of rights cannot disregard procedural aspects. Therefore, the introduction of a new and broader discipline, the figure of the minor's special curator, contributes to making the child's rights effective in all dimensions, including the 'contentious' one.

The Cartabia reform has enriched the instruments of substantive law for the protection of children and teenagers. This allows for reflection on the importance of the judge's role in protecting the child's fundamental rights, where he will increasingly be supported by the child's special curator, a figure specifically assigned to protect the child's rights, particularly at the procedural level.

Moreover, this could undoubtedly help to distinguish the role of the judge, who must be impartial and independent, from that of the trial party, who represents a separate and distinct interest.

However, as mentioned before, it is important to note that, as in all family law, the protection of children's rights should not only be entrusted to legal experts but also to individuals with psychopedagogical skills or, in any case, with multidisciplinary training, such as the parental coordinator. These figures should play a stronger role in ensuring the effective exercise of children's rights and, in summary, in identifying solutions that reply to the best interest of the child, where this time, the focus is on the significant and routine aspects of each child's life.

DOMESTIC VIOLENCE AND SUCCESSION LAW ^(*)

Marco Rizzuti

University of Florence

When domestic violence results in the killing of the victim, and so often in a femicide (given that most of the victims are women), it becomes relevant also for the purposes of succession law. In the present paper we will consider such intersection mainly from the point of view of the Italian legal order, where a recent legislative reform has been enacted with regard to the concerned issue, but also with some remarks in a comparative perspective.

On the one hand, most legal orders consider spouses as reciprocally legitimate heirs¹ and, when reserved shares are provided for, also as forced heirs², while in the cases of registered partnership or *de facto* cohabitation inheritance rights are sometimes recognized by recent legislation³ and/or could be anyway attributed under a will.

* O texto corresponde à comunicação feita pela Professor Marco Rizzuti na Conferência sobre Violência Doméstica e de Género, organizada pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com a colaboração do Centro de Direito da Família e da Università di Firenze, no dia 23 de Fevereiro de 2024).

¹ In the Italian legal order spouses are legitimate heirs in accordance with articles 581, 582, 583, 584 and 585 of the Civile Code.

² In the Italian legal order spouses are also forced heirs in accordance with articles 540, 542, 544 and 548 of the Civile Code.

³ Today in Italy the Act n. 76 of 20th May 2016 regulates both registered partnerships, only for same-sex couples, and *de facto* cohabitations, for both same-sex and different-sex couples. In the first case registered partners enjoy the same position of the spouses as legitimate as well as forced heirs. In the second case the surviving cohabitant has just the right to continue to live in the family home for a limited period of time, but, even though only with regard to such a specific right, he/she could be considered as a legitimate and forced successor.

But, on the other hand, in most legal orders the one who killed the deceased person is considered unworthy to inherit from him or her. Unworthiness to succeed is an ancient legal institution (dating back to Roman Law)⁴, that penalizes those who harmed the bodily integrity and/or the testamentary freedom of the deceased person⁵.

Homicide is the worst case of unworthiness, and it also makes impossible to rehabilitate the unworthy person, given that for the testator is physically impossible to rehabilitate a killer after her/his own death, whilst an anticipate rehabilitation is not allowed by many legal orders⁶.

Indeed, there could be some debate about an anticipate rehabilitation with regard to end-of-life issues⁷, but of course in a context of domestic violence such a prearranged consent would be in any

⁴ See, also for further references, R. Zimmermann, Unworthiness in the Roman Law of Succession, in A. Burrows, D. Johnston, R. Zimmermann (editors), *Judge and Jurist Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry*, Oxford, 2013, pp. 325-344.

⁵ In the Italian legal order unworthiness to succeed is regulated by the articles 463, 463 bis, 464, 465 and 466 of the Civil Code.

⁶ In the Italian legal order rehabilitation of the unworthy successor is specifically regulated by article 466 of the Civile Code.

⁷ In the case of *Ninian v. Findlay* (2019 EWCH 297 CH) the High Court of England and Wales decided not to apply the forfeiture rule (a common law institution that is substantially equivalent to our unworthiness to succeed) against a widow who had helped her husband to access a procedure of medically assisted suicide in Switzerland. The question has been debated also in Italy (see L. Zagli, *La tassatività delle cause di indegnità a succedere: il delicato rapporto tra espressione formale e ratio legis dell'istituto*, in *Famiglia*, p. 476).

case deemed as legally void.

But, if we consider the law in action, unworthiness to succeed often turns out to be a scarcely effective sanction. In fact, according to the traditional rules, an unworthy person is indeed allowed to inherit, even though the other heirs and/or potential heirs have a claim against him/her in order to seize the inheritance⁸.

Thus, in most cases of domestic violence such competing heirs are the children of the victim and of the killer, i.e. the so-called special orphans, losing at the same time both the mother, who was killed, and the father, who is going to undergo criminal prosecution. Special orphans are, of course, very vulnerable subjects, and it is indeed quite unrealistic that they always manage to timely claim the inheritance against the unworthy successor.

That is why a recent Italian legislative reform, aiming at the protection of special orphans under different viewpoints, has also modified the traditional rules of the Civil Code on unworthiness to succeed. More specifically, we refer to the Act n. 4 of 11th January 2018, whose article 5 introduced inside the Civil Code an article 463 *bis*, dedicated to the new institution of “suspended succession”⁹.

⁸ The rule is often expressed through the Latin phrase “*indignus potest capere sed retinere non potest*” (i.e., the unworthy person is able to acquire but not preserve the inheritance).

⁹ Among the first commentators of the Italian reform, see, also for further references: M. Ramuschi, *La sospensione dalla successione ereditaria*, in *Vita notarile*, 2018, p. 965 et seq.; N. Folla, *Orfani di crimini domestici: ora una legge li tutela, li sostiene e rompe il silenzio che li circonda*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 5, p. 517 et seq.; A. Astone, *Sospensione dalla successione e indegnità a succedere: l'orizzonte ermeneutico dell'art. 463 bis c.c.*, *Turin*, 2019; F. Oliviero, «Sospensione dalla successione» e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4, in *Nuove leggi civili commentate*, 2019, 2, p. 310 et seq.; R. Omodei Salè, *Il nuovo istituto della «sospensione dalla successione» (art. 463-bis c.c.)*, in *Rivista di diritto civile*, 2019, 5, p. 1144 ss.; A. Mattia Serafin, *Indignus non potest capere? il nuovo art. 463 bis c.c. tra sospensione dalla successione e natura giuridica dell'indegnità*, in *Jus Civile*, 2019, 5, p. 457 et seq.; G. Sicchiero, *L'indegnità a succedere prima e dopo la novella del 2018*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, 1, pp. 54-59.

In accordance with such new legislative rules, a person who is under criminal investigation for the killing of her/his spouse or registered partner is suspended from her/his succession, so that his/her inheritance share is meantime administered by a professional¹⁰.

In the case of acquittal, the suspension will end, while in the case of conviction the suspended successor will be definitely excluded from the inheritance rights, without any need of a specific civil claim to be brought by the children or by other potential heirs.

The same rules are applicable in the case of criminal investigations for the killing of a parent or of a sibling, as explicitly specified by the new above mentioned legislation.

On the other hand, the traditional rules will continue to be applied in the other cases of unworthiness and also in cases of murder when the killed person is not spouse, registered partner, parent or sibling of the person who is under investigation.

Therefore, not all cases of domestic violence resulting in a killing will fall under the new rules: e.g., not the case of the murder of a child. Moreover, they will not be applicable in case of killing of a *de facto* cohabitant, or of a former spouse or partner, so that, if the killer was the testamentary heir of the deceased person, the special orphans of such a couple will not enjoy the specific protection provided by the new law: indeed, an unreasonable, and maybe even unconstitutional, outcome¹¹.

Of course, it could be very interesting to consider the situation of further countries in a comparative perspective.

¹⁰ According to the new article 463 bis of the Civil Code, this administrator will be appointed pursuant to the rules and procedures of the article 528 of the same Code, that is specifically dedicated to the ancient legal institution of *jacens hereditas*.

¹¹ We must remind that article 3 of the Italian Constitution protects the fundamental principle of, formal as well as substantial, equality.

France has recently reformed its law on unworthiness to succeed twice. With the Act n. 1135 of 3rd December 2001 the legislators distinguished the case of the subject sentenced for having killed the deceased person to more than ten years of imprisonment (necessary unworthiness, article 726 of the Civil Code) from all the other cases (facultative unworthiness, article 727 of the Civil Code): in the first case the unworthy successor will be automatically excluded from the inheritance rights, while in the other ones a specific demand will be required¹².

Then, with the Act n. 936 of 30th July 2020, that was specifically dedicated to domestic violence, a new case of facultative unworthiness was added with regard to physical and sexual violence against the deceased person¹³.

¹² With regard to the first French reform see, also for further references: M.C. Forgeard, R. Crone, B. Gelot, *La réforme des successions*. Loi du 3 décembre 2001. Commentaire & formules, Paris, 2002.

¹³ With regard to this new French reform see, also for further reference: M. Grimaldi, *Droit des successions*, Paris, 2020 (eight edition), pp. 84-91.

On the other hand, in Spain the more relevant evolutions are due to the case-law, that has recently included among the cases of unworthiness to succeed the psychological abuse against older persons¹⁴, an issue of growing importance in our ageing society.

Therefore, whilst generally speaking inheritance law is a quite conservative part of the law, we can observe that unworthiness to succeed is indeed a very dynamic legal institution, frequently and recently reformed in many European countries in order to meet new social needs, often related also with the fight against different forms of domestic violence.

¹⁴ See, also for further references: J.B. Domenech, *Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico*, in *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2016, 4, pp. 289-302.

Jurisprudência

O QUE DIZ O SUPREMO

Ana Luísa de Passos Geraldês

Juíza Conselheira Jubilada

1. Neste novo ano cumpre-me elaborar, como Interlocutora do Supremo Tribunal de Justiça junto do Centro de Direito da Família, um Comentário à Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito do Direito da Família e Menores, respeitante ao 2º semestre de 2023.

Encargo que assumo, ciente das dificuldades face à vastidão e complexidade das matérias versadas nos diversos arestos. Sendo de salientar que a seleção das temáticas está impregnada da subjetividade própria de quem a realiza.

2. Da análise da referida Jurisprudência verifica-se que as questões jurídicas apreciadas são de natureza jurídica diversa, com um espectro bastante alargado, quer no campo das questões processuais quer no que concerne ao direito substantivo.

2.1. No âmbito das questões de índole processual destaco as seguintes:

a) A primeira, de natureza adjetiva, reporta-se à *admissibilidade do recurso de revista*.

Nos termos preceituados no n.º 1 do art. 671º do CPC, cabe recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça do acórdão da Relação, proferido sobre decisão da 1ª instância, quando conheça do mérito da causa ou ponha termo ao processo, absolvendo o réu da instância.

Saber em que consiste o *mérito da causa e a absolvição da instância* são matérias que, na prática, continuam a suscitar dificuldades, não obstante se encontrarem tratadas amplamente em obras assaz conhecidas da área do Direito Processual Civil, *maxime* no domínio da temática a que respeitam: dos *Recursos*.

Na esfera do Direito da Família também se levantaram dúvidas sobre tal matéria, no âmbito de um processo de inventário de partilha dos bens do casal, em que se colocou a questão de saber se o acórdão da Relação que incidiu sobre a reclamação de créditos sobre o outro cônjuge era passível de integrar o conceito de decisão sobre o *mérito da causa*, de molde a permitir a admissibilidade do recurso de revista.

Foi esta a posição de princípio assumida no Ac. do STJ, de 06/07/2023, Revista n.º 1509/20.5T8VNF-A.G1.S1 – 2ª Secção, embora no caso não tivesse sido admitido o recurso tendo em conta que o acórdão recorrido se limitara a determinar que fosse proferida pelo Tribunal de 1ª Instância decisão sobre o mérito da reclamação.

Concluindo o Supremo que (...) “não existe possibilidade de revista se o acórdão recorrido não conheceu do mérito da reclamação, nem pôs termo ao processo – apenas determinou que o tribunal de 1ª instância proferisse decisão de mérito, nos autos de inventário”.

b) A segunda questão processual aborda a indispensabilidade por parte do juiz de respeitar os *princípios orientadores dos processos tutelares cíveis e os princípios gerais do processo civil*.

Essa imposição decorre expressamente do art. 4º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, onde estão elencados, nomeadamente, os princípios da simplificação instrutória e da oralidade, da consensualização e da audição e participação da criança quando esta possua capacidade de compreensão dos assuntos em discussão e que lhe digam respeito.

Os princípios gerais do processo civil são igualmente convocados no âmbito da ação tutelar comum, *v.g.*, em que esteja em causa o processo tutelar de restituição judicial de uma criança formulado pelo progenitor que requereu o regresso do filho à Suíça, à luz da Convenção da Haia de 1980, sobre Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças.

Com efeito, os princípios estruturantes do processo civil, *maxime*, o *princípio do contraditório e da igualdade das partes* devem presidir a todas as fases processuais por força do disposto nos arts. 3º, nº 3 e 4º do CPC, não podendo ser postergados, sob pena de se comprometer a obtenção da justa composição do litígio ou o decretamento da medida mais adequada para resolver o conflito de interesses subjacente à ação proposta.

Só o cumprimento desses princípios permitirá o melhor esclarecimento do litígio e, nessa medida, conferirá maior segurança à decisão, uma vez que numa relação litigiosa cada uma das partes é levada a salientar e a esgrimir os factos e os argumentos que lhes interessam, deixando ocultos ou esbatidos aqueles que favorecem a parte contrária.

De facto, não se compreenderia esse desrespeito face à natureza das ações em causa norteadas pelo objetivo primordial de realização dos *inter-*

ses superiores da criança, a exigir, por isso, não só a observância do contraditório, mas também a participação, em igualdade, de todos os interessados envolvidos.

Destarte, no Ac. do STJ, de 14/09/2023, Revista nº 2689/22.0T8PRD.G1.S1 – 7ª Secção, decidiu-se que o juiz tem de respeitar todos esses princípios, incluindo as imposições que derivam da Convenção da Haia, de molde a permitir a defesa dos interessados, e dando às partes a possibilidade de se pronunciarem sobre as questões de direito ou de facto que tiverem sido suscitadas ao longo de todo o processo, em observância dos preceitos legais citados e norteados pelo objetivo de realização do interesse superior da criança.

c) *A competência dos Tribunais Portugueses* foi objeto de decisão do Supremo Tribunal de Justiça no âmbito de um processo judicial de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo, relativamente a um jovem de 15 anos, de nacionalidade e filiação estrangeira, que morava em Portugal sem os pais ou outros familiares.

Estava em causa apurar a *residência permanente* do menor para efeitos de aferição da competência internacional do Tribunal.

Para esse efeito confluem diversos instrumentos jurídicos, sendo de realçar o Regulamento (UE) 2019/1111 do Conselho, de 25 de junho de 2019, que estabelece normas de competência uniformes em matéria de divórcio, separação ou anulação do casamento, bem como regras para dirimir litígios em matéria de responsabilidade parental que impliquem um elemento internacional.

Conforme resulta do seu texto, trata-se de um Regulamento que foi criado para facilitar a circulação das decisões, dos atos autênticos e de determinados acordos na União Europeia, estabelecendo disposições sobre o seu reconhecimento e execu-

ção de decisões nos outros Estados-Membros em matéria matrimonial e de responsabilidade parental, bem como o rapto internacional de crianças.

Aí se prevê, em termos gerais, quanto à competência judiciária, que os Tribunais de um Estado-Membro são competentes em matéria de responsabilidade parental relativa a uma criança que *resida habitualmente* nesse Estado-Membro à data em que o processo é instaurado no tribunal (art. 7º, nº 1).

Por sua vez o art. 9º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível estipula que para decretar as providências tutelares cíveis é competente o tribunal da residência da criança no momento em que o processo foi instaurado, o que nos remete para a Convenção da Haia, de 25 de outubro de 1980, cujo art. 4º dispõe que a Convenção se aplica a qualquer criança com *residência habitual* num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de custódia ou de visita.

A definição do *conceito de residência habitual* tem sido abordada em diversos arestos, tendo-se decidido no Ac. da Rel. de Coimbra, de 5/11/2019, no âmbito do Proc. 4564/17.1T8CBR-B.C1, que:

(...)“2. O conceito de “residência habitual” deve ser definido a partir da legislação comunitária, da finalidade do próprio Regulamento Comunitário, aferindo-se casuisticamente, sendo que pressupõe uma certa duração e estabilidade, devendo corresponder ao lugar que traduz uma certa integração da criança num ambiente social e familiar e que não se trate de uma presença num determinado Estado-Membro de carácter temporário ou ocasional”.

A esta definição esteve subjacente o entendimento que tem vindo a ser defendido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), segundo o qual, *o conceito de residência habitual* corresponderá “ao local que revelar uma determinada integração do menor num ambiente social e familiar. Para esse

fim, devem ser tidas em consideração, nomeadamente, a duração, a regularidade, as condições e as razões da permanência no território de um Estado-Membro e da mudança da família para esse Estado, a nacionalidade do menor, o local e as condições de escolaridade, os conhecimentos linguísticos, bem como os laços familiares e sociais que o menor tiver no referido Estado” – cf. Acórdão do TJUE (Terceira Secção), de 2 de abril de 2009).

O mesmo entendimento foi adotado no acórdão do TJUE, de 22 de dezembro de 2010, no Processo C-497/10 PPU, onde se declarou que “o sentido e alcance do conceito de «residência habitual» devem ser determinados em função do interesse superior do menor e, em particular, do critério de proximidade. Conceito que corresponde ao local que revelar uma determinada integração do menor num ambiente social e familiar. É esse local que deve ser determinado pelo órgão jurisdicional nacional tendo em conta as circunstâncias de facto específicas de cada caso concreto. São pertinentes, nomeadamente, as condições e as razões da permanência do menor no território de um Estado-Membro e a sua nacionalidade. Além da sua presença física num Estado-Membro, que deve ser tomada em consideração, outros elementos devem indicar que essa presença não tem carácter temporário ou ocasional”.

Trilhando igual entendimento o Supremo Tribunal de Justiça decidiu no Acórdão de 27.6.2019, no âmbito do Proc. nº 1789/18.6T8PTM-A.E1.S1, que o conceito de *residência habitual* deve ser interpretado no sentido de que essa residência corresponda ao local onde se encontra organizada a sua vida familiar, social e escolar em termos de estabilidade e permanência (cf. também o Ac. da Relação do Porto, de 11/02/2021, Proc. 15/18.2T8BAO-C.P1, onde, em matéria de regulação das responsabilidades parentais, foi decidido que: “I – A com-

petência internacional dos Tribunais Portugueses deve coincidir, em regra, com a residência habitual do menor. II – Esse conceito deve ser interpretado em termos comunitários como sendo o local onde se revela a integração do menor num ambiente social e familiar de forma estável”).

Neste contexto, e tendo em vista a subsunção do *conceito de residência habitual* relevante do menor e a consequente aferição do Tribunal competente para efeitos do Regulamento (UE) 2019/1111, de 25/06/2019, o Supremo Tribunal de Justiça veio mais uma vez sufragar o referido entendimento, decidindo no Ac. de 14/09/2023, na Revista nº 449/23.0T8PTM.E1.S1 – 7ª Secção, que o “conceito de residência habitual relevante para efeitos do Regulamento (EU) 2019/1111, de 25/06/2019, corresponde ao lugar do centro efetivo da vida da criança/do menor”.

86 **d)** Já a aferição da *competência material* para conhecer e julgar as ações de reconhecimento de união de facto (*in casu*, entre um cidadão de nacionalidade portuguesa e uma cidadã de nacionalidade brasileira), para o efeito de aquisição da nacionalidade portuguesa, foi apreciada no Ac. do STJ, de 16/11/2023, na Revista nº 546/22.0T8VLG. P1.S1 – 1ª Secção, concluindo o Supremo que essa competência cabe ao Juízo de Família e Menores e não ao Juízo Cível, com os argumentos que ficaram sintetizados no respetivo sumário:

“Cabendo à competência dos juízos cíveis e dos juízos de competência genérica todas as causas que não sejam legalmente atribuídas a juízo especializado, é de concluir que, estando as ações relativas aos requisitos e efeitos da união de facto legalmente atribuídas a juízo especializado, como o é o Juízo de Família e Menores, por força do art. 122º, nº 1, al. g), da LOSJ, também será este Juízo especializado em matéria cível competente para

julgar as ações de reconhecimento de união de facto para o efeito de aquisição da nacionalidade por um dos companheiros que seja cidadão estrangeiro”.

e) Por fim, ainda nas questões de índole processual, o Supremo Tribunal de Justiça considerou existir *dupla conformidade*, com reflexo na inadmissibilidade de recurso de revista normal, numa ação judicial de promoção e proteção a favor de crianças menores, em que estava em causa a medida a aplicar aos menores em perigo: a sua entrega para adoção.

Com efeito, por força do preceituado no art. 671º, nº 3, do CPC, o recurso de revista não é admissível desde que o acórdão do Tribunal da Relação confirme a decisão da 1ª Instância, sem voto de vencido e sem que a fundamentação seja essencialmente diferente.

O alcance da *dupla conformidade* tem sido insistentemente veiculado pela Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, assim como por diversos autores (cf., por todos, Abrantes Geraldês, in “*Recursos em Processo Civil*”, 7ª ed., pp. 422 e ss., ou Miguel Teixeira de Sousa, em artigo intitulado “*Dupla Conforme e Vícios na Formação do Acórdão da Relação*”, em <http://blogipcc.blogspot.pt>).

De acordo com essa Doutrina e Jurisprudência existirá *dupla conformidade decisória* quando não houver inovação ou modificação dos fundamentos jurídicos aduzidos no acórdão da Relação recorrido, relativamente aos utilizados na sentença apelada da 1ª Instância, com suporte no segmento decisório, no pedido e na causa de pedir.

Destarte, com ressalva dos casos estatuídos na lei e desde que não se verifique qualquer das circunstâncias excecionalmente elencadas no art. 672º do CPC, que permitem o recurso de revista excecional, não é admissível recurso de revista do acórdão da Relação que confirme, sem voto de vencido e sem fundamentação essencialmente dife-

rente, a decisão proferida na 1ª Instância – cf. n.º 3, do art. 671º, do CPC.

É foi o que aconteceu no caso apreciado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16/11/2023, na Revista n.º 2034/15.1T8STR.E1.S1 – 6ª Secção: verificada a *dupla conforme* no dispositivo decisório e na fundamentação das instâncias quanto à questão de mérito reapreciada pela Relação, relativa à *medida de promoção e proteção aplicada aos menores em situação de perigo*, foi decidido não admitir o recurso de revista do acórdão da Relação.

2.2. No campo do direito substantivo é diversificado o leque de questões jurídicas que vêm sendo objeto de apreciação por parte do Supremo Tribunal de Justiça, como o evidenciam os seguintes arestos:

1. Alimentos Devidos a Filhos Maiores – Ac. do STJ, de 06/07/2023, na Revista n.º 108/17.3T8VCD-G.P3.S1 – 2ª Secção;
2. Casa de Morada de Família – Ac. do STJ, de 14/09/2023, na Revista n.º 3646/22.2T8VNG.P1.S1 – 7ª Secção;
3. Casamento e Regime Imperativo de Bens – Ac. do STJ, de 10/10/2023, na Revista n.º 1149/22.4T8PDL.L1.S1 – 1ª Secção;
4. Divórcio e Partilha dos Bens do Casal – Ac. do STJ, de 20/09/2023, na Revista n.º 947/17.5T8CVL-C.C1.S1 – 1ª Secção;
5. Divórcio e Separação de Facto – Ac. do STJ, de 07/12/2023, na Revista n.º 4/22.2T8SRQ.L1.S1 – 2ª Secção;
6. Doação para Casamento – Ac. do STJ, de 12/12/2023, na Revista n.º 2800/20.6T8FAR.E1.S1 – 1ª Secção;
7. Residências Alternadas – Ac. do STJ, de 11/07/2023, na Revista n.º 1758/21.9T8SXL.L1.S1 – 1ª Secção;
8. Responsabilidades Parentais – Ac. do STJ, de 20/09/2023, na Revista n.º 82/17.6T8VPC-B.G1.S2 – 1ª Secção;
9. Revisão de Sentença de Divórcio – Ac. do STJ, de 12/10/2023, na Revista n.º 2810/22.9YRLSB.S1 – 2ª Secção;
10. Impugnação de Paternidade. Paternidade Biológica – Ac. do STJ, de 31/10/2023, na Revista n.º 1030/21.4T8STR.E1.S1 – 1ª Secção;
11. Investigação de Paternidade – Ac. do STJ, de 06/07/2023, na Revista n.º 1475/21.OT8MTS.P1.S1 – 2ª Secção, Ac. do STJ, de 24/10/2023, na Revista n.º 4689/20.6T8CBR.C1.S1 – 7ª Secção e Ac. do STJ, de 12/12/2023, na Revista n.º 349/20.6T8VPA.G1.S1 – 7ª Secção;
12. Adoção, Medida de Confiança com vista à Futura Adoção – Ac. do STJ, de 2/11/2023, na Revista n.º 3039/21.9T8VCT.G1.S1 – 2ª Secção e Ac. do STJ, de 12/12/2023, na Revista n.º 14732/20.3T8PRT.P1.S1 – 7ª Secção.

87

3. Incidiremos o nosso comentário sobre o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça proferido em 6/07/2023, na Revista n.º 108/17, da 2ª Secção, que versou sobre *Alimentos devidos a Filhos Maiores*, com a respetiva análise dos seus pressupostos e violação da obrigação de os prestar.

3.1. Estava em causa apreciar se a filha, maior de idade, tinha direito a alimentos por parte do progenitor com quem não vivia.

Para melhor enquadramento jurídico da questão importa identificar o objeto do litígio e especificar os fundamentos que foram decisivos para a convicção do julgador e decisão proferida nestes autos.

A ação foi proposta ao abrigo do disposto no art. 989º do CPC, sendo pedida a condenação do outro progenitor no pagamento de uma contribuição para o sustento e educação da filha de ambos, em montante não inferior a € 620,00.

Alegou a Requerente que a filha com quem reside carece de alimentos para suportar as suas despesas pessoais e concluir a sua formação académica.

O progenitor contestou argumentando que a filha já atingira a maioridade, pelo que nada lhe era devido e que, independentemente desse facto, não poderia pagar mais do que € 150,00.

A 1ª Instância julgou a ação totalmente improcedente, decisão que foi revogada pela Relação do Porto que condenou o progenitor requerido a pagar, a título de alimentos, uma prestação mensal de € 400,00, a partir da propositura da ação.

3.2. No *recurso de revista* interposto para o STJ o requerido argumentou, em síntese, que:

- Não era aceitável fazer impender sobre si a obrigação de contribuir com uma pensão de alimentos a uma filha maior, com 22 anos de idade, que não apresenta qualquer aproveitamento escolar, nem frequenta aulas presenciais, nem aulas *on-line* referentes ao curso em regime pós-laboral para o qual se inscreveu.
- A prestação alimentícia não pode ser atribuída para sustentar a indolência e o ócio e, como tal, não se verificam os pressupostos exigidos pelo art. 1880º do Código Civil, nomeadamente os elementos subjetivos que densificam o conceito de razoabilidade e exigibilidade dessa norma.
- Acresce que o facto da filha se ter inscrito num curso técnico superior profissio-

nal, em regime pós-laboral, não é causa impeditiva para arranjar trabalho, nem que seja em *part-time*, tanto mais que não frequentou o 1º ano curricular, nem teve qualquer aproveitamento escolar.

- Consequentemente deve ser revogado o acórdão da Relação e absolvido o recorrente do pedido, além de que, atento o disposto no art. 2004º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil, o valor pretendido de € 400,00 mensais é desproporcionado, tendo em conta que a obrigação de alimentos recai sobre ambos os progenitores.

3.3. Descrita a pretensão das partes e enunciados, em síntese, os seus argumentos, é tempo de nos debruçarmos sobre a apreciação do mérito da causa e respetivos fundamentos, decidida, em recurso, pelo Supremo Tribunal de Justiça.

O “*thema decidendum*” centrou-se na seguinte questão:

- Saber se, apesar da maioridade atingida pela filha do Recorrente, é exigível deste o pagamento de uma contribuição mensal para o seu sustento e educação e, em caso afirmativo, em que termos e qual o *quantum* dessa contribuição mensal.

Para a decisão do STJ relevou o seguinte circunstancialismo:

- À data da propositura da ação a filha residia com a Requerente, tendo ficado estabelecido, quando aquela era menor, que todas as despesas escolares e de saúde seriam suportadas por ambos os progenitores, na proporção de 50% para cada um, estando provado que a mãe auferia um salário líquido mensal de € 627,00.

- Desde a data do divórcio a Requerente progenitora habita gratuitamente com os filhos (são 2) no imóvel que constitui bem comum do casal e que ainda se encontra por partilhar, suportando o Requerido a prestação referente ao empréstimo bancário, assim como o prémio de seguro e o IMI.
- O Requerido progenitor é engenheiro e aufero um vencimento líquido mensal de cerca de € 3.150,00.
- A filha acabou o 11º ano de escolaridade com aproveitamento, encontrando-se matriculada no 1º ano curricular de um Curso Técnico Superior Profissional, no ano letivo de 2021/2022, não beneficiando de apoio económico.
- A mesma não frequentou qualquer aula no primeiro semestre de 2022 e não obteve qualquer aproveitamento no 1º semestre a qualquer unidade curricular e também não foi avaliada na época de exames.
- Quando fez a sua candidatura, em 19/10/2021, solicitou uma bolsa de estudo tendo o requerimento sido rejeitado com os dizeres “património mobiliário superior a 240 x IAS”.

3.4. A 1ª Instância julgou a ação improcedente porque considerou que não estavam reunidos os pressupostos para a procedência da ação, pois a jovem não apresentou aproveitamento escolar nem sequer frequentou as aulas. Considerou-se que o facto de estar inscrita num curso pós-laboral permitia que durante o dia pudesse levar a cabo uma atividade remunerada, pelo menos em *part-time*.

Concluiu o Tribunal de 1ª instância que estes factos impediam a fixação de uma pensão de ali-

mentos a cargo do progenitor requerido, à luz do previsto no art. 1880º do Código Civil.

Em sentido contrário se pronunciou o *Tribunal da Relação* decidindo que os factos apurados não justificavam o não reconhecimento do direito a alimentos a favor da jovem maior de idade, e concluiu que tal direito apenas poderá cessar se a não ultimateção da respetiva formação profissional se ficar a dever a *culpa grave* sua, culpa essa a aferir-se de acordo com um *critério de razoabilidade*. O que, em seu entender, não se configura no presente caso.

Pelo mesmo diapasão enveredou o *Supremo Tribunal de Justiça*, com o fundamento de que só quando a formação profissional inconclusa ocorrer por *culpa grave* do beneficiário dos alimentos se poderá justificar a recusa de uma contribuição alimentícia, uma vez atingida a maioridade.

3.5. Com efeito, o *dever de prestação de alimentos* de pais para filhos não cessa com a maioridade destes, mantendo-se a obrigação daqueles na medida em que seja razoável exigir o seu cumprimento, pelo tempo normalmente requerido para que se complete a formação, por força do preceituado no art. 1880º do Código Civil.

Além de não se extinguir com a maioridade, a própria Doutrina tem vindo a defender que os pais devem assegurar aos filhos a sua formação profissional, pois essa formação “exige, normalmente, um esforço e uma concentração dificilmente compatíveis com um emprego que permita aos filhos sustentarem-se a si próprios” (cf. Maria Clara Sottomayor, cit. no acórdão do STJ, bem como Remédio Marques).

O prolongamento da obrigação de alimentos em relação aos filhos que atingem a maioridade não deve surpreender, porquanto atualmente a formação dos jovens pode integrar a formação complementar académica ou profissional (num período

que alguns autores designam de “segunda adolescência” – cf. Jorge Duarte Pinheiro e Maria de Nazareth Lobato, citados no acórdão do STJ) antes de se atingir a independência financeira.

Seja como for, a obrigação de alimentos por parte dos progenitores a filhos maiores que não tenham completado a sua formação profissional só é devida desde que não resulte de *culpa grave* sua e na medida em que *seja razoável* exigir aos pais o seu cumprimento.

Este *critério de razoabilidade* plasmado no art. 1880º do Código Civil e exigido para a obrigação a prestar – de modo a assumir as despesas com o sustento, segurança, saúde e educação dos filhos – deve ser aferido em concreto, de acordo com as circunstâncias fácticas que resultarem provadas, e apreciadas em função das condições subjetivas dos filhos maiores e objetivas destes e dos seus pais.

Só ponderadas essas circunstâncias é possível ajuizar, como o fez o Supremo Tribunal de Justiça, de que “é sensato e justo” continuar a exigir ao progenitor o pagamento da referida pensão alimentar à filha de maioridade.

Para concluir nesses termos o Supremo Tribunal de Justiça afastou também a figura do *abuso de direito* prevista no art. 334º do Código Civil, para concluir que, *in casu*, a pretensão deduzida pela filha de maioridade não é ofensiva da justiça, pois consubstancia a exigência em obter da parte do seu progenitor a continuação de uma obrigação de alimentos tendente a suportar a sua formação profissional.

A ponderação da *cláusula geral do abuso de direito* já fora defendida por Remédio Marques, *in* “Algumas Notas Sobre Alimentos (Devidos a Menores) “Versus” o Dever de Assistência dos Pais para com os Filhos (em Especial Filhos Menores), cf. pp. 260 e ss., referindo a este propósito que:

“... o critério passará pela *cláusula geral do abuso de direito* e não tanto — ou não só — pela alegação e prova de um *comportamento gravemente censurável* ao credor de alimentos, seja a título de dolo, seja a título de mera culpa. Cláusula geral, esta, que se traduz no abuso do direito de peticionar alimentos (se, por exemplo, atendendo à natureza e ao padrão de dificuldade da formação escolar universitária ou politécnica, o filho demora três anos para obter aprovação em apenas duas ou três disciplinas, não sendo um trabalhador-estudante). Mas com o limite deste último grau do *contra legem*, o critério do art. 1880º do Código Civil não está tanto na in(existência) de culpa grave do filho, quanto, outrossim, na verificação de determinados elementos objetivos e subjetivos que densificam os conceitos de razoabilidade e (in)exigibilidade nele presentes”.

Critério que tem sido secundado pela Jurisprudência, também nesta parte, conforme decorre do Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 8/04/2008, onde se pode ler que:

“As situações que estão abrangidas por este princípio de razoabilidade terão de ser delimitadas por duas características fundamentais:

I. Características objetivas; II. Características subjetivas.

O primeiro grupo (o das características ou *elementos objetivos*) relaciona-se com as possibilidades económicas do jovem maior no que toca a rendimentos próprios, designadamente provenientes do seu trabalho ou bens próprios” e com os recursos dos progenitores” – cf. Ac. do STJ, de 2008, Proc. 08A493.

Já quanto aos *elementos subjetivos* são os “respeitantes a todas as características ligadas à pessoa deste credor (capacidade intelectual, aproveitamento escolar, capacidade para trabalhar durante a fre-

quência escolar), que modelam e estão na génese do prolongamento da obrigação” – cf. Ac. da Relação do Porto, de 26/02/2009, Proc. 0837762.EF, e Ac. do STJ, de 12/01/2010, Proc. 158-B/1999.

Salientando-se que a obrigação excecional prevista no art. 1880º do Código Civil tem um carácter temporário, “balizado pelo “tempo necessário” ao completar da formação profissional do filho” e, obedece, conforme já se referiu, a um *critério de razoabilidade* a aferir *in concreto*.

3.6. Posto isto e reportando-nos à factualidade descrita no caso em análise, verificamos que a solução adotada no Acórdão do STJ, de 6/07/2023, assentou essencialmente no seguinte:

- Na cessação da parte do progenitor de qualquer ajuda ou contribuição, com qualquer importância, para o sustento e educação da filha, desde 2019;
- No facto de a mãe da jovem só auferir € 627,00 por mês, enquanto o progenitor requerido recebia de vencimento líquido mensal a quantia de cerca de € 3.150,00;
- A jovem não ter conseguido bolsa de estudos, apesar de a ter requerido, e não dispor de condições económicas para continuar a frequentar o curso em que estava inscrita e suportar os custos inerentes ao prosseguimento dos seus estudos.

A tal circunstancialismo provado acresceu ainda o facto de não se ter apurado que o não aproveitamento escolar da jovem lhe era assacado a título de *culpa grave*, por força de negligência ou de ócio da sua parte (cf. tb a este propósito, os Acórdãos dos Tribunais da Relação de Évora, de 11/06/2015, e do Porto, de 14/02/2006).

Outro seria o resultado se acaso o progenitor tivesse prestado qualquer apoio ou ajuda económica à filha, nesta fase da sua formação, e a jovem não quisesse continuar os estudos ou demonstrasse total desinteresse na sua prossecução.

Porém, em face da inexistência de elementos fácticos conclusivos nesse sentido, quer o Tribunal da Relação do Porto quer o Supremo Tribunal de Justiça assumiram que não podiam inferir pela existência, no caso *sub judice*, de *culpa grave*.

Por fim, também não foi acolhido pelo Supremo o argumento apresentado pelo progenitor de que a filha tinha possibilidade de trabalhar enquanto prosseguia os seus estudos, porquanto não se apurou se, no caso concreto, era possível conciliar o trabalho, ainda que em *part-time*, com os estudos. Tudo dependeria, naturalmente, da atividade a praticar, dos horários e das exigências laborais contraídas e da sua possível compatibilização com os tempos de estudo do curso que a jovem queria frequentar.

Ora, segundo o Supremo, não ficou provado nos autos acervo fático que permitisse extrair ou formular um juízo valorativo nesse sentido.

Por outro lado, a “real possibilidade de trabalhar do filho maior não deve ser tomada em conta enquanto pressuposto e medida destes alimentos, se e quando possa comprometer o sucesso dos estudos, para mais na medida em que os progenitores disponham, em concreto, de recursos económicos bastantes” – cf. Remédio Marques (ob. cit. neste acórdão).

3.7. Quanto à *quantificação da prestação alimentícia*:

Os alimentos terão de ser proporcionais aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los, nos termos do art. 2004º, nº 1, do Código Civil.

O acórdão da Relação do Porto fixou o valor da prestação mensal alimentícia em € 400,00, valor que o Supremo Tribunal de Justiça confirmou por considerar razoável, equilibrado e de acordo com os critérios legais, atentas as reais possibilidades económicas do progenitor e o desnível que se verificava relativamente aos rendimentos da progenitora.

Montante adequado para que a filha maior possa prosseguir a sua formação, mantendo-se a obrigação de alimentos até que a mesma se ultime.

Destarte, o Supremo Tribunal de Justiça julgou improcedente o recurso, negando a revista, e proferindo Acórdão mantendo o decidido pelo Tribunal da Relação do Porto.

Jurisprudência

SUMÁRIOS DOS ACÓRDÃOS DO STJ

Seleção de sumários de acórdãos proferidos pelas secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça relevantes para o Direito da Família (2.º semestre de 2023) *

JULHO

Acórdão de 06-07-2023

Revista n.º 108/17.3T8VCD-G.P3.S1 – 2.ª Secção

Relator: Fernando Baptista

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6a-d9dd8b980256b5f003fa814/bc423bfc-610f66b4802589e5004d1512?OpenDocument>

Palavras-chave: Alimentos devidos a filhos maiores; Pressupostos; Formação profissional; Culpa grave; Ónus da prova; Progenitor; Violação da obrigação de alimentos

Sumário:

- I O direito a alimentos do filho maior não cessa, automaticamente, apenas pelo facto de o mesmo não ter ultimado a sua formação profissional.
- II Com efeito, tal direito a alimentos apenas deverá cessar se a não ultimação da respetiva formação profissional se ficar a dever a culpa grave sua, o que deve aferir-se de acordo com um critério que assenta na normalidade e razoabilidade, aferidas nomeadamente em função de condições subjetivas do filho maior, e objetivas

deste e dos seus pais – critério este que, relativamente ao filho maior, se relaciona com a existência de um comportamento especialmente censurável por parte deste que esteja na origem da não conclusão da sua formação profissional, de modo a que, nas concretas circunstâncias do caso, se revele injustificado exigir dos pais a continuação da contribuição alimentícia.

- III Estando o filho, aquando do atingimento da maioridade, inscrito num curso técnico superior profissional e tendo deixado de frequentar as aulas e de ter aproveitamento escolar por o progenitor ter deixado de contribuir com qualquer importância para o sustento e educação do filho (que residia com a mãe que não tinha possibilidades económicas para suportar essa formação), não pode concluir-se que a não ultimação da formação profissional se tivesse ficado a dever a culpa grave do filho. Daí que recaia sobre o progenitor – com possibilidades financeiras para tal – a obrigação de continuar a prestar ao filho uma contribuição mensal adequada a que o filho continue a sua formação e até que mesma se ultime.
- IV Cabe ao progenitor/devedor de alimentos fazer a prova de que a falta de aproveitamento do seu filho se deveu a comportamento censurável deste, em termos de cumprimento das obrigações escolares.

93

* Seleção realizada pelos Juízes Assessores Rui Machado, Ana Luísa Dias, Joana Salvador, Carolina Girão e Sofia Rodrigues.

V A real possibilidade de trabalhar do filho maior não deve ser tomada em conta enquanto pres-suposto e medida destes alimentos, se e quando possa comprometer o sucesso dos estudos, para mais na medida em que os progenitores disponham, em concreto, de recursos económicos bastantes.

Acórdão de 06-07-2023

Revista n.º 1509/20.5T8VNF-A.G1.S1 – 2.ª Secção

Relator: Vieira e Cunha

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ef1656ae2bd3c704802589e5004d51cc?OpenDocument>

Palavras-chave: Inventário; Partilha dos bens do casal; Passivo; Reclamação; Admissibilidade de recurso; Recurso de revista; Conhecimento do mérito; Decisão que não põe termo ao processo; Rejeição de recurso; Ofensa do caso julgado; Nulidade de acórdão; Baixa do processo ao tribunal recorrido

Sumário:

- I A decisão sobre a reclamação de dívidas passivas ou, no caso de inventário divisório de bens do casal, de créditos sobre o outro cônjuge, pode enquadrar-se no conceito de decisão de mérito prevista no n.º 1 do art. 671.º do CPC.
- II Mas, por aplicação do disposto no art. 671.º, n.º 1, do CPC, não existe possibilidade de revista se o acórdão recorrido não conheceu do mérito da reclamação, nem pôs termo ao processo – apenas determinou que o tribunal de 1.ª instância proferisse decisão de mérito, nos autos de inventário.
- III Versando o recurso também sobre caso julgado,

a revista é possível, restrita a essa matéria – cf. art. 629.º, n.º 2, al. a), do CPC.

Acórdão de 06-07-2023

Revista n.º 1475/21.0T8MTS.P1.S1 – 2.ª Secção

Relator: Vieira e Cunha

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/09d801a88d9efb9c802589e5004c4c30?OpenDocument>

Palavras-chave: Investigação de paternidade; Prazo de caducidade; Prazo de propositura da ação; Maioridade; Direito à identidade pessoal; Paternidade biológica; Contagem de prazos; Tribunal Constitucional; Constitucionalidade; Declaração de inconstitucionalidade; Declaração com força obrigatória geral; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Sumário:

- I Como refere a jurisprudência do TC, os prazos de três anos, referidos nos transcritos n.ºs 2 e 3 do art. 1817.º do CC, contam-se para além do prazo fixado no n.º 1 do mesmo artigo, não caducando o direito de proposição da ação antes de esgotados todos eles, o que significa que o prazo de dez anos após a maioridade ou emancipação, previsto no n.º 1 do art. 1817.º do CC, não funciona como um prazo cego, cujo decurso determine inexoravelmente a perda do direito ao estabelecimento da paternidade, mas sim como um marco terminal de um período durante o qual não opera qualquer prazo de caducidade.
- II O argumentário do TC deve ser entendido enquanto visando a realização da concordância prática entre o direito à identidade pessoal do

- investigante, por um lado, e o direito à identidade pessoal do investigado e dos seus familiares, por outro lado, em função do disposto no art. 26.º, n.º 1, da CRP.
- III Com o decurso do tempo, acentua-se o conflitar da verdade biológica com a verdade social, sendo certo que é necessário assumir que ambas conflituam, como conflituam por vezes os direitos fundamentais.
- IV Assim, o prazo a que alude o art. 1817.º, n.º 1, do CC – na redação da Lei n.º 14/2009, de 01-04 – considerando, do mesmo passo, a co-vigência dos prazos dos n.ºs 2 e 3, do citado art. 1817.º, não é inconstitucional.

Acórdão de 11-07-2023

Revista n.º 1758/21.9T8SXL.L1.S1 – 1.ª Secção

Relator: António Magalhães

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0fcfc86cd2460ec1802589ea002fe86a?OpenDocument>

Palavras-chave: Admissibilidade de recurso; Recurso de revista; Processo de jurisdição voluntária; Regulação do exercício das responsabilidades parentais; Critérios de conveniência e oportunidade; Residências alternadas; Interesse superior da criança; Contencioso de mera legalidade

Sumário:

- I Não salvaguarda o interesse de menor de 4 anos o regime de residência alternada com os dois progenitores (de semana a semana) se as localidades, onde se situam as residências, distam 118 km uma da outra e se tal regime de residência não permite que a criança possa frequentar um único jardim de infância, continuamente,

com o mesmo educador e com o mesmo grupo de colegas.

- II Em tal caso, a menor deve ficar a residir junto da mãe por esta ter mais disponibilidade para cuidar pessoalmente da filha; e também porque, pese a relação de grande proximidade afetiva com ambos os progenitores, a menor, antes da separação, se revelava mais “apegada à mãe que, por regra, a alimentava”.

SETEMBRO

Acórdão de 14-09-2023

Revista n.º 2689/22.0T8PRD.G1.S1 – 7.ª Secção

Relatora: Fátima Gomes

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9f7d6813c6a5229880258a2b005cd9ce?OpenDocument>

Palavras-chave: Processo tutelar; Rapto internacional de menores; Direito de guarda de menores; Princípio da defesa; Princípio do contraditório; Igualdade das partes; Imparcialidade

Sumário:

No âmbito da ação tutelar comum em que se aprecie processo tutelar de restituição judicial de criança, na sequência do envio pela autoridade central da Suíça, país subscritor da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, de um pedido formulado pelo progenitor de regresso imediato do filho à Suíça, o juiz tem de respeitar, quer as imposições que decorrem da Convenção da Haia, quer os princípios orientadores dos processos tutelares cíveis, enumerados no art. 4.º do RGPTC e ainda os princípios gerais do

processo civil, designadamente os do contraditório (art. 3.º, n.ºs 3 e 4) e da igualdade de armas (art. 4.º).

Acórdão de 14-09-2023

Revista n.º 3646/22.2T8VNG.P1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Manuel Capelo

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d-d8b980256b5f003fa814/2689629eb8a8e9a-d80258a2b005de2d3?OpenDocument>

Palavras-chave: Casa de morada de família; Divórcio; Arrendamento; Necessidade de casa para habitação; Equidade; Renda; Remuneração; Valor de mercado; Requisitos

Sumário:

- I A atribuição da casa de família a um dos ex-cônjuges através da constituição de um arrendamento deve atender às necessidades de cada um deles em articulação com o interesse dos filhos e também, na fixação da renda devida, deve valorar-se a situação económica de ambos e não apenas do cônjuge a quem for atribuído o direito ao arrendamento.
- II Não estar a fixação da renda nestes casos sujeita ao valor de mercado, mas sim a uma ponderação equitativa que atenda à situação patrimonial dos ex-cônjuges, recomenda que, em primeiro lugar se considere o valor locativo real e atual do imóvel; depois, que em função da propriedade do imóvel se verifique qual o montante, em caso de o bem ser comum, que caberia em termos de proporção a cada um, caso o mesmo fosse arrendado pelo valor do mercado; por fim, as condições que o caso apresente como relevantes, sem perder a noção de, por ter de

se atender também à situação patrimonial do ex-cônjuge não arrendatário, o benefício para o arrendatário não poder constituir um prejuízo desproporcionado para aquele outro.

Acórdão de 14-09-2023

Revista n.º 449/23.0T8PTM.E1.S1- 7.ª Secção

Relator: Nuno Pinto de Oliveira

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d-d8b980256b5f003fa814/415d25822cece0b-f80258a2b005d5b7c?OpenDocument>

Palavras-chave: Proteção da criança; Convenção da Haia; Residência habitual; Interesse superior da criança; Tribunal competente

Sumário:

- O conceito de residência habitual relevante para efeitos do Regulamento (UE) 2019/1111, de 25-06-2019, corresponde ao lugar do centro efetivo da vida da criança/do menor.

Acórdão de 20-09-2023

Revista n.º 947/17.5T8CVL-C.C1.S1 – 1.ª Secção

Relator: Jorge Arcanjo

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad-9dd8b980256b5f003fa814/7555839a51e-206f780258a32003bbe7b?OpenDocument>

Palavras-chave: Divórcio; Partilha dos bens do casal; Compensação; Regime de bens; Bens comuns do casal; Obrigação de restituição

Sumário:

- I Do art. 1689.º do CC extrai-se um princípio geral que obriga às compensações entre os pa-

trimónios próprios dos cônjuges, e entre estes e o património comum, sempre que um deles, no final do regime, se encontre enriquecido em detrimento de outro, repondo-se, assim, o reequilíbrio patrimonial.

- II Fazem parte do património comum do (ex) casal, com vista à partilha subsequente ao divórcio, não apenas os bens existentes à data da propositura da ação, mas também aqueles bens que ao património comum devem ser conferidos por um dos ex-cônjuges.

Acórdão de 20-09-2023

Revista n.º 82/17.6T8VPC-B.G1.S2 – 1.ª Secção

Relatora: Maria João Vaz Tomé

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/34c2814b-19c955a580258a32003b3e52?OpenDocument>

Palavras-chave: Responsabilidades parentais; Proibição de confiança de menores e inibição de responsabilidades parentais; Admissibilidade de recurso; Legitimidade; Progenitor; Interesse superior da criança; Crime; Violência doméstica

Sumário:

- I Para além de se afigurar evidente que numa ação de inibição do exercício das responsabilidades parentais contra um dos progenitores o outro progenitor tenha legitimidade para recorrer da decisão que considere ofensiva do superior interesse do seu filho menor, em sede de recursos, o art. 32.º, n.º 2, do RGPTC, confere expressamente essa legitimidade.
- II O princípio *ne bis in idem*, princípio de Direito Constitucional Penal, não é desrespeitado no caso de ao progenitor-arguido ter sido aplicada a sanção

accessória da proibição de contactos no âmbito de processo criminal por violência doméstica e de, subsequentemente, considerando os factos desse processo, ser decretada a sua inibição total para o exercício das responsabilidades parentais.

- III Os requisitos cuja verificação é necessária para que o tribunal decrete a inibição do exercício das responsabilidades parentais são, por parte de um progenitor, a infração culposa dos deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes ou, então, quando um progenitor, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, não se mostre em condições de cumprir aqueles deveres.

Acórdão de 28-09-2023

Revista n.º 5209/19.0T8SNT.L1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Maria da Graça Trigo

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b87d05e112fe-00f080258a3900581b97?OpenDocument>

Palavras-chave: Processo de promoção e proteção; Medida de confiança com vista à futura adoção; Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo; Interesse superior da criança; Princípio da intervenção mínima; Princípio da proporcionalidade; Princípio da atualidade; Responsabilidades parentais; Abandono de menor; Intérprete; Nulidade processual; Tempestividade

Sumário:

À luz da factualidade provada, o interesse da criança impõe, por verificação da previsão do art. 1978.º, n.º 1, al. c), e n.º 3, do CC, que se lhe aplique, a seu favor, a medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção, prevista no art. 35.º, n.º 1, al. g), da LPCJP.

97

OUTUBRO**Acórdão de 10-10-2023**

Revista n.º 1149/22.4T8PDL.L1.S1 – 1.ª Secção

Relator: Manuel Aguiar Pereira

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d-d8b980256b5f003fa814/852e3a326313780580258a45003e0afe?OpenDocument>

Palavras-chave: Casamento no estrangeiro; Regime imperativo de bens; Comunhão de adquiridos; Assento; Registo civil; Força probatória; Dissolução; Sucessão do cônjuge sobrevivente; Inventário; Convenção antenupcial; Partilha dos bens do casal

Sumário:

98

- I Não constando do assento de casamento celebrado qualquer referência a circunstância determinante da imperatividade do regime patrimonial da separação de bens – no caso a inexistência de processo preliminar de publicações – e não tendo sido celebrada qualquer convenção antenupcial, o regime patrimonial do casamento celebrado em 31-10-1991 é o da comunhão de bens adquiridos (art. 1717.º do CC).
- II A posterior certificação pela entidade celebrante de que o casamento não foi precedido de processo de publicações não tem como consequência a alteração do regime de bens do casamento por efeito da imperatividade decorrente do art. 1720.º do CC, enquanto se mantiver inalterado o registo e permanecer a omissão sobre a circunstância determinante do regime imperativo de separação de bens.

- III Tendo o casamento sido dissolvido por óbito de um dos cônjuges, o processo de inventário subsequente deve prosseguir os seus termos para partilha do património comum do ex-casal.

Acórdão de 12-10-2023

Revista n.º 2810/22.9YRLSB.S1 – 2.ª Secção

Relator: João Cura Mariano

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5ab443af-168fb7ba80258a4c002e1dbd?OpenDocument>

Palavras-chave: Revisão e confirmação de sentença; Decisão judicial; Decisão da autoridade administrativa; Divórcio por mútuo consentimento; Escritura pública; Notário; Lei estrangeira; Requisitos; Validade

Sumário:

A escritura pública de divórcio consensual outorgada no Brasil em cartório notarial é suscetível de revisão, constituindo a sua invocação válida causa de pedir, nos termos e para os efeitos da ação especial regulada pelos arts. 978.º e ss. do CPC.

Acórdão de 24-10-2023

Revista n.º 4689/20.6T8CBR.C1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Nuno Pinto Oliveira

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5e885eb-0d6e01e0880258a530053d359?OpenDocument>

Palavras-chave: Investigação de paternidade; Investigação de maternidade; Caducidade da ação; Declaração de inconstitucionalidade; Ónus da prova; Ónus de alegação; Acórdão uniformizador de jurisprudência; Conhecimento; Reaprecia-

ção da prova; Impugnação da matéria de facto; Livre apreciação da prova; Recurso da matéria de facto; Poderes da Relação

Sumário:

Factos que justificam a investigação, no sentido da al. b) do n.º 3 do art. 1817.º do CC, são aqueles que fazem com que seja exigível ao pretense filho a propositura da ação de investigação da maternidade ou da paternidade.

Acórdão de 31-10-2023

Revista n.º 1030/21.4T8STR.E1.S1 – 1.ª Secção

Relatora: Maria Clara Sottomayor

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f-0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28cd991a344e965880258a5c0047c279?OpenDocument>

Palavras-chave: Impugnação de paternidade; Direito à identidade pessoal; Paternidade biológica; Direito de ação; Interpretação da lei; Interpretação conforme à Constituição; Inconstitucionalidade; Prazo de propositura da ação; Prazo de caducidade; Princípio da filiação; Direito pessoal; Direitos fundamentais

Sumário:

I As normas, contidas no n.º 1 do art. 1817.º e na al. c) do n.º 3 do mesmo preceito, que estipulam prazos de caducidade para as ações de investigação da paternidade constituem uma restrição desproporcionada dos direitos fundamentais a constituir família, à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, bem como do direito a conhecer a ascendência biológica e a ver estabelecidos os correspondentes víncu-

los jurídicos de filiação, por violação das disposições conjugadas dos arts. 36.º, n.º 1 e n.º 4, 25.º e 26.º, n.º 1, todos da CRP, e do princípio da proporcionalidade ínsito no art. 18.º, n.º 2, da CRP.

II O princípio constitucional da não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento (art. 36.º, n.º 4, da CRP) comporta uma dimensão material, que se repercute na subjetivação de um conjunto de direitos fundamentais dos indivíduos, de que é exemplo o direito à não discriminação em relação aos filhos nascidos dentro do casamento. Este direito não pode deixar de incluir, para além da óbvia referência à igualdade nos direitos sucessórios, o direito a suprir a omissão provocada pela lei anterior à Constituição de 76, que vedava ou dificultava o estabelecimento da paternidade dos filhos nascidos fora do casamento.

III A natureza pessoalíssima dos direitos do investigador decorre da intimidade mais profunda do ser humano e da sua necessidade afetiva e social de auto-definição e de saber quem é e qual a sua origem.

IV Na operação de balanceamento entre posições contrapostas, os direitos do investigador constituem, de acordo com a hierarquia axiológica da Constituição que tem no seu topo a dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP), direitos de superior valia, em relação aos direitos do investigado e da sua nova família.

V O investigado, na hipótese de operar a exceção da caducidade, fica com uma lacuna no seu sistema de parentesco, que não tem qualquer paralelo com os inconvenientes que o estabelecimento da filiação paterna do investigador seja suscetível de gerar para a situação familiar e so-

cial do investigado e dos seus outros filhos após o estabelecimento da filiação paterna.

- VI Os inconvenientes que decorrem, para o investigado e sua família, da atribuição, no plano legal, de um filho ao investigado e de um irmão ou irmã aos outros filhos que aquele gerou, não se projetam na esfera jurídica pessoal destes nos mesmos moldes em que se projeta na identidade do investigante a negação do vínculo de filiação.
- VII A ordem jurídica não reconhece ao pretense pai um direito a não se vincular juridicamente a uma paternidade biologicamente comprovável.
- VIII A dimensão do prazo da ação da investigação da paternidade não se afere pela necessidade de proteção da infância ou juventude (arts. 69.º e 70.º da CRP), no contexto atual em que o Ministério Público investiga oficiosamente a paternidade nos dois primeiros anos após o nascimento (arts. 1864.º e ss. do CC), mas pela necessidade de tutela da identidade pessoal das pessoas adultas estigmatizadas por uma lei que impedia a investigação da paternidade e discriminava os filhos fora do casamento.
- IX A pessoa humana, à luz dos valores da CRP, deve ter o direito de, em qualquer momento da sua vida, questionar o Estado sobre quem é e quem são os seus progenitores biológicos.
- X Os motivos que teve para só numa fase tardia da vida intentar a ação de investigação da paternidade dizem respeito ao seu foro íntimo e estão relacionados com a sua história e a dos seus pais biológicos. Por dizerem respeito à dignidade mais profunda do ser humano – o direito a saber quem é e de onde veio – o Estado não tem legitimidade para avaliar e hierarquizar estes motivos em função do decurso

do tempo (ou de qualquer outro critério), fixando um prazo para o exercício do direito da ação de investigação da paternidade.

NOVEMBRO

Acórdão de 02-11-2023

Revista n.º 3039/21.9T8VCT.G1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Ana Paula Lobo

Link:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad-9dd8b980256b5f003fa814/25f36ff1460e-9fea80258a5c005cc526?OpenDocument>

Palavras-chave: Processo de promoção e proteção; Medida de promoção e proteção; Medida de confiança com vista à futura adoção; Interesse superior da criança; Paternidade biológica; Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo; Requisitos; Direitos fundamentais; Adoção; Progenitor; Filiação

Sumário:

Quando tudo foi feito para que os pais assumissem os seus deveres para com a criança, sem sucesso e o menor apenas estabeleceu relações afetivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento com as pessoas que dele cuidaram, na instituição, desde o seu nascimento, a medida de confiança a instituição com vista a adoção cumpre as finalidades estabelecidas no art. 34.º da LPCJP, Lei n.º 147/99, de 1-09.

Acórdão de 16-11-2023

Revista n.º 2822/23.5T8PRT.P1.S1 – 1.ª Secção

Relator: Jorge Arcanjo

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6a-d9dd8b980256b5f003fa814/9f4ae03a14e-ce16880258a6a00412a33?OpenDocument>

Palavras-chave: Maior acompanhado; Litispendência; Legitimidade adjetiva; Pedido; Acompanhante; Ministério Público; Nulidade processual; Princípio do contraditório; Questão nova

Sumário:

O primado da vontade do beneficiário refletido no regime jurídico do maior acompanhado não é de molde a neutralizar a exceção de litispendência.

Acórdão de 16-11-2023

Revista n.º 546/22.0T8VLG.P1.S1 – 1.ª Secção

Relatora: Maria Clara Sottomayor

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6a-d9dd8b980256b5f003fa814/e0dbe0585d-94f28b80258a6a003fab9b?OpenDocument>

Palavras-chave: Competência material; União de facto; Reconhecimento; Aquisição da nacionalidade; Tribunal de Família e Menores; Juízo cível; Tribunal de competência genérica; Interpretação da lei

Sumário:

I A lei da nacionalidade ao referir-se, no n.º 3 do art. 3.º, a tribunal “cível”, deve ser entendida como uma norma remissiva para as regras que definem a competência material dos tribunais judiciais, aceitando os critérios de especialização da jurisdição cível.

II Cabendo à competência dos juízos cíveis e dos juízos de competência genérica todas as causas que não sejam legalmente atribuídas a juízo especializado, é de concluir que, estando as ações relativas aos requisitos e efeitos da união de facto legalmente atribuídas a juízo especializado, como o é o Juízo de Família e Menores, por força do art. 122.º, n.º 1, al. g), da LOSJ, também será este juízo especializado em matéria cível competente para julgar as ações de reconhecimento de união de facto para o efeito de aquisição da nacionalidade por um dos companheiros que seja cidadão estrangeiro.

Acórdão de 16-11-2023

Revista n.º 2034/15.1T8STR.E1.S1 – 6.ª Secção

Relator: Ricardo Costa

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6a-d9dd8b980256b5f003fa814/661b9f1a-91913d8680258a6a0042a544?OpenDocument>

Palavras-chave: Dupla conforme; Pressupostos; Processo de promoção e proteção; Critérios de conveniência e oportunidade; Processo de jurisdição voluntária; Recurso de revista; Admissibilidade; Revista excecional; Princípio do contraditório; Decisão surpresa

Sumário:

I Existe dupla conformidade decisória, que obsta à admissibilidade do recurso de revista normal e ao conhecimento do seu objeto, nos termos do art. 671.º, n.º 3, do CPC, sempre que o acórdão proferido pela Relação, sem voto de vencido e sem fundamentação essencialmente diferente, confirma a decisão proferida na primeira instância, em relação aos segmentos decisórios e

seus fundamentos com eficácia jurídica autónoma (objeto de impugnação) nos quais se verifica identidade de julgados, sem fundamentação essencialmente diferente – incluindo a apropriação da argumentação de 1.ª instância, neste caso no que respeita à medida legal de promoção e proteção de menor, recorrível junto do STJ em função de se sindicarem critérios de legalidade estrita em processo de jurisdição voluntária (art. 988.º, n.º 2, CPC, *a contrario sensu*) e sem voto de vencido.

- II Não tendo sido interposta no requerimento e prazo de interposição do recurso a revista na modalidade excecional, tendo por finalidade superar o efeito impeditivo da “dupla conforme” no segmento decisório coincidente nos julgados das instâncias, a resposta/pronúncia deduzida no âmbito do despacho previsto para o efeito do art. 655.º do CPC não é meio processual legítimo para a (re)configuração da modalidade da revista, perante o requerimento anterior de interposição de recurso, em prazo próprio e observado, e seus fundamentos normativos – pois é insusceptível de aproveitamento processual tendo em vista mudar ou acrescentar o(s) fundamento(s) e o objeto recursivo delimitados nas alegações e conclusões originais e tempestivas – nem pode servir para alargar esse mesmo objeto para outras situações de (potencial ou efetiva) admissibilidade recursiva. Logo, não é de aceitar a pretensão superveniente, por ser processualmente ilegítima, inadequada para tal intento recursivo e extemporânea, de ser requerida tal revista excecional nessa resposta/pronúncia, perante o requerimento anterior de interposição de recurso, configurável como revista normal, e seus fundamentos à luz do regime e prazo de recurso aplicáveis (arts. 637.º,

n.os 1 e 2, 1.ª parte («fundamento específico de recorribilidade»); 639.º, n.os 1 e 2; 638.º, n.º 1; 672.º, n.os 1 e 2, CPC), ficando sempre prejudicada a apreciação da respetiva admissibilidade nessa sede e oportunidade.

DEZEMBRO

Acórdão de 07-12-2023

Revista n.º 4/22.2T8SRQ.L1.S1 – 2.ª Secção

Relator: Emídio Francisco Santos

Link:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad-9dd8b980256b5f003fa814/8814a5f7453b-430c80258a7e00620e87?OpenDocument>

Palavras-chave: Divórcio; Separação de facto; Efeitos do divórcio; Abuso do direito; Retroatividade

Sumário:

- I Para efeitos do n.º 2 do art. 1789.º do CC o conceito de separação de facto é o que consta no n.º 1 do art. 1782.º do CC.
- II Apesar de, após a separação de facto, um dos cônjuges ter intervindo conjuntamente com o outro em vários negócios (venda de 3 imóveis, declaração de aquisição de imóvel por usucapião em escritura de justificação, seguida de dação em cumprimento desse imóvel para pagamento de uma dívida comum), não é de considerar abusivo o requerimento de um deles no sentido de os efeitos do divórcio retroagirem à data do começo da separação de facto, quando não resulta da matéria assente nenhum elemento que aponte no sentido de que os negócios criaram no outro cônjuge a convicção de que tal requerimento não iria ser apresentado na ação de divórcio.

Acórdão de 12-12-2023

Revista n.º 2800/20.6T8FAR.E1.S1 – 1.ª Secção

Relatora: Maria João Vaz Tomé

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d6554d8a04c6345e80258a8500305e04?OpenDocument>

Palavras-chave: Doação para casamento; Aplicação da lei no tempo; Caducidade; Efeitos do divórcio; Ampliação do âmbito do recurso; Acesso industrial; Nulidade de acórdão; Omissão de pronúncia

Sumário:

- I Conforme jurisprudência consolidada do STJ, as nulidades da sentença/acórdão encontram-se previstas no art. 615.º do CPC e reportam-se a deficiências estruturais da própria decisão, não se confundindo com os erros de julgamento, de facto ou de direito. A omissão de pronúncia causadora de nulidade de sentença ou acórdão verifica-se apenas quando o tribunal deixa de proferir decisão sobre questão de que devia conhecer, não havendo relação direta entre os fundamentos ou razões de que as partes se socorrem e a omissão de pronúncia.
- II A partir do momento em que se pretende depurar a regulamentação do divórcio – quer nos seus pressupostos, quer nos seus efeitos – de qualquer elemento sancionatório, o legislador tinha que associar a perda dos benefícios recebidos em virtude do estado de casado precisamente apenas e tão somente à mera cessação desse estado.
- III Os benefícios recebidos ou a receber em vista do casamento ou em consideração do estado de casado devem ser tratados de acordo com a lei

atualmente em vigor e não conforme a lei vigente ao tempo da sua concessão, ou ao tempo da celebração do matrimónio.

- IV A doação efetuada por terceiro a um dos cônjuges após a celebração do casamento, em consideração do seu estado de casado, recai no âmbito das liberalidades previstas no art. 1791.º do CC. Tal doação caduca por força da dissolução do casamento por divórcio, revertendo o benefício automaticamente ao património do doador. A perda dos benefícios previstos no art. 1791.º, n.º 1, do CC, opera *ipso iure* com o decretamento do divórcio.
- V No que respeita à determinação do momento a partir do qual se deve considerar que o benefício reverteu para a esfera do autor da liberalidade, afigura-se necessário levar em linha de conta a regra consagrada no art. 1789.º do CC.
- VI A ampliação do objeto do recurso destina-se a consentir que o tribunal *ad quem* possa conhecer de fundamento da ação ou da defesa não considerado ou julgado desfavoravelmente na decisão recorrida que, apesar disso, com base em diverso fundamento, tenha julgado procedente a pretensão do recorrido (assim se prevenindo a possibilidade de, por força do recurso, vir a ser considerado improcedente o fundamento com base no qual este obteve ganho de causa no tribunal *a quo*).

Acórdão de 12-12-2023

Revista n.º 349/20.6T8VPA.G1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Manuel Capelo

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/073ed21f050eae5480258a84003550db?OpenDocument>

Palavras-chave: Investigação de paternidade; Investigação de maternidade; Direito à identidade pessoal; Reserva da vida privada; Princípio da proporcionalidade; Maioridade; Caducidade da ação; Prazo de caducidade; Contagem de prazos; Constitucionalidade; Declaração de inconstitucionalidade; Declaração com força obrigatória geral; Acórdão uniformizador de jurisprudência

Sumário:

As disposições dos n.ºs 1 e 3 do art. 1817.º do CC correspondem a uma compressão dos direitos do investigante adequada, necessária e proporcional à proteção do direito à reserva de intimidade da vida privada e familiar dos potenciais investigados e do interesse público na certeza e na estabilidade das relações jurídicas familiares.

Acórdão de 12-12-2023

Revista n.º 14732/20.3T8PRT.P1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Sousa Lameira

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6a-d9dd8b980256b5f003fa814/725d-f2196a7e194980258a8400349da6?OpenDocument>

Palavras-chave: Processo de promoção e proteção; Medida de confiança com vista à futura adoção; Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo; Matéria de facto; Interesse superior da criança; Princípio da intervenção mínima; Princípio da proporcionalidade; Princípio da atualidade; Responsabilidades parentais.

Sumário:

Se os factos provados não evidenciarem com segurança e certeza mínimas que os menores se encontravam em perigo não pode o tribunal aplicar a medida de confiança a instituição com vista a futura adoção.

ESTATUTO EDITORIAL

1. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família” é uma publicação periódica semestral, do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que é responsável pela sua orientação científica, bem como pelas restantes obrigações editoriais.
2. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família” é uma publicação de carácter académico, que tem como objetivo a promoção e o desenvolvimento da investigação científica na área do Direito da Família, do Direito das Sucessões e do Direito das Pessoas, nomeadamente do Direito das Crianças e Jovens e dos Adultos Vulneráveis.
3. É também objetivo desta publicação fomentar o intercâmbio da cultura jurídica entre diversos ordenamentos jurídicos, nomeadamente entre países de expressão linguística portuguesa e do espaço europeu.
4. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família” destina-se à comunidade jurídica em geral, em especial a académicos, magistrados, advogados e outras profissões jurídicas que trabalhem no âmbito dos ramos de Direito que são objeto da publicação, bem como ao público em geral com interesse nas matérias em publicação.
5. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família” compromete-se a respeitar as normas deontológicas do Estatuto do Jornalista.

