

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



Centro de
Direito da

Família

Ano 18 - n.º 35 - 2021
Publicação Semestral

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Centro de
Direito da
Família



FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

Ficha Técnica

Conselho Redatorial

Guilherme de Oliveira (Diretor Científico)

Professor Jubilado da FDUC

Centro de Direito da Família da FDUC

Ana Rita Alfaiate

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. / Fax: 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 18 — n.º 35 — Janeiro a Junho 2021

Execução Gráfica

Ana Paula Silva

ISSN 1645-9660

Depósito Legal: 209 492/2004

ANOTADA NA ERC

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).

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

Sumário

Doutrina

	Págs.
Guilherme de Oliveira	
<i>Responsabilidade civil dos pais perante os filhos</i>	5
Aylton Bonomo Júnior	
<i>O ensino da identidade e expressão de gênero nas escolas vs. convicções religiosas e ideológicas contrárias dos pais</i>	17
Sara Patrícia Pedroso Guedes	
<i>O destino/confiança dos animais de companhia nos casos de separação conjugal</i>	41
Bárbara Manuel Carvalho Lima Lopes Paixão	
<i>O reconhecimento da vontade e do afeto como critérios da parentalidade</i>	67

Jurisprudência Crítica

	Págs.
Guilherme de Oliveira	
<i>— A data ou a vida!</i>	93
Rui Manuel Moura Ramos	
<i>Reconhecimento em Portugal de acto (escritura pública) declaratório de união estável de direito brasileiro</i>	105
O que diz o Supremo	
Fernanda Isabel Pereira	125
Sumários dos Acórdãos do STJ.....	135

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PERANTE OS FILHOS¹

Guilherme de Oliveira

Professor Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Para o Jorge Sinde Monteiro, recordando os anos em que partilhámos as responsabilidades da direcção do CDB.

Resumo: *Pode dizer-se que a tradição, no direito português, era a preservação da “imunidade parental” no que respeitava ao exercício das responsabilidades parentais, ao menos na esfera pessoal.*

Admite-se que a relevância da pessoa da criança permita reconhecer novos direitos que justifiquem a aplicação mais franca do instituto da responsabilidade civil.

Apesar de tudo, devem ser observadas as cautelas recomendadas pela função “insubstituível” dos pais.

Palavras chave: *Responsabilidade civil; Responsabilidades parentais; “Imunidade parental”; Sistemas estrangeiros; O regime no código civil de 1966; Direitos da criança; Algumas cautelas; Exemplos de responsabilização*

Abstract: *In Portuguese law, it could be said that the traditional rule of exercising of parental responsibilities was grounded in “parental immunity”, at least in personal affairs.*

This text looks into some foreign legal systems; takes in account some important progresses concerning children’s legal status; and concludes supporting a broader intervention of civil liability in Children Law.

However, some cautions must be putted in practice in order to respect some discretion in exercising parental responsibilities and to moderate parent’s liability.

Keywords: *Civil liability; “parental immunity”; Foreign legal systems; The code of 1966; Children’s rights; Some due cautions; Examples of civil liability.*

¹ As observações que se seguem apenas têm o propósito de chamar a atenção para este problema técnico, porque a sua discussão aprofundada exigiria mais conhecimentos sobre responsabilidade civil do que aqueles que eu tenho.

O filho pode reclamar uma indemnização pelos danos que o exercício das responsabilidades parentais lhe causou, por má execução ou omissão? Dito de outra maneira — por não cumprimento de algum aspecto do dever de cuidar que incumbe aos titulares?

Não há tradição neste sentido, em Portugal e em alguns outros países.

A questão da “imunidade parental”

A solução negativa² assentou na chamada “imunidade parental” que, por sua vez, era suportada por razões de valor diverso, segundo o meu ponto de vista.

A ideia da *paz da família* e da *tranquilidade da vida social*³ eram os fundamentos básicos para sustentar o afastamento da responsabilidade civil, nas relações entre pais e filhos⁴.

² Aparentemente, na *common law* não havia disposição clara sobre o direito dos filhos menores — cfr. Sandra L. HALEY, *The Parental Tort Immunity Doctrine: Is It a Defensible Defense?* «University of Richmond Law Review», vol 30, 1996, p. 576-7; mas dispensei-me de investigações históricas remotas, que deixo para os especialistas na área.

³ Sandra L. HALEY, *ob. cit.*, p. 578 e 601; GERNHUEBER; COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 6. Auf., Muenchen, C.H.Beck, 2010, p. 683; A. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Responsabilidad civil em el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Pamplona, Aranzadi, 2009, p. 33 e segs.

⁴ Antecipo já que a sugestão impulsionada pela tradicional imunidade entre os cônjuges não foi negligenciável. De facto, pode relembrar-se esta questão, mas o paralelismo entre os dois assuntos é muito débil. Na verdade, enquanto os cônjuges são adultos autónomos que escolhem formar uma família e podem desfazê-la com a maior facilidade,

A ideia da paz da família tem importância. Na verdade, os filhos e os pais estão ligados por um vínculo indestrutível (pelo menos quando a filiação se baseia na verdade biológica). Isto significa que, não se podendo trocar de pais ou de filhos para construir uma relação mais feliz e compensadora do que a anterior, justifica-se que se procure, na medida do possível, manter a relação e, se possível, restaurá-la. Está bem generalizada a ideia de que o melhor ambiente para educar uma criança é a família — e daqui arrancam todas as dúvidas quanto à permanência escusada em institucionalização. Os pais são, supostamente, as pessoas que se encontram em melhores condições para saber como conduzir a vida do filho até à sua autonomização, apesar de também se saber que, muitas vezes, não são assim tão aptos; e que a família também pode ser o lugar para as maiores atrocidades.

Afinal, neste momento de grande respeito pela personalidade dos filhos, de consideração das suas pessoas como sujeitos de direitos, o que é que explica que a família continue a resistir tão bem a qualquer outra alternativa possível para cuidar das crianças? Certamente esta prevalência reside na convicção pública de que a família ainda é o melhor lugar.

dade (e entretanto podem pretender que o Estado não lhes imponha as suas leis), os filhos não escolhem os pais, nem podem eliminar o vínculo que os liga a eles, e têm o direito de reclamar a proteção constitucional da sociedade e do Estado (art. 69.º, CREP). Isto é, tem-se registado um movimento no sentido do enfraquecimento do vínculo matrimonial, claramente expresso pela desvalorização dos chamados deveres conjugais e pela facilitação do divórcio; pelo contrário, tem sido valorizado o papel dos pais na educação e na proteção dos filhos, bem expresso na preferência pela vida em meio familiar sobre a institucionalização, pelo reforço dos mecanismos de garantia do pagamento de alimentos, e ainda pela ampliação das referências aos direitos das crianças e jovens em documentos nacionais e internacionais. Assim, os remédios legais para as crises familiares e para a reparação dos danos, nos dois tipos de relação familiar, não podem ser idênticos; as soluções (e as dúvidas) que a questão da responsabilidade entre os cônjuges foi gerando não têm de servir para a relação entre os pais e os filhos.

Já a argumentação de que é preciso evitar a *banalização dos conflitos*⁵ não parece convincente. Que espécie de família escolheria um modo de vida que implicasse a judicialização permanente em torno de responsabilidade por atos ilícitos dos pais sobre os filhos, mesmo que os danos tivessem uma relevância menor? Quem pode acreditar que o sobressalto quotidiano e as pretensões indemnizatórias possam ser o cimento que une várias pessoas dentro de uma casa, sabendo-se que os divórcios são fáceis e a mobilidade social é grande?

O risco de que se falou é um risco imaginário, pois nem sequer consta que a alegada banalização se tenha verificado.

A ideia de que não deve haver responsabilização de um pai ou mãe, em casos que o mereçam, para não *emagrecer as finanças familiares* seria surpreendente se pudesse traduzir-se do seguinte modo: é melhor abandonar as regras gerais da responsabilidade civil e deixar um dano por indemnizar, sempre que o pagamento da indemnização diminuir as posses do infrator. Mas, na verdade, o que quer dizer-se é que o pagamento de uma indemnização a um filho diminui o capital que outros filhos podem vir a herdar, ou então permite ao pai/mãe infrator recuperar o que pagou ao herdar do filho lesado pré-morto⁶.

Já de si fraco — porque pondera uma situação eventual e longínqua — o argumento parece não tomar em consideração que pode não haver verda-

⁵ A. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *ob. cit.*, p. 85; Carl W. TOBIAS, *Inter-spousal Tort Immunity in America*, «Georgia Law Review», 1989, p. 462, acessível em <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1765&context=law-faculty-publications>

GERNHUBER *et al.* referem a hipótese de poder haver responsabilidade pela produção de um dano ligeiro num brinquedo de uma criança — *ob. cit.*, p. 684.

⁶ JOSEP FERRER I RIBA, *Relaciones familiares y límites del derecho de danos*, «InDret», Barcelona, 2001, p. 7, acessível em <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/80489/104821>

deiro enfraquecimento da fortuna familiar porque os fundos usados para o pagamento são transferidos dentro da família, do familiar infrator para o familiar lesado... Por último, também parece esquecer que estas reclamações podem fazer-se quando os danos estão cobertos por seguros e, portanto, as finanças familiares nem sequer são abaladas⁷.

Ainda, o receio de *conluio entre pais e filhos*, sobretudo para enganar as companhias de seguros⁸, manifesta uma desconfiança exagerada nos tribunais. Na verdade, não deve ser assim tão fácil ludibriar os tribunais, cuja missão diária é descobrir a verdade e ditar soluções justas. Apesar dos erros judiciais que sempre houve, em todas as áreas, a atividade conhecida destes órgãos de soberania não justifica um ceticismo tão grande.

Informação sobre alguns sistemas jurídicos estrangeiros

Nos EUA, partindo-se de um vazio aparentemente registado na *common law* relativamente à responsabilidade dos pais — que podia sugerir a possibilidade ilimitada de responsabilização⁹ — introduziu-se depois a doutrina da *parental immunity*.

A primeira decisão, de 1891¹⁰, consagrou o que pareceu ser uma mudança radical — os filhos não podiam requerer indemnizações contra os pais, nem que as ações danosas tivessem sido dolosas os grosseiramente negligentes.

Como seria de esperar, embora tenha chegado a ter uma grande difusão, a doutrina conduziu a resultados tão injustos que desencadeou uma extensa apreciação das suas razões e justificou críti-

cas que conduziram a uma mitigação que se tornou indispensável.

No termo de algumas décadas de contestação, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas parece terem-se estabilizado na tolerância de algumas formas de negligência parental — na medida em que se considera respeitável uma margem de discricção no modo de cuidar, adequado a cada família, que afaste a ideia de que há um padrão uniforme que todos têm de respeitar. Assim se chegou à ideia de que os pais estão sujeitos a responsabilidade civil sempre que causarem danos por não terem adotado *um padrão razoável* de exercício dos seus poderes¹¹, no interesse dos filhos e do seu bem-estar.

Na Europa, encontra-se menos discutida a responsabilidade civil dos pais perante os filhos; e há menos casuística sobre o assunto.

Na Alemanha, é pacífico o reconhecimento do dever de indemnizar os filhos por incumprimento do dever de cuidar; apenas é discutido o fundamento legal que se deve invocar — ou as regras gerais da responsabilidade civil ou a norma específica do § 1664 BGB. Na verdade, enquanto uns autores entendem que este parágrafo apenas estabelece a medida da diligência exigível aos pais (diminuindo-a eventualmente em face da medida que vale segundo as regras gerais), outros defendem que este parágrafo, para além de poder reduzir a medida da diligência devida, tem implícita a obrigação de indemnizar¹².

Na Itália, reconhece-se o direito de o filho ser indemnizado pelos danos causados pelos pais, faltando ao cumprimento do dever de cuidar que a Constituição (art. 30.º) e a lei lhes impõem (arts.

⁷ A. Rodríguez GUTIÁN, *ob. cit.*, p. 37.

⁸ Sandra HALEY, *ob. cit.*, p. 579.

⁹ IDEM, *ob. cit.*, p. 577, nota 3.

¹⁰ *Hewlett v. George*, referida em Sandra HALEY, *ob. cit.*, p. 577.

¹¹ Elizabeth PORTER, *ob. cit.*, p. 586-7.

¹² Cr. Dieter SCHWAB, *Familienrecht*, 25. Auf., Muenchen, C.H. Beck, 2017, p. 344-5; Nina DETHLOFF, *Familienrecht*, 31. Auf., Muenchen, 2015, p. 380-1; GERNHUEBER; COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 6. Auf., Muenchen, C.H. Beck, 2010, p. 683.

147.º e 315.º bis CCiv it)¹³. E houvesse dúvidas, a norma acrescentada no código de processo civil, em 2006, não podia ser mais clara quando prevê que o tribunal pode “determinar o ressarcimento dos danos, a cargo de um progenitor, em favor do menor” (art. 709 ter, CProcCiv)¹⁴.

No Reino Unido, parece claro que o filho pode processar os pais por quaisquer danos provocados dolosamente. Também parece claro que o filho pode reclamar indemnizações aos pais, por danos causados por negligência, nas mesmas condições em que o filho pudesse reclamar essas indemnizações a outra pessoa qualquer que tivesse o dever de cuidar dele; ou seja, a relação familiar não isenta o infrator.

Pelo contrário, há dúvidas sobre a responsabilidade dos pais quando o dever de cuidar é específico da condição destes familiares, e as circunstâncias do caso decorrem em *ambiente doméstico*; por outras palavras, nota-se relutância em impor aos pais, dentro da esfera familiar, um grau de exigência demasiado quanto ao exercício do dever de cuidado. Mas afirma-se que a responsabilidade não está excluída¹⁵.

Em Espanha, o silêncio do código civil sobre o assunto é interpretado como uma exclusão das regras da responsabilidade civil no âmbito do direito da família¹⁶. Sobretudo a defesa da paz familiar e o interesse público de evitar conflitos domésticos terão levado o legislador do fim do século dezanove a excluir (tacitamente) o remédio da responsabilidade civil. Mas é claro que ficaram previstos — e

têm sido ampliados — outros meios de intervenção que têm o propósito específico de defender as crianças contra atuações danosas dos titulares das responsabilidades parentais¹⁷.

Porém, alguma doutrina conceituada tem mostrado que as medidas preventivas, e até as medidas mais severas como a inibição das responsabilidades parentais podem não reparar os danos — e nem são pensadas para este fim¹⁸. Há vários anos que se defende o termo da imunidade parental, apesar de continuar a discutir-se o limite da intervenção da responsabilidade civil no seio da família.

Em França, julgo que o silêncio do legislador merece ser interpretado da mesma maneira¹⁹. Porém, a criança vítima de maus tratos pode apresentar queixa contra o maltratante, ainda que este seja o pai ou mãe²⁰; e o Código de processo penal admite que a criança ou o jovem requeira uma indemnização aos seus pais, pelos danos sofridos por um facto considerado como crime ou contra-venção (art. 2.º)²¹.

O direito português (*)

Em Portugal, segundo a doutrina mais autorizada (pelo menos na época da elaboração do código civil de 1966), os chamados direitos familiares *personais* não reconheciam aos titulares das relações verdadeiros direitos subjetivos absolutos e, portanto, quando se violasse um direito familiar de *nature-*

¹³ Michele SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 7.ª ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 472-6.

¹⁴ Ao lado da competência para advertir o infrator ou para lhe impor uma sanção administrativa pecuniária — cfr. ZACCARIA, *Commentario breve al Diritto della Famiglia*, 3.ª ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 2214 e segs.

¹⁵ Nigel LOWE; Gillian DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, 11th ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 342-3.

¹⁶ A. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *ob. cit.*, p. 18-9.

¹⁷ A. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *ob. cit.*, p. 60 e segs.

¹⁸ A. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *ob. cit.*, p. 126.

¹⁹ Cfr. F. TERRÉ; C. GOLDIE-GENICON; D. FENOUILLET, *Droit civil — La Famille*, 9.ème éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 958.

²⁰ Cfr. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1567>

²¹ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000024458637/#LEGIARTI000024496925

(*) Na falta de indicação especial, os artigos citados são do Código Civil.

za pessoal não se podia invocar a primeira forma da ilicitude prevista no art. 483.º. Por outro lado, a segunda forma de ilicitude considerada pelo art. 483.º só podia ser invocada e fundamentar um pedido de indemnização quando tivesse sido praticada uma agressão que preenchesse algum dos tipos previstos nas normas (penais) de proteção de tais valores²²; pois a mera lesão, no âmbito simplesmente civil, de valores particulares protegidos, mas de que os interessados não podem dispor, não seria suficiente²³.

Assim, fora desses casos mais graves tutelados pelo direito penal, não interviria a responsabilidade civil e não haveria lugar a uma indemnização pelos danos causados; em suma, “as sanções predispostas pelo direito são de outra ordem”²⁴. Seriam, portanto, a limitação ou a inibição total ou parcial do exercício das responsabilidades parentais, a aplicação de medidas de promoção e proteção ditadas pela LPPCJP, a incapacidade sucessória, etc.

Julgo que foi esta construção que explicou que o código civil apenas se referisse à intervenção da responsabilidade civil no âmbito da violação dos *direitos familiares patrimoniais* e apenas para determinar um grau *privilegiado* de exigência na apreciação da *culpa* (cfr. o art. 1897.º).

Creio, porém, que este entendimento já não era unânime naquela época²⁵ e, desde então, pode estar menos valorizado.

²² Parece ser este o sentido da passagem em que A. VARELA afirma que “Em relação às próprias pessoas obrigadas à vigilância de outrem, elas não são apenas responsáveis pelos danos causados a terceiro, nos termos do art. 491.º; respondem também, por força do disposto neste art. 486.º pelos danos que as pessoas vigiadas sofram com a omissão do dever de vigilância (v. g. se elas se ferirem ou morrerem em consequência dessa omissão)” — *Anotação ao art. 486.º*, in «Código civil anotado», vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1982.

²³ Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 1996, p. 555.

²⁴ IDEM, p. 554.

²⁵ Segundo Antunes VARELA, correspondia à “orientação dominante” — cfr. *ob. cit.*, p. 554.

Parece muito discutível que a ausência da responsabilização dos pais gere mais paz na família do que a aplicação do *princípio geral de direito* que manda indemnizar os danos causados por dolo ou por negligência. Não creio que a paz das famílias possa ser construída sobre a impunidade e sobre o afastamento do princípio geral da responsabilidade pelos atos próprios. O “lar” não pode ser um terreno livre de não-direito, onde os pais continuam a tratar os filhos como objetos, onde não valem os direitos de personalidade, onde até os danos causados intencionalmente ou por negligência grosseira ficam por apreciar e reparar. Haverá paz que possa florescer nestas condições?

Por outro lado, continua a não se encontrar *qualquer norma que exclua* a responsabilidade civil por condutas ilícitas que causem os danos ao filho. Nem se encontra uma norma que porventura restrinja os casos de responsabilidade àquelas condutas, mais graves, que pressuponham a violação de uma norma de proteção, como as que pressuponham a lesão de um bem jurídico típico do direito penal [cfr., p. ex., o art. 138.º CPen (exposição ou abandono), art. 152.º-A CPen (maus tratos), 172.º CPen (abuso sexual), art. 249.º CPen (subtração de menor), art. 250.º CPen (violação da obrigação de alimentos), etc.]; assim, pode haver responsabilização por falta de cumprimento do dever de educar, por desleixo na defesa da saúde ou da segurança, por omissão de reconhecimento voluntário, por abandono afetivo, por impugnação de uma paternidade conscientemente falsa, etc., que não são regulados pela lei penal.

Diga-se, ainda, que a crescente *proteção do filho como sujeito de direitos*, a quem o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade se dirige intensamente, aliado a outras normas constitu-

cionais sobre proteção da infância e da juventude²⁶, recomenda a identificação de direitos subjetivos no quadro das relações paterno-filiais, e a sua garantia robusta. Vale a pena recordar todo o movimento de ascensão dos direitos fundamentais, da cidadania, da autonomia crescente dos filhos, com respeito obrigatório das suas opiniões e com o aumento dos casos de “maioridades especiais”. Neste quadro, se quisermos tomar a sério os direitos fundamentais (para lembrar a frase conhecida do meu colega Gomes Canotilho) não é possível manter a tradição não escrita que omite direitos dos filhos e desvaloriza os danos sofridos por estes graças a uma patente incúria dos pais, em homenagem a uma paz familiar conveniente, mas que é obtida à custa dos mais frágeis.

Além disto, é bom notar que não é o sistema legal, nem os tribunais, que intentam as ações de responsabilidade dos filhos contra os pais, oficiosamente²⁷ — são os filhos, por si ou por representante legal, que as promovem. É a estes autores que caberá decidir se a natureza das ações ou omissões ilícitas, os danos causados, e as condições concretas em que a família vive, justificam que se inicie o litígio. Na verdade, uma omissão descuidada que provoque um dano pequeno não terá o mérito de desencadear um pleito dentro de uma família que convive regularmente e tem uma expectativa de futuro; pelo contrário, uma ação intencional e violenta, com consequências graves, no seio de uma família que já não convive, pode facilmente levar o filho, ou o seu representante, a mover uma ação. Diga-se, também, que pelo menos quanto aos pedidos de reparação associados à prática de um ato tipificado como crime, ou a um pedido formulado depois de a convivência familiar e os laços de afeto terem

terminado, o argumento da defesa da paz familiar fica muito enfraquecido²⁸.

O sistema tem de estar aberto para acolher as escolhas individuais no quadro de uma grande diversidade de casos; e não pode fechar hermeticamente todas as portas, para todos os casos.

Se assim for, com que fundamento é que *as condutas dos pais podem ser ilícitas*?

Em primeiro lugar, deve ponderar-se que a consagração de uma *tutela geral de personalidade* (art. 70.º) admite um alargamento mais franco dos direitos de personalidade concretos, para além dos que se encontram especificados. Deve ponderar-se, também, que a consagração constitucional de um *direito ao desenvolvimento da personalidade* (art. 26.º CREp, depois da revisão de 1997) reforçou a importância da norma civil referida, que há de promover e garantir aquele direito fundamental²⁹. Autores especializados em matéria de responsabilidade civil fazem notar que a tutela geral da personalidade diminuiu a relevância da segunda modalidade da ilicitude prevista no art. 483.³⁰, em favor de um reconhecimento mais amplo da tutela da personalidade física e moral dos indivíduos e, por consequência, em favor da admissibilidade de reações contra a sua lesão logo através da chamada “primeira modalidade” de ilicitude.

Note-se, também, que *os deveres dos pais para com os filhos* têm assento constitucional (art. 36.º, n.º 5 e 6) e são desenvolvidos na lei civil (art. 1874.º e segs.). Pode dizer-se que todas estas normas revelam — hoje em dia — a maior importância de

²⁸ Josep FERRER i RIBA, *Relaciones familiares...*, cit., p. 3.

²⁹ Paulo MOTA PINTO, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, Boletim da FDUC/Studia Juridica 40, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 196.

³⁰ Vaz SERRA, *Requisitos da responsabilidade*, BMJ, n.º 92, p. 95; J. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 237.

²⁶ Paulo MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 153-4 e 220-1.

²⁷ Elizabeth PORTER, *Tort Liability in the Age of the Helicopter Parent*, «Alabama Law Review», vol. 64, p. 587.

vários aspetos do direito ao desenvolvimento da personalidade e da *tutela geral da personalidade* (um direito absoluto); o cumprimento destes deveres corresponde a um imperativo claro, nesta época de valorização da pessoa do filho. Então, o caminho aponta para uma intervenção possível da responsabilidade civil, no caso de violação de uma faceta da personalidade, embora se respeitem limites que possam ser convenientes para o próprio filho³¹.

Em segundo lugar — *em alternativa* à consideração daquele direito ao desenvolvimento da personalidade e da tutela geral da personalidade para construir a eventual ilicitude das ações dos pais por violação de um direito absoluto, no quadro da “primeira modalidade” da ilicitude — pode dizer-se que a consagração clara daqueles deveres dos titulares das responsabilidades parentais é o espelho do nascimento de *vários e concretos direitos da criança* propriamente ditos, que visam a sua promoção e proteção, exprimindo os sinais dos tempos. Podem não ser direitos absolutos, no sentido comum de que todos ficam obrigados a um dever geral de respeito; mas também não são meros direitos (relativos) de crédito — não nascem por acordo com os titulares das responsabilidades parentais, nem são disponíveis. São direitos familiares pessoais relativos porque se exercitam dentro do quadro restrito da família nuclear, mas merecem uma *tutela aumentada* por força do *dever recíproco de respeito reforçado que impende sobre os membros do grupo*, onerando sobretudo os titulares das responsabilidades parentais

— responsabilidades que lhes são *especialmente atribuídas* com a finalidade *única e expressa* de satisfazer o interesse dos filhos. Não é este o sentido tradicional da noção específica de poderes-deveres, de “ofícios”, “funções”, exercitáveis em favor do destinatário? Haverá, assim, uma razão decisiva para não reconhecer que estas normas geram direitos subjetivos de que os filhos são titulares, e que podem fundamentar pretensões judiciais?³²

Numa época em que se aprendeu a noção de “sustentabilidade” e se percebeu melhor o valor que pode ter a “solidariedade”, parece imperioso que a responsabilidade pessoal adquira novas dimensões alimentadas pela consideração da *vulnerabilidade* de todos os seres humanos, e das crianças, em particular. Daí que a “imunidade parental” já não se apresente, hoje em dia, como um valor intenso e indiscutível, mas antes como uma necessidade que carece de *justificação convincente* e que deve ser submetida a um *juízo de proporcionalidade*.

Em suma — *ou* por violação da tutela geral da personalidade dos filhos, *ou* por violação de direitos concretos deles que manifestam aspetos concretos daquele direito geral — quando os pais exercem as responsabilidades parentais de modo omissivo ou defeituoso, e causam danos, não se deve estranhar que este seu incumprimento ou cumprimento defeituoso seja juridicamente relevante e possa ser

³¹ Mafalda Miranda BARBOSA aceita a intervenção da responsabilidade civil quando, nos casos mais graves, por virtude de maus tratos, ocorra uma lesão da integridade física ou psíquica; e ainda, em casos menos graves, quando se verifique um atentado contra a personalidade humana e, portanto, se viole o direito geral de personalidade. Afirma que a ilicitude da ação ou da omissão do titular das responsabilidades parentais assentará na violação de direitos subjetivos absolutos, e não na violação de direitos familiares pessoais — cfr. *Lições de responsabilidade civil*, Cascais, Princípia Editora, 2017, p. 147-8.

³² De entre os sistemas jurídicos a que me referi acima, o código civil italiano é o mais expressivo quando, na redação do art. 315-*bis* (de 10.12.2012), descreve pela primeira vez os *direitos do filho* (correspondentes aos temas que costumava regular sob o prisma dos *deveres dos pais*): “*Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni. Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti. Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano. [...]*”.

Curiosamente, uma lei portuguesa recente (2015) adotou a mesma linha de redação: em vez de dizer, p. ex., que o tribunal deve ouvir a criança, afirmou que “a criança tem direito a ser ouvida” — cfr o art. 5.º, n.º 1, RGPTC.

considerado ilícito.

Ou seja, parece estar *aberto* o recurso aos princípios gerais da responsabilidade civil extracontratual (cfr. os arts. 483.º e 486.º), respeitados os seus pressupostos.

O *facto voluntário* que suscita a responsabilidade pode ser uma conduta; ou uma *omissão*, desde que os titulares das responsabilidades parentais têm o dever de as exercer efetivamente, no interesse do filho (art. 36.º, n.º 5, CREp, e art. 1878.º, n.º 1).

A *ilicitude* estará na conduta que viole os direitos dos filhos — quer porque se praticou uma ação que *contraria abertamente* a defesa dos interesses que justificaram a titularidade das responsabilidades parentais, quer porque se omitiu uma ação *obviamente exigida* pela prossecução daqueles interesses.

O *dolo* ou a *culpa* serão definidos nos termos habituais, (embora com as ressalvas que a seguir se farão e que pretendem respeitar alguma discricionariedade dos titulares das responsabilidades parentais, que se justifica).

O *dano* pode ser considerado sem qualquer especialidade.

Algumas cautelas seriam recomendáveis

Apesar de tudo o que mudou no quadro jurídico da família — as novas relações igualitárias, a ascensão dos direitos das crianças e jovens, a fragmentação e a recombinação das famílias nucleares, a preocupação com a continuidade das relações parentais depois da dissolução da convivência, etc. — continua proeminente o valor da família como lugar de socialização dos filhos.

Dito isto, é conveniente *evitar destruir a relação parental que existe*, tentando não admitir, com ligeireza, uma reparação indiferenciada dos danos, através da responsabilidade civil. Compreende-se bem que, em vários sistemas jurídicos, se tenha redu-

zido a sua aplicação aos casos mais importantes³³.

a) Intervenções prévias

Admito que, num território delicado como o das relações entre pais e filhos, talvez seja recomendável que o sistema encontre um caminho capaz de conciliar os interesses, praticando algumas intervenções preventivas — *com o sentido de diminuir a conflitualidade e fomentar a restauração das relações em crise* — de tal modo que o recurso à responsabilidade civil possa constituir um último remédio. Penso nas intervenções destinadas à tutela da personalidade, previstas no art. 878.º CProcCiv, na aplicação dos arts. 3.º e 35.º da LPCJP, nas medidas tutelares cíveis³⁴, retardando assim e reservando finalmente para o filho interessado o último juízo sobre a esperança de restauração do vínculo filial ou, pelo contrário, sobre a sua degradação irremediável: na verdade, preferencialmente, deveria ser sempre o filho, em último caso, a evitar pedir, ou a propor, a intervenção da responsabilidade civil.

Sublinho, porém, que todas as louváveis intervenções preventivas não são aptas a reparar os danos efetivos que já possam ter sido produzidos³⁵.

b) Medida privilegiada da culpa

Supondo que é viável um pedido de indemnização por exercício omissivo ou defeituoso das responsabilidades parentais, com danos para o filho, é necessário saber qual é o grau de diligência a que os responsáveis estão obrigados, para se medir a sua **culpa**. Por outras palavras, os pais estão obrigados

³³ A RODRÍGUEZ GUTIÁN, *ob. cit.*, p. 88, 92.

³⁴ IDEM, p. 109, 123.

A lei italiana prevê expressamente admoestação ao infrator ou imposição de uma sanção pecuniária compulsória (e também a imposição de uma indemnização dos danos) (art. 709.º ter CProcCiv).

³⁵ IDEM, p. 126.

a proceder com a diligência objetiva de um “bom pai de família” ou podem usar de uma diligência inferior, igual à que usam para acudir às suas próprias necessidades?

É tentador responder de um modo simples: no âmbito do exercício da administração dos bens do filho, o art. 1897.º é claro a permitir um critério subjetivo, que admite um padrão de exigência menor (a diligência com que o pai administra os seus próprios bens); e, ao deixar de fora tudo o resto, a lei sugere a aplicação da regra geral (art. 487.º, n.º 2) na esfera pessoal do exercício das responsabilidades parentais, isto é, a aplicação de um critério objetivo da diligência de um “bom pai de família”.

Porém, não creio que esta resposta seja a mais adequada.

Em primeiro lugar, estou convencido de que o legislador não previu o art. 1897.º como uma “regra especial”, nem pretendeu deixar toda a responsabilidade parental — no âmbito pessoal — à mercê de uma pretensa “regra geral” do art. 487.º, n.º 2. Em vez disto, pensou em manter a ideia (ainda corrente na época) da “imunidade parental”, supondo, portanto, que só haveria responsabilidade civil dos pais em matéria patrimonial ou, no máximo, quando se preenchesse um ilícito penal típico. As afirmações citadas de Antunes VARELA parecem claras neste sentido³⁶.

Em segundo lugar, percebe-se que a opção do código civil pela apreciação da *culpa em abstracto*, manifestada como uma *conduta deficiente* (isto é, com “o conteúdo mais amplo”) se justificou pelas necessidades impostas pelo comércio jurídico e pela tutela do princípio da confiança³⁷. Ora, estas preocupações encontram-se longe das relações pessoais

entre os pais e os filhos, do quotidiano das suas vidas, onde poderá ser mais adequada uma exigência menor. De facto, como escreveu Antunes VARELA, “...de algum modo, (...) os filhos têm de aceitar os pais que a Natureza lhes deu...”³⁸.

Em terceiro lugar, uma medida privilegiada da exigência devida parece mais compatível com a necessidade de garantir aos pais a prática de *uma certa discricionariedade* no exercício das suas competências, sem o que a parentalidade pode transformar-se numa espécie de “carreira” formatada, com progressão por graus obtidos em cursos de formação, ou por diuturnidades. E, convenhamos, é mais importante, nos tempos que correm, contrariar o “*hyper-parenting*”³⁹ — competitivo e sufocante — do que estimular um escrutínio mais intenso da vida familiar.

Devo fazer-se, porém, *algumas advertências*.

A medida privilegiada da diligência só se justifica no quadro das decisões relacionadas, em geral, com o *desenvolvimento da saúde física e mental do filho, da sua personalidade*, em que se deve admitir que os pais expressem e pratiquem as suas próprias convicções e inclinações quando lhes compete escolher o caminho para satisfazer o interesse do filho; estamos no domínio das decisões endofamiliares, respeitando a discricionariedade conveniente⁴⁰. Mas não exageremos a ideia de que os filhos têm de aceitar os pais que a Natureza lhes deu.

³⁸ Cfr. *Código Civil anotado*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 457.

³⁹ Característica dos pais controladores que programam toda a vida dos filhos em direção ao sucesso (cfr. Jonathan HERRING, *Law and the Relational Self*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 160; Elizabeth PORTER referia-se à mesma tendência como “*the helicopter parent*”, em *The Liability ...*, cit.

⁴⁰ GERNHUBER *et al.*, ob. cit., notam que o § 1664 restringe expressamente a aplicação da medida privilegiada ao exercício das responsabilidades parentais. Por outro lado, o § 277 afirma que, quando a lei estabelece o padrão privilegiado de diligência, o responsável não fica isento quando atue com dolo ou com negligência grosseira.

³⁶ “As sanções [...] são de outra ordem” — cfr. *ob. cit.*, p. 554-5.

³⁷ Antunes VARELA, *ob. cit.*, p. 597, 599, 600, 601.

Assim, esta medida privilegiada não deve ser admitida sempre que uma ponderação elementar dos interesses mostre que a decisão do titular das responsabilidades, embora tenha correspondido às suas idiossincrasias e convicções, *é totalmente alheia à condução da vida do filho ou se afastou claramente da defesa do interesse dele*, que lhe competia assegurar e que é a razão das suas faculdades legais. Este alheamento patente das finalidades protetivas que as leis entregam nas mãos dos titulares está para além da discricionariedade admissível, afasta qualquer juízo de culpa leve e coloca o agente no campo do dolo ou da negligência grosseira.

Note-se, por fim, que todos os cuidados legais e judiciais no sentido de proteger a subsistência da relação entre os pais e os filhos não terão justificação relativamente ao *tutor*⁴¹, que foi nomeado, que é remunerado (art. 1942.º, n.º 1), e que pode simplesmente ser removido (art. 1948.º) (e talvez por isso a medida privilegiada quanto à negligência foi afastada expressamente pelo art. 1935.º, n.º 2). Já não digo o mesmo quanto ao *guardião de facto* e quanto ao *padrinho / madrinha civil*, que assumiram a função do cuidado da criança espontânea e gratuitamente e, portanto, podem ser a melhor família com que a criança pode contar.

Exemplos de temas suscetíveis de responsabilização

Se for admitido o recurso à responsabilidade civil, e uma vez que o âmbito de atuação dos pais é muito vasto, poderiam ser diversos os motivos para fundamentar um pedido de indemnização. Alguns exemplos: os pais desleixam o fornecimento da ali-

mentação e abrigo indispensáveis⁴²; os pais forçam o filho a praticar um ato próprio de uma religião, contra a sua vontade, depois dos 16 anos; os pais omitem os atos necessários para garantir a escolarização do filho, como a inscrição em escola ou o fornecimento de material didático; os pais expõem a imagem de um filho, sem o seu consentimento, em redes sociais ou em programas televisivos⁴³; os pais autorizam que o filho brinque num lugar manifestamente perigoso quer pelo relevo pronunciado quer por edificações que lá existem; os pais omitem os procedimentos médicos curativos ou, porventura, preventivos; os pais agredem os filhos, física ou psicologicamente⁴⁴; o progenitor que tem um tempo de contacto menor não cumpre sistemática e injustificadamente o regime de visitas⁴⁵, ou o progenitor com quem o filho vive faz obstrução sistemática ao contacto com o “visitante”⁴⁶; o perfilhante impugna a paternidade que declarou sabendo, já nesse momento, que não era o pai, etc.

Creio que se podem acrescentar *dois casos* que têm *contornos especiais*.

O primeiro diz respeito à responsabilidade civil por *omissão de reconhecimento voluntário* do filho, que defendo há muitos anos, com base no dever jurídico de perfilar que identifico no nosso direito. A primeira nota de especialidade reside na circunstância de o lesado ainda não ser, verdadeiramente, um filho “jurídico”, justamente por causa da omissão do reconhecimento pelo progenitor; em consonância com isto, o lesante também ainda não é o pai

⁴² Cfr., também, o art. 250.º CPen.

⁴³ Cfr., também, o art. 192.º CPen.

⁴⁴ Cfr., também, os arts. 145.º e 148.º CPen.

⁴⁵ O incumprimento pode chegar a assumir a forma ainda mais grave de “abandono afetivo”.

⁴⁶ Cfr., também, o art. 249.º, n.º 1, b) CPen.

⁴¹ GERNHUBER *et al.*, *ob. cit.*, p. 683-4, alegando a intenção do § 1664, que é a de proteger a intimidade da família.

“jurídico”, titular de responsabilidades parentais⁴⁷. Por outro lado, é necessário aceitar a existência de um dever jurídico de perfilhar para que esta omissão possa constituir um comportamento ilícito (cfr. art. 486.º). Por último, dado que sempre é necessário respeitar os pressupostos da responsabilidade civil, a questão crucial será a de o tribunal se convencer de que o progenitor não podia deixar de saber que era o responsável pela concepção, para poder avaliar a presença de negligência ou de dolo na omissão praticada; note-se que, desde há anos, as dúvidas que o progenitor tenha podem facilmente ser esclarecidas, mesmo fora de um processo.

O segundo caso pode ser designado por “*abandonado afetivo*”, como faz a doutrina brasileira e alguma jurisprudência⁴⁸. Quer abranger a omissão genérica de cuidados por parte de um progenitor que, resu-

mindo, ignora os seus deveres parentais. Mesmo que não se avalie um dano específico quanto à manutenção, à escolaridade, à saúde, etc., do filho — provavelmente porque o outro progenitor ou outra pessoa satisfizeram as necessidades específicas nessas áreas — sobra o dano do desprezo genérico, que gera um défice de identificação, que faz sofrer, e que perturba o desenvolvimento da personalidade.

Resta admitir que todas as intervenções preventivas — como aliás todas as restaurativas — tendem a fracassar se repousarem apenas no papel que o Direito pode desempenhar; quaisquer intervenções jurídicas pontuais são débeis se não forem consolidadas por políticas públicas de apoio à prestação do cuidado no seio da Família, isto é, que não estejam enquadradas por uma “ecologia da Família”⁴⁹.

⁴⁷ Cfr., porém, o art.º 1878.º, n.º 1, que já atribui ao progenitor responsabilidades perante o nascituro.

⁴⁸ Cfr. o acórdão marcante de 2012, acessível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012

⁴⁹ Mary Ann GLENDON, *The Transformation of Family Law*, paperback ed., Chicago and London, The University of Chicago Press, 1996, p. 306-13; e também Clare HUNTINGTON, *Failure to flourish — How law undermines family relationships*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

O ENSINO DA IDENTIDADE E EXPRESSÃO DE GÊNERO NAS ESCOLAS VS. CONVICÇÕES RELIGIOSAS E IDEOLÓGICAS CONTRÁRIAS DOS PAIS

Aylton Bonomo Júnior

Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Professor da Escola da Magistratura do Espírito Santo. Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)

Resumo: *O presente trabalho discorrerá sobre a constitucionalidade do ensino da identidade e expressão de gênero nas escolas portuguesas, em face do direito fundamental dos pais na educação de seus filhos e do dever de neutralidade estatal no campo ideológico, filosófico e religioso. Examinar-se-á se, à luz do modelo constitucional de educação português, afigura-se possível disseminar conteúdo de educação sexual nas escolas que contrário às convicções dos pais e alunos, e, em caso, positivo, se há limites para a abordagem desse conteúdo.*

Palavras chave: *Educação sexual. Identidade e expressão do gênero. Escola. Direito dos pais.*

Abstract: *This paper will discuss the constitutional-ity of teaching gender identity and expression in Portuguese schools, in view of the fundamental right of parents in the education of their children and the duty of state neutrality in the ideological, philosophical and religious field. It will be examined whether, in the light of the Portuguese constitutional model of education, it appears possible to disseminate content of sex education in schools that may harm the beliefs of parents and students, and, if so, whether there are limits to the approach to that content.*

Keywords: *Sex education. Identity and expression of gender. School. Parental rights.*

1. Considerações iniciais

Historicamente, a *educação* (sentido mais amplo, que abarca socialização e aculturação) sempre coube aos pais. Competia às escolas apenas o *ensino* (sentido mais restrito, de transmissão de conhecimento científico e técnico visando a qua-

lificação para o trabalho)¹. No entanto, sobretudo no século XX, por variados motivos, iniciou-se no mundo ocidental uma maior intervenção do Estado na educação das crianças, transmitindo conteúdo político, moral e cívico para formação da personalidade do aluno, que ultrapassar a mera a transmissão de conhecimento científico, limitando, assim, a autonomia dos pais no conteúdo da educação de seus filhos. Disso surgiu muitos questionamentos de ordem jurídica: o Estado poderia adentrar no campo da educação, limitando a autonomia dos pais na educação de seus filhos, ou deveria se circunscrever ao mero ensino? Em caso positivo, haveria limites para essa atuação estatal? Respondendo a essas questões, chegaremos ao ponto nodal do trabalho: afigura-se possível disseminar o conteúdo da identidade e expressão de gênero nas

¹ Sobre a distinção das expressões “educação” e “ensino”, consultar: Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 565. Rosa Andreia MARTINS preleciona que a educação pode ser decomposta em educação propriamente dita e instrução escolar. Esta visa promover o desenvolvimento físico, intelectual e cultural do filho com vista a proporcionar-lhe um conjunto de competências profissionais. Por outro lado, a educação propriamente dita concretiza-se na atividade dos pais orientada para a formação da consciência moral, social, religiosa, cívica e política do filho. (Cfr. Rosa Andreia MARTINS, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 210-211). A propósito, quanto a essa distinção entre educação e ensino, a Constituição portuguesa trata o direito de educação no art. 73º, enquanto o direito de ensino situa-se no art. 74º. Nesse mesmo sentido, a Constituição italiana (art. 30) faz essa diferenciação: “é dovere e diritto dei genitori mantenere, *istruire* ed *educare* i figli, anche se nati fuori del matrimonio.”

escolas portuguesas, mesmo que isso venha a violar convicções religiosas e ideológicas de pais e alunos?

2. Os limites da autonomia parental referente à educação dos filhos

A educação é um dos conteúdos pessoais da responsabilidade parental prevista no art. 1878º do Código Civil Português, *in verbis*: “Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua *educação*, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.” Ela (a educação) é o elemento mais importante da responsabilidade parental², consistindo na influência psíquica com o fim de formar o caráter e o espírito de outrem³. Por educação não se entende apenas a educação escolar, mas também a educação profissional, religiosa, moral, civil e política.⁴ Por isso que a educação envolve o treinamento físico, mental e espiritual da criança⁵, conforme aliás prescreve o art. 1.885º do

Código Civil português: “Cabe aos pais, de acordo com as suas possibilidades, promover o desenvolvimento *físico, intelectual e moral* dos filhos.” (grifos nossos)

Embora seja indubitável que a educação é um dos conteúdos da responsabilidade parental, discute-se se há limites para o exercício da autonomia parental em relação à educação dos filhos. Em geral, a doutrina concorda que existem limites para o conteúdo da autonomia dos pais nessa área, discordando apenas quanto à extensão desses limites, ou seja, qual o grau em que os pais podem exercer sua autoridade no intuito de transmitir suas convicções aos filhos.⁶

Conforme magistério de Colin M. MACLEOD⁷, na definição dos limites da autoridade parental na educação, vislumbra-se três interesses: (i) dos *pais* (tem interesse de seguir suas próprias convicções religiosas, morais e culturais, e incutir essas convicções em seus filhos, sem interferência abusiva do Estado); (ii) da *sociedade* (tem interesse em transmitir valores às crianças, por intermédio das escolas, garantindo-se que elas tornem-se adultos capazes de exercer uma cidadania responsável, pois cidadãos irresponsáveis podem colocar fardos na sociedade); (iii) das *crianças* (elas não têm, inicialmente, quaisquer convicções, de modo que há o interesse delas em adquirir as capacidades necessárias para permitir que formem suas próprias convicções de maneira autônoma).

Desses interesses, segundo MACLEOD⁸, sucede três modelos (concepções) sobre os limites da autonomia parental, a saber: (i) modelo *conservador*

² Cfr. Michael COESTER / Lore Maria PESCHEL-GUTZEIT / Michael COESTER LL.M. / Ludwig SALGO, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 4., Familienrecht / §§ 1626 — 1633*, Berlin: Sellier — De Gruyter, 2020, p. 552. Interessante a abordagem de Paula Távora VITOR, no sentido de que o trabalho doméstico dos pais (sobretudo da mãe), desvalorizado historicamente ao longo dos séculos, envolve mais do que a simples prática de tarefas físicas (como cozinhar, limpar, lavar), mas também apresenta uma faceta intelectual muito forte, especialmente no que diz respeito ao cuidado dos filhos, o que inclui o dever de educação, qualificando-se essa atividade dos pais, na verdade, como “gestão doméstica”. (Cfr. Paula Távora VITOR, *Crédito compensatório e alimentos pós-divórcio*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 54-55)

³ Cfr. Theodor KIPP / Martin WOLFF, *Derecho de Familia*, tradução de Blas Pérez Gonzáles e José Castán Tobenäs, vol. II, 2ª ed., Barcelona: Bosch, 1979, p. 50.

⁴ Cfr. Philippe MALAURE / Hugues FULCHIRON, *La Famille*, Paris: Defrènois, 2004, p. 516. Nesse sentido, “a educação de um menor não consiste unicamente no seu desenvolvimento intelectual, através da aquisição de conhecimentos técnicos e profissionais [...] consiste também na inculcação dos valores morais e cívicos.” (Cfr. Maria de Fátima Abrantes DUARTE, *O poder paternal. Contributo para o estudo do seu actual regime*, Lisboa: AAFDL, 1989, p. 68).

⁵ Cfr. Joachim GERNHUBER / Dagmar COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4ª. ed., München: Beck, 1994, p. 1003.

⁶ Cfr. Colin M. MACLEOD, “Conceptions of parental autonomy”, in *Parents and children*, Andrew Bainham (coord.), Aldershot: Routledge, 2008, pp. 119-120.

⁷ Cfr. *ob. e loc. cit.*, pp. 121-122.

⁸ Cfr. *ob. e loc. cit.*, pp. 122 e seguintes.

(interesse dos pais)⁹; (ii) modelo *democrático* (interesse da sociedade)¹⁰; (iii) modelo *liberal* (interesse das crianças)¹¹.

O modelo constitucional português de autonomia parental acomoda esses três interesses (do pais, da sociedade e dos menores) na educação das crianças e adolescentes. Com efeito: (i) “os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”¹² (*interesse dos pais*); (ii) o Estado, através da educação, deve contribuir para o desenvolvimento da “igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais”, bem como para o “espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação de-

mocrática na vida coletiva”¹³ (*interesse da sociedade*); (iii) o Estado, por intermédio da educação, deve visar o “desenvolvimento da personalidade” do menor (*interesse das crianças/adolescentes*)¹⁴⁻¹⁵. Nesse mesmo diapasão (acomodando esses três interesses), é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁶ e a Constituição Federal brasileira de 1988¹⁷.

A grande dificuldade é compatibilizar todos esses interesses, de forma que um direito não anule, por completo, o núcleo fundamental do outro. No presente trabalho, no intuito de compatibilizar esses interesses, limitaremos à análise da relação dos interesses conflitantes entre os *pais* e o *Estado* na educação dos filhos.

É inegável a tensão existente entre o direito dos pais na educação dos filhos e a atuação do

⁹ O modelo *conservador* atribui aos pais absoluta discricionariedade ao direcionar a educação dos filhos, desde que os padrões mínimos estatais sejam atendidos, de modo que o Estado e a sociedade não têm autoridade para interferir nas decisões dos pais sobre a educação dos filhos.

¹⁰ O modelo *democrático* alinha-se com o modelo conservador (no sentido da autonomia dos pais), mas que deve ser moderado pela exigência de que cada criança receba uma educação cívica adequada por parte dos pais e do Estado.

¹¹ O modelo *liberal* defende que um peso maior deve ser dado ao interesse da criança em desenvolver capacidades para uma deliberação livre e racional sobre suas próprias convicções, restringindo, dessa forma, severamente, a autonomia dos pais. Essa concepção tem como fundamento o fato de que o menor não é mais o objeto, mas, sim, o sujeito ativo da relação educacional (Cfr. Francesco RUSCELLO, *La potestà dei genitori, Rapporti personali*, 2ª ed., Milano: Giuffrè, 2006, p. 50; Philippe MALAURE / Hugues FULCHIRON, *La Famille*, cit., p. 520). Nessa medida, educar é preparar o menor para a autonomia, para a independência, na regência de sua pessoa e na gestão dos seus bens. (Cfr. Fernando Andrade Pires de LIMA / João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. V, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 352). É proporcionar à criança o chamado “direito a um futuro aberto.” (Cfr. Joel FEINBERG, “The child’s right to an open future”, in *Philosophy of Education: An Anthology*, Randall R. Curren (org.), Malden: Blackwell Pub, 2007, p. 74).

¹² Art. 36º-5, CRP. E também o art. 68º-1 da CRP: “Os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país.”

¹³ Art. 73º-2, CRP.

¹⁴ Art. 73º-2, CRP.

¹⁵ Nesse mesmo sentido, William GALSTON aponta três conjuntos de interesses que devem ser considerados na educação infanto-juvenil: (i) o desenvolvimento normal e pleno da criança e do adolescente (centrado primariamente no interesse do menor); (ii) a consideração das concepções e interesses dos pais na criação de seus filhos (centrado primariamente no interesse da família); e (iii) a formação de bons cidadãos (centrado primariamente no interesse da sociedade). Cfr. William GALSTON, *Liberal Pluralism: The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 212-213.

¹⁶ À guisa de ilustração: (i) *interesse dos pais*: os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos (art. 26º-3); (ii) *interesse da sociedade*: a instrução deverá promover a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais (art. 26º-2); (iii) *interesse dos menores*: a instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana (art. 26º-2).

¹⁷ Veja-se: (i) *interesse dos pais*: fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal (art. 226, § 7º) e os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229); (ii) *interesse da sociedade*: a educação, dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o preparo da pessoa para o exercício da cidadania (art. 205); (iii) *interesse dos menores*: a educação visará o pleno desenvolvimento da pessoa (art. 205).

Estado, ao qual também é conferido tarefas educacionais (e não somente de ensino)¹⁸. Conforme já transcrito, “os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”¹⁹, cabendo ao Estado “cooperar com os pais na educação dos filhos”²⁰, mas sem “programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas.”²¹

À vista disso, a educação dos menores, em princípio, cabe prioritariamente aos pais, por ser um *direito* fundamental²² destes, revelando, assim, um poder dos pais em relação ao Estado²³, sobretudo porque o relacionamento pessoal próximo entre pais e filhos permite que aqueles tenham uma visão especial das necessidades específicas dos filhos, estando em melhores condições do que qualquer órgão estatal para definir o melhor interesse das crianças²⁴, de modo que os pais, em razão dos estreitos laços de afeto íntimo que unem as famílias,

geralmente agirão no melhor interesse dos filhos.²⁵

Cabe ao pais, dessa forma, definir as linhas de formação intelectual, espiritual, moral e profissional dos filhos, transmitindo as suas convicções pessoais²⁶, enquanto ao Estado (e à sociedade) cabe apenas colaborar ou cooperar na execução dessa tarefa prioritária da família, de modo que serão inconstitucionais todas as normas através das quais o Estado, em lugar de colaborar no plano educativo traçado pelos pais, se substitua a estes na definição ou na execução do programa educativo dos filhos.²⁷

²⁵ Cfr. Francisco Rivero HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, 2ª ed, Madrid: Dykinson, 2007, p. 308.

²⁶ Os pais não podem ser vistos como mero guardiões dos interesses dos seus filhos, visto que eles também são pessoas que desejam realizar o projeto de criar uma família, e que seus valores e convicções sejam realizados e perpetuados. (Cfr. Colin M. MACLEOD, “Conceptions of parental autonomy”, *cit.*, p. 119). Assim, há legítimo interesse dos pais em se projetarem para o futuro através dos filhos. (Cfr. Gomes da SILVA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, Lisboa: AAFDL, 1960, p. 330), de forma que a responsabilidade parental não é só conferida para a formação da personalidade dos filhos; também é conferida para a satisfação do interesse dos pais à liberdade e à continuação das suas vidas (desenvolvimento de suas personalidades). (Cfr. Jorge MIRANDA, “Sobre o poder paternal”, *Revista de direito e de estudos sociais*, Coimbra, Almedina, ano XXXII, V da 2ª série, pp. 23 a 56, 1990, especialmente pp. 43 e 55). De fato, conforme bem assinalado por Pires de LIMA e Antunes VARELA, “os pais, embora agindo no interesse dos filhos (quando defendem a vida, preservam a sua saúde, garantem o seu sustento, promovem a instrução e educação ou administram os seus bens), não deixam de exercer um direito (não exercem uma pura actividade de funcionários ao serviço dos filhos), porque assim obtêm a realização plena de uma das facetas mais ricas da sua personalidade.” (Cfr. *Código Civil Anotado*, *cit.*, p. 331)

²⁷ Cfr. João de Matos Antunes VARELA, *Direito de Família*, vol. I, 5ª ed, Lisboa: Petrony, 1999, p. 67. No contexto jurídico alemão, SOERGER sustenta que os pais têm constitucionalmente direito à chamada primazia na educação, porque presume-se que os mesmos geralmente se preocupam mais com o bem-estar de seus filhos do que qualquer pessoa ou instituição; logo, o Estado não poderia prescrever objetivos educacionais concretos para os pais. (Cfr. Hans Theodor SOERGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Familienrecht* 3/2, §§ 1616-1717, 13ª ed, Stuttgart: Kohlhammer, 2017, p. 202). Nessa linha, WESTERMANN narra que a lei alemã garante aos pais o direito de se defenderem contra interferências *inadmissíveis* do Estado, e que o Tribunal Constitucional alemão já reconheceu o princípio da *subsidiariedade* do Estado em relação aos pais no campo da educação, exercendo o Estado apenas o papel de apoio (Cfr. Harm Peter WESTERMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 10ª ed., Münster: Aschendorff-Rechtsverl, 2000, pp. 3872 e 3894). Por seu turno, Alexander LÜDERITZ escreve que os

¹⁸ Cfr. Michael COESTER / Lore Maria PESCHEL-GUTZEIT / Michael COESTER LL.M. / Ludwig SALGO, Ludwig, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 4., Familienrecht* / §§ 1626 — 1633, *cit.*, p. 549. Respeitante ao retrospecto da intervenção do Estado na autonomia dos pais, compulsar a excelente síntese feita por Guilherme de OLIVEIRA (Cfr. “A criança maltratada”, *Temas de direito da família*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 188-190).

¹⁹ Art. 36º-5, CRP.

²⁰ Art. 67º-1, alínea “c”, CRP.

²¹ Art. 43º-2, CRP.

²² Como se observa, no prisma constitucional, a educação dos filhos constitui não apenas um dever, mas também um *direito* fundamental dos pais, contribuindo para a sua “plena realização pessoal”. Cfr. Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 828.

²³ Cfr. Francisco Pereira COELHO / Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ª ed., Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 180; João Carlos Simões Gonçalves LOUREIRO, “Depois das cegonhas: pais, escolas e educação sexual”, in *Família, consciência, secularismo e religião*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 48.

²⁴ Cfr. Colin M. MACLEOD, “Conceptions of parental autonomy”, *cit.*, 122-123.

Nesse panorama, a responsabilidade parental compreende o direito dos pais de criar os filhos livre da interferência *arbitrária* do Estado²⁸, notadamente porque, como se infere do texto constitucional, o papel do Estado é o de *cooperação* com os pais na educação dos filhos (art. 67º-2, alínea “c”), não podendo, assim, a escola (sobretudo a pública) substituir os pais na sua tarefa educativa²⁹, o que afasta, por via reflexa, o espectro de um modelo de formação educativa uniforme, imposto pelo Estado aos próprios pais³⁰.

Entrementes, embora a Constituição portuguesa assegure o direito dos pais de educação dos filhos, e que o Estado não pode “programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas”, também é verdade que o Estado possui objetivos no campo da “educação” (mais amplo que “ensino”) prescritos na própria Constituição Portuguesa³¹, a saber: “O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade

de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva.” E também no art. 68º-1 da CRP: “Os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua *educação*, com garantia de realização profissional e de *participação na vida cívica do país*.”

Com efeito, educar também é preparar o menor para a vida numa sociedade civilizada, que tem regras de conduta individual e social, de modo que o estágio para esta vida social compreende o conhecimento das linhas gerais da disciplina que rege o convívio entre os homens.³² Nessa vertente, o objetivo mais importante de toda a educação seria o desenvolvimento de uma personalidade *responsável*³³, o que é interesse também do Estado e da sociedade, e não somente dos pais.

21

objetivos educacionais não são prescritos no Estado pluralista, já que eles só podem ser relacionados em fórmulas vagas; assim, o direito à educação se expressa justamente no fato dos pais selecionarem seus objetivos específicos para educação. (Cfr. Alexander LÜDERTZ, *Familienrecht*, 27ª ed., München: Beck, 1999, pp. 350-351). No contexto jurídico italiano, Michele SESTA assevera que a Constituição italiana não indica os limites dos princípios a serem seguidos na educação dos filhos, prevendo apenas que a tarefa educativa pertence aos pais, a qual deve ser reconhecida plena liberdade na escolha dos critérios e meios educativos. (Cfr. Michele SESTA, *Diritto di famiglia*, 2ª ed, Padova: Cedam, 2005, p. 459)

²⁸ Cfr. Douglas LOWE, *Bromley's Family law*, 10ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 378.

²⁹ Cfr. Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., p. 831, que arrematam: “cooperação não significa substituição dos pais na tarefa educativa e tem subjacente o reconhecimento da prioridade dos pais na escolha do gênero de educação a dar os filhos.” (Cfr. *ob. e loc. cit.*, p. 1.365).

³⁰ Cfr. Fernando Andrade Pires de LIMA / João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, cit., p. 350.

³¹ Art. 73º-2, CRP.

³² Cfr. Fernando Andrade Pires de LIMA / João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. V, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 352. Assim, o dever de instrução abrange também o dever dos pais de educar os filhos fazendo compreender a importância que o ensino desempenha para a participação na vida em sociedade. (Cfr. Francesco RUSCELLI, *La potestà dei genitori*, cit., p. 96).

³³ Cfr. Cfr. Michael COESTER / Lore Maria PESCHEL-GUT-ZEIT / Michael COESTER LL.M. / Ludwig SALGO, J. von *Ständingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 4., Familienrecht / §§ 1626 — 1633*, cit., p. 554. Sobre esse objetivo de “personalidade responsável”, os referidos autores advertem sobre o papel que a educação parental teve e ainda pode ter no desenvolvimento e surgimento de tipos de personalidades com atitudes antidemocráticas. Cita, por exemplo, a lei que vigorou na época do nacionalismo-social (“nazismo”) na Alemanha, que previa que “toda a juventude alemã é educada física, mental e moralmente no sentido do Nacional-socialismo para o serviço ao povo e à comunidade nacional”, bem como a lei vigente na época do socialismo na Alemanha Oriental, em que o Código Civil do RDA previa que “os pais educam seus filhos na atitude socialista de aprender e de trabalhar, respeitar os trabalhadores, obedecer às regras da convivência socialista, à solidariedade, ao patriotismo socialista e ao internacionalismo”. (Cfr. *ob. e loc. cit.*, pp. 553-554)

É por tal razão que a autonomia parental na educação dos filhos é limitada pela própria Constituição, que incumbe ao Estado o dever de transmitir determinados valores através das escolas, a exemplo do ensino de “espírito de tolerância” e de “compreensão mútua”, ainda que esse conteúdo possa ir de encontro às convicções religiosas, filosóficas e ideológicas dos pais³⁴. Dessa forma, neutralidade estatal no campo educacional não significa indiferença ou cegueira em relação a valores, até porque há um conjunto de valores fundamentais que o Estado deve perseguir no sistema educativo, de modo que neutralidade significa apenas a *proibição de doutrinação*.³⁵

Contudo, essa intervenção estatal no plano educacional, delimitando a abrangência do direito dos pais de educarem seus filhos, deve ser feita tão-somente nas expressas hipóteses em que a Constituição autoriza, não se afigurando possível levar a cabo uma interpretação extensiva, uma vez que o direito dos pais de educação dos filhos, por se qualificar como um direito fundamental, deve ser interpretado de forma ampla, por conta do princípio hermenêutico da *máxima efetividade* do direito fundamental³⁶, sob pena da atuação (indevida) estatal esvaziar o núcleo desse direito fundamental dos pais, transformando a exceção em regra, e o papel do Estado de *cooperador* para *substituto* dos pais na educação dos filhos.

3. Educação sexual nas escolas

3.1 Educação sexual como conteúdo da responsabilidade parental

A educação sexual é um dos conteúdos da responsabilidade parental de educação (ao lado da educação religiosa, profissional, moral, cívica etc.), decorrendo daí o direito-dever de os pais educarem sexualmente os seus filhos. Embora tenha muitos pontos em contato com a educação religiosa³⁷, com ela não se confunde, porquanto um modelo de educação sexual pode ser basear exclusivamente em fundamentos filosóficos, culturais ou ideológicos, independente dos ensinamentos da religião.

A doutrina portuguesa pouco escreveu sobre a educação *sexual* como decorrência da responsabilidade parental. No entanto, as premissas firmadas em linhas pretéritas, a respeito do modelo constitucional português de autonomia parental

³⁷ O art. 1.886º do Código Civil português estatui que “pertence aos pais decidir sobre a educação religiosa dos filhos menores de dezesseis anos.” De igual forma, a Lei portuguesa n. 16/2011, que trata da liberdade religiosa, preconiza em seu art. 11º que “os pais têm o direito de educação dos filhos em coerência com as próprias convicções em matéria religiosa, no respeito da integridade moral e física dos filhos e sem prejuízo da saúde destes.” Na Alemanha, a propósito, há uma lei específica de educação religiosa de crianças (RelKErzG), do ano de 1921 (ainda vigente). De um modo geral, a legislação europeia reconhece que a educação religiosa das crianças é um elemento da educação geral cuja responsabilidade cabe aos pais, mas tem colocado ênfase nas próprias escolhas do menor, criando o conceito de “maioridade religiosa”, distinta da “maioridade civil”, como na Alemanha, em que a criança a partir dos 14 anos pode fazer a sua escolha religiosa, e aos 12 anos a criança não pode ser forçada a uma prática religiosa diferente daquela que já conhece. (Cfr. François BOULANGER, *Droit Civil de la Famille*, tome II, Paris: Economica, 1994, p. 294). De modo geral, são os pais que escolhem a religião, e decidem sobre o ensino e a prática. (Cfr. Rosa Andreia MARTINS, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, cit., p. 211; Maria de Fátima Abrantes DUARTE, *O poder paternal. Contributo para o estudo do seu actual regime*, cit., p. 68; Armando LEANDRO, “Poder paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária”, in *Temas de Direito de Família*, Coimbra: Almedina, 1986, p. 125; Joachim GERNHUBER / Dagmar COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., p. 1.005; Alexander LÜDERITZ, *Familienrecht*, cit., p. 353; Othmar JAUERNIG, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12ª ed., München: Beck, 2007, p. 1.645; Philippe MALAURE / Hugues FULCHIRON, *La Famille*, cit., p. 517).

³⁴ Ou seja, os pais têm tanta autonomia quanto a lei lhes permite. (Cfr. Michael FREEMAN, “The best interests of the child? Is the best interests of the child in the best interests of Children?”, *International Journal of Law, Policy and Our Family* 11, 1997, pp. 360 a 388, especialmente p. 371).

³⁵ Cfr. João Carlos Simões Gonçalves LOUREIRO, “Depois das cegonhas: pais, escolas e educação sexual”, cit., pp. 55-56.

³⁶ Sobre o princípio da máxima efetividade, consultar: Gomes CA-NOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224; Jorge MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, Tomo II, 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 260.

na educação dos filhos, aplicam-se também à educação sexual, que é uma das formas de educação. Posta assim a questão, cabe aos pais definir e dirigir a melhor forma de educação sexual de seus filhos³⁸, transmitindo-os as suas convicções e valores pessoais sobre a temática da sexualidade, inclusive sobre a questão de orientação sexual³⁹ (heterossexual, homossexual, bissexual, não-binário ou outros) e da definição do que seja homem e mulher (critério biológico ou social, por exemplo).

Entrementes, como a educação (inclusive sexual) visa a progressiva autonomia dos filhos⁴⁰, cabe aos pais, ao levar a cabo a educação sexual, fazê-la de forma dialogada e participativa⁴¹, levando

em conta a opinião dos menores (mas de acordo com a sua idade e maturidade)⁴², e pensando prioritariamente no melhor interesse deles. Fincada essa premissa, revela-se imperioso um *modelo cooperativo*, em que os pais instruem e dirijam os seus filhos no diálogo e num ambiente saudável e tolerante, podendo os pais influenciar e persuadir os seus filhos a seguir as suas convicções pessoais sobre a educação sexual, mas abrindo espaço à liberdade de escolha (quando presente maturidade e discernimento do menor), o que difere completamente de um *modelo autoritário*, em que os pais usam de violência física e emocional para forçar os filhos a adotarem suas convicções.

³⁸ Nesse mesmo pensamento: Fernando Andrade Pires de LIMA / João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, cit., p. 352; Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., p. 831; Armando LEANDRO, “Poder paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária”, cit., pp. 125-126; Maria de Fátima Abrantes DUARTE, *O poder paternal. Contributo para o estudo do seu actual regime*, cit., p. 91; Helena BOLIÉIRO / Paulo GUERRA, *A criança e a família — uma questão de direitos*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 182; Othmar JAUERNIG, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 1.646.

³⁹ Nessa toada, rechaça-se qualquer tentativa do Estado de impor aos pais nesse domínio sexual a adoção de uma educação pluralista e avalorativa para com os filhos. (Cfr. Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., p. 831)

⁴⁰ A formação progressiva da maturidade da personalidade da criança corresponde a uma limitação cada vez mais intensa do conteúdo da função educativa dos pais (Cfr. Francesco RUSCELLO, *La potestà dei genitori, Rapporti personali*, cit., p. 44), ocorrendo a “evaporação gradual” do cuidado parental. (Cfr. COESTER, Michael / PESCHEL-GUTZEIT, Lore Maria / COESTER LL.M., Michael / SALGO, Ludwig, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., p. 542). Nesse rumo, os pais deverão conceder, progressivamente, cada vez maiores espaços de autonomia aos filhos, dirigindo cada vez menos a sua educação. (Cfr. Rosa Andreia MARTINS, “Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, *Revista Portuguesa de Direito de Família*, Coimbra, a.5, n.10, 2008, Coimbra Editora, pp. 25 a 40, especialmente p. 27).

⁴¹ Art. 1.878º-2, do Código Civil: “Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem *ter em conta a sua opinião* nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.” (grifos nossos). Inobstante caiba aos pais a determinação do melhor interesse das crianças, como a responsabilidade parental envolve também a promoção da autonomia dos filhos, não podem os pais fazer apenas funcionar a sua própria

avaliação desse interesse, devendo estimular a participação ativa do filho (“ter em conta a sua opinião”), sob pena dos pais anularem por completo o desenvolvimento da personalidade dos filhos (Cfr. Rosa Andreia MARTINS, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, cit., p. 177). Assim, a participação das crianças é um direito essencial para a consideração do que é do melhor interesse da criança (Cfr. Marta Santos PAIS, “Child participation”, *Documentação e direito comparado*, Lisboa, n. 81/82, 2001, pp. 91 a 101, especialmente p. 100).

⁴² “Ter em conta” a opinião dos filhos menores, não significa subordinar todas as decisões dos pais aos desejos dos menores, que ainda podem ser confusas, contraditórias ou talvez irrealistas (Cfr. Massimo DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, vol. VI, t. 2, Milano: Giuffrè, 2006, p. 271), podendo prejudicá-las. “Ter conta” as opiniões da criança significa que elas não devem ser ignoradas; mas também significa que as opiniões da criança não devem ser simplesmente endossadas (Cfr. Marta Santos PAIS, “Child participation”, cit., p. 95), vale dizer, não se pretende que seja a criança a decidir, pois são os pais quem efetivamente tomam a decisão, mas tão-somente envolvê-la no processo de decisão. (Cfr. Rosa Andreia MARTINS, “Responsabilidades parentais no século XXI...”, cit., pp. 35 e 38). Por isso que se torna vital que a opinião, o sentimento e o desejo da criança sejam razoavelmente e objetivamente valiosos, com mínima coerência e racionalidade, fruto de conhecimento mínimo da realidade e da experiência da vida, longe de utopias e caprichos, e com previsibilidade das possíveis consequências da decisão. (Cfr. Francisco Rivero HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, cit., pp. 150 e 298), tanto que o referido art. 1878º-2, ao assegurar o direito de participação dos filhos, o faz condicionando “de acordo com a maturidade dos filhos.”

3.2 Educação sexual nas escolas como meio para atingir objetivos constitucionais

Consoante já reproduzido, o art. 43º-2, da Constituição da República Portuguesa, prescreve que “o Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas.” O texto constitucional se aproxima do teor do Protocolo n.º 1 adicional à Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁴³ e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)⁴⁴.

Diante disso, resta proibido, no plano de ensino público (escolas públicas), a doutrinação oficial mediante a programação ideológica dos planos e programas escolares⁴⁵. No entanto, enquanto nas escolas públicas prevalece a regra da não confessionalidade (por conta da laicidade e neutralidade do Estado), nas escolas não públicas pode haver a opção por esta ou aquela diretriz filosófica, estética, política, ideológica ou religiosa. Em outras palavras: nas escolas públicas, o Estado deve abster-se de impor, e nas escolas não públicas deve abster-se

de impedir qualquer orientação confessional”.⁴⁶ Nota-se que, pelo texto constitucional, a neutralidade do Estado não é apenas de ordem religiosa, antes compreende também as visões do mundo não religiosas (filosóficas, políticas e ideológicas)⁴⁷.

É por essa razão que a Corte Europeia dos Direitos Humanos, fulcrada no supracitado art. 2º do Protocolo n.º 1 adicional à CEDH, manifestou-se no sentido de que os pais podem exigir que o Estado respeite suas convicções religiosas e filosóficas⁴⁸, sendo que o dever de respeito à convicção dos pais abrange as escolas públicas (o só fato de existir a alternativa de escolas não públicas não é suficiente para garantir o respeito das convicções dos pais), e incide transversalmente sobre todo o currículo escolar (e não apenas em uma disciplina específica)⁴⁹.

Desse modo, poder-se-ia, em tese, argumentar que os pais poderiam recusar qualquer conteúdo ministrado nas escolas públicas, se contrariasse suas convicções ideológicas, religiosas ou filosófi-

⁴³ Art. 2º: “A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.”

⁴⁴ Art. 12º-4: “Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.”

⁴⁵ Cfr. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 626. Deveras, “há uma variante da escola pública (de projecto educativo de Estado) que está hoje constitucionalmente excluída: a escola doutrinária. Restará, logicamente, a possibilidade de uma escola neutra.” (Cfr. Mário Fernando de Campos PINTO, “Liberdades de aprender e de ensinar: escola privada e escola pública”, *Análise Social*, vol. 28, n. 123/124, 1993, pp. 753-774, especialmente p. 755). Sobre a “doutrinação” do Estado, eis o magistério de PIEROTH / SCHLINK: “se verifica violação do pensamento quando o Estado influencia, endoutrinando, a formação e a existência de convicções religiosas, ideológicas e morais.” (Cfr. Bodo PIEROTH / Bernhard SCHLINK, *Direitos fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 253)

⁴⁶ Cfr. Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., p. 935. Em virtude dessa autonomia das escolas não públicas, Mário PINTO conclui “que só a escola privada possui potencialidades para exprimir verdadeiros e próprios projectos educativos. Verdadeiros e próprios projectos educativos, visto que não têm a limitação da neutralidade que impende sobre a escola pública e lhe mutila insanavelmente o alcance educativo.” (Cfr. “Liberdades de aprender e de ensinar: escola privada e escola pública”, cit., p. 772)

⁴⁷ Cfr. Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, “A Liberdade de Expressão entre o Naturalismo e a Religião”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 84, 2008, pp. 89 a 188, sobretudo p. 165. O referido autor vai além em sua argumentação, afirmando que, “se o Estado não pode oficializar uma determinada perspectiva religiosa, também não pode oficializar um determinado paradigma científico, mesmo que dominante”, pois “um Estado verdadeiramente neutro deve impedir qualquer tentativa de instrumentalizar o Estado para proceder não apenas a doutrina numa dada doutrina religiosa, mas também a doutrinação cientista e materialista. A melhor maneira de o fazer é admitir a pluralidade de perspectivas.” (Cfr. *ob. e loc. cit.*, pp. 155 e 159, respectivamente)

⁴⁸ Caso *Dojan* e outros c. Alemanha, de 13 de setembro de 2008.

⁴⁹ Caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen* c. Dinamarca, de 07 de dezembro de 1976.

cas. Todavia, conforme arrazoa Jorge MIRANDA⁵⁰, “a não confessionalidade do ensino público significa que o ensino público se não identifica com nenhuma religião, convicção, filosofia ou ideologia; não significa que as religiões, as convicções, as filosofias ou as ideologias não devam ter expressão no ensino público. O Estado não pode impor nenhuma; pode permitir — deve permitir — todas, em liberdade e igualdade. O que a Constituição pretende é evitar a unicidade da doutrina de Estado; não é — sob pena de se pôr em causa a própria educação e cultura — evitar a presença da religião, da filosofia, da estética, da ideologia nas escolas. Nem se compreenderia que, numa sociedade pluralista, o pluralismo não entrasse igualmente nas escolas.”⁵¹

Nesse mesmo rumo, consoante magistério de João Carlos LOUREIRO, a proibição de programação estatal não significa que algum conteúdo do currículo escolar não possa ser controverso do ponto de vista moral ou religioso (como a educação sexual); entretanto, a intervenção neste domínio tem de fundar-se em valores constitucionalmente protegidos e observar o princípio da proibição do excesso, garantindo-se quanto possível apresentar de forma objetiva e imparcial as questões, evitando-se a “doutrinação”.⁵²

Com efeito, a missão constitucional da escola não é limitada à mera transmissão de conhecimen-

tos visando a qualificação profissional do estudante (“ensino”). Conforme se infere do supracitado art. 73º-2 da CRP, é missão da escola transformar cada criança em um membro da sociedade responsável por si mesmo⁵³, ou seja, o Estado também tem a tarefa de “educação”, e não só a de “ensino”.

Por conta disso, a Corte Europeia dos Direitos Humanos firmou jurisprudência sólida no sentido de que é impossível exigir do Estado que exclua do currículo escolar todo e qualquer conteúdo que possa conflitar com a convicção religiosa ou filosófica dos pais, de modo que nem toda discordância dos pais fundada em convicções religiosas ou filosóficas é suficiente para afastar a obrigatoriedade da disciplina⁵⁴, embora se constate a existência da primazia de admissão de argumentos ideológicos e morais nas escolas⁵⁵, em detrimento de argumentos de cunho religioso não confessional⁵⁶, quando de-

25

⁵³ Nessa toada posicionou-se o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao decidir sobre a possibilidade de educação sexual nas escolas públicas alemãs, por ser uma missão constitucional educacional do Estado, e não apenas dos pais. (BVerfGE 47, 46-85, de 21 de dezembro de 1977)

⁵⁴ Casos *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, de 07 de dezembro de 1976 e *Appel-Irrgang* e outros c. Alemanha, de 06 de outubro 2009. Neste último caso citado, declarou a Corte: “a segunda frase do Artigo 2º do Protocolo não impede os Estados de divulgar, através do ensino ou educação, informação ou conhecimento que possuem, diretamente ou não, de caráter religioso ou filosófico. Não autoriza, nem mesmo os pais, a opor-se à integração desse ensino ou educação no programa escolar, sem o que qualquer ensino institucionalizado correria o risco de ser inviável. Parece, na verdade, é muito difícil para um certo número de disciplinas ensinadas na escola não ter, perto ou longe, uma tonalidade ou incidência de natureza filosófica.”

⁵⁵ Jónatas MACHADO escreve que as concepções ideológicas filosóficas naturalistas, materialistas e ateístas, que se movem nos meandros das várias disciplinas curriculares, fazem com que, em última análise, nenhum ensino ministrado nas escolas públicas possa reclamar uma absoluta neutralidade “mundivisional”. (Cfr. “A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006, pp. 112 a 113)

⁵⁶ Miguel Assis RAIMUNDO relata que parece resultar de algumas decisões da CEDH que este mais facilmente aceita que sejam conteúdos obrigatórios, no currículo escolar, conteúdos de natureza moral, do que conteúdos de natureza religiosa. (Cfr. “Direito à ins-

⁵⁰ Cfr. Jorge MIRANDA, “Estado, Liberdade religiosa e laicidade”, *Gaudium Sciendi*, nº 4, 2013, pp. 20-48, notadamente p. 46.

⁵¹ De fato, a educação não pode ocorrer em um vácuo espiritual e moral: é inevitável que haja uma cosmovisão implícita, seja ela consagrada ou não em lei. (Cfr. Ian LEIGH, “Objective, critical and pluralistic? Religious education and human rights in the european public sphere”, in *Law, state and religion in the new europe*, Lorenzo Zucca e Camil Ungureanu [coord.], Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 210).

⁵² Cfr. “Depois das cegonhas: pais, escolas e educação sexual”, *cit.*, p. 56. E conclui o citado autor: “Proibido é, pois, que estas abordagens se transformem em formas de doutrinação, assentes em cartilhas, quer estas sejam de matriz religiosa, quer secularistas ou laicistas. Contudo, é verdade que, em concreto, a linha divisória entre doutrinação e educação está longe de ser fácil de traçar.” (Cfr. *ob. e loc. cit.*)

ver-se-ia conferir tratamento isonômico⁵⁷, sobretudo quando os argumentos religiosos basearem-se em fundamentos racionais (e não apenas metafísicos), a exemplo de fatos históricos e culturais⁵⁸, e sem o intuito confessional (proselitismo)⁵⁹.

trução”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e dos Protocolos Adicionais*, Paulo Pinto de Albuquerque (organizador), vol. III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019, pp. 2.225-2.226). Nessa mesma direção, Jónatas MACHADO aduz que “apesar de o Estado não confessional estar constitucionalmente obrigado a adoptar uma postura de neutralidade religiosa, filosófica e ideológica, isso não se consegue removendo pura e simplesmente a religião da escola pública ao mesmo tempo que se deixa a filosofia e a ideologia tomarem conta das diversas áreas do saber”. (Cfr. “A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa”, *cit.*, p. 115).

⁵⁷ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA doutrinam que, se de um lado o ensino não pode identificar-se nem pautar-se pelo proselitismo religioso, de outro lado também não deve voltar-se pela perspectiva antirreligiosa. (Cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *cit.*, p. 627). Nessa mesma visão, Jónatas MACHADO lembra que, não obstante o Estado laico (ou não confessional) não possa assumir e promover diretrizes de natureza religiosa, também lhe está vedado assumir-se como Estado promotor do ateísmo ou do laicismo. (Cfr. “A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa”, *cit.*, pp. 112-114).

⁵⁸ Nesse diapasão, Jónatas MACHADO aduz que algumas religiões alegam que as suas proposições de fé acerca da existência do sobrenatural se apoiam em fatos efetivamente ocorridos, observados de forma detalhada por indivíduos. Quando assim o é, a religião pode ser objeto de exposição em termos racionais e intersubjetivamente válidos, podendo enfrentar no mesmo terreno epistemológico outras visões do mundo ou mesmo teorias científicas e relatos históricos. (Cfr. “Liberdade de pensamento, de consciência e de religião”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e dos Protocolos Adicionais*, Paulo Pinto de Albuquerque (organizador), vol. III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019, p. 1652).

⁵⁹ Não se deve confundir laicismo com laicidade estatal. Conforme esclarece Jorge MIRANDA, “laicidade significa não assunção de tarefas religiosas pelo Estado e neutralidade, sem impedir o reconhecimento do papel da religião e dos diversos cultos. Laicismo significa desconfiança ou repúdio da religião como expressão comunitária e, porque imbuído de pressupostos filosóficos ou ideológicos (o positivismo, o cientismo, o livre pensamento ou outros), acaba por pôr em causa o próprio princípio da laicidade.” (Cfr. “Estado, liberdade religiosa e laicidade”, *cit.*, p. 28). Nessa linha, como sublinhou a Suprema Corte norte-americana, o fato de que um Estado ser laico não significa ser um Estado ateu ou anti-religioso (*County of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573, 1989). Por isso que o princípio da laicidade do Estado não tem nada a ver com indiferentismo religioso por parte dos poderes públicos. (Cfr. J.J. Gomes CANOTILHO / Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, “Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa”, *Revista do Ministério Público*, Ano 16, nº 64, pp. 29 a 30). Trilhou nesse mesmo

No entanto, embora se afigure possível, em tese, veicular conteúdo de natureza moral ou ideológica nas escolas, ainda que isso possa contrariar as convicções dos pais e dos filhos, a Corte Europeia dos Direitos Humanos definiu critérios a serem cumpridos⁶⁰, de modo que a informação veiculada deva ter o intuito meramente *informativo*, e não “formativo” (*doutrinação*)⁶¹. Para tanto, a informação deve ser disseminada com conteúdo: (i) *objetivo* (distanciamento e imparcialidade do conteúdo abordado); (ii) *crítico* (levar os alunos a pensarem por si próprios); (c) *pluralista* (divulgação de outras visões do mundo sobre o tema). Cumprido tais critérios, abrir-se-ia a possibilidade da abordagem de temas relativos à educação sexual nas escolas públicas, consoante precedentes da Corte Europeia dos Direitos Humanos⁶², do Supremo Tribunal Es-

caminho o Tribunal Constitucional português, manifestando-se no sentido que “a separação e a não confessionalidade implicam a neutralidade religiosa do Estado, mas não já o seu desconhecimento do facto religioso enquanto facto social.” (Acórdão nº 423/87).

⁶⁰ Caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, 7 de dezembro de 1976; Caso *Folgero e Others c. Noruega*, de 29 de junho de 2007; Caso *Dojan* e outros c. Alemanha, de 13 de setembro de 2008.

⁶¹ Como assentou a Corte Europeia, o Estado está proibido de perseguir um objetivo de doutrinação que pode ser considerado como não respeitoso das convicções religiosas e filosóficas dos pais, de modo que esse é o limite que não deve ser ultrapassado. (caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, de 07 de dezembro de 1976). Ressalta-se que a distinção entre doutrinação e educação é de meta, e não de método. (Cfr. Adela Cortina ORTS, *El quehacer ético: guía para la educación moral*, Madrid: Santillana, 1996, p. 69).

⁶² À guisa de ilustração, no caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, este país, no ano de 1970, introduziu a disciplina obrigatória de educação sexual nas escolas públicas como parte do currículo nacional, cujo objetivo era reduzir o aumento da prevalência de gravidez indesejada e promover o respeito pelos outros. Os pais de alguns alunos não estavam convencidos de que o fornecimento de educação sexual obrigatória estava em conformidade com suas convicções, levando a questão até a Corte Europeia. Contudo, o tribunal, rejeitando a pretensão dos pais, entendeu que o exame da legislação não constituiria uma tentativa de doutrinação tendendo a *defender um determinado comportamento sexual*, pois a legislação não se dedicara a exaltar o sexo ou a encorajar os alunos a se envolverem em práticas iniciais perigosas para o equilíbrio, saúde ou seu futuro, ou repressível para muitos pais. Além disso, afirmou-se que os objetivos da legislação eram principal-

panhol⁶³ e do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha⁶⁴, bem como posição de doutrina qualificada portuguesa.⁶⁵

A par desses parâmetros, impõe-se, ainda, a nosso ver, a observância de mais dois critérios para veiculação de assuntos referentes à educação sexual nas escolas públicas, critérios estes que defluem da própria fundamentação dos mencionados precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos, a

mente alertar os alunos sobre a “frequência excessiva de nascimentos fora do casamento, abortos induzidos e venéreo doenças”, e informar os alunos sobre “como cuidar de si próprios e mostrar consideração por outros a esse respeito”. Asseverou-se que, embora seja de caráter moral, esse conteúdo também é de *público interesse* e, portanto, inconsistente com a doutrinação. Nessa mesma diretriz, no caso *Dojan* e outros c. Alemanha, a Corte concluiu que “não havia nenhuma indicação de que a educação fornecida tinha posto em causa a educação sexual dos pais dos seus filhos com base nas suas convicções religiosas ou que as crianças tinham sido influenciadas a aprovar ou a rejeitar comportamento sexual específico contrário às convicções religiosas e filosóficas de seus pais.”

⁶³ O Supremo Tribunal da Espanha entendeu que a compatibilidade de conteúdos morais nas escolas, como a educação sexual, será possível desde que a exposição dessa diversidade seja feita com neutralidade e sem doutrinação, apresentando as diferentes concepções, sem pressões dirigidas a captar vontades a favor de nenhuma delas. Para tanto, firmou-se o entendimento segundo o qual o ensino deve se desenvolver com sentido crítico, deixando clara a possibilidade do aluno submeter cada uma dessas diferentes concepções à sua reflexão e critérios pessoais. (STS nº 340/2009, de 11/02/2009)

⁶⁴ Assim se pronunciou a Corte tedesca: “Contrariamente a uma concepção nesse sentido defendida na literatura jurídica, a missão escolar e educacional da escola também não é limitada somente à transmissão de conhecimentos. Esta missão do Estado, que o art. 7, I, GG pressupõe, tem também, ao contrário, como conteúdo atuar na transformação de cada criança em um membro da sociedade responsável por si mesmo. Por isso, as tarefas da escola dão-se também na área da educação. [...] Assim, não se pode proibir ao Estado que este considere a educação sexual como importante elemento da educação total de um indivíduo jovem. Disso faz parte também proteger e alertar as crianças contra ameaças de cunho sexual. A partir de todos esses motivos, não se poderá levantar nenhuma objeção fundamental constitucional quando o Estado fizer do tema da sexualidade humana objeto de aula na escola [...] mas a escola deve abster-se de qualquer tentativa de doutrinar os jovens.” (BVerfGE 47, 46-85, de 21 de dezembro de 1977)

⁶⁵ Cfr. Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., p. 831; Maria de Fátima Abrantes DUARTE, *O poder paternal. Contributo para o estudo do seu actual regime*, cit., p. 90; João Carlos Simões Gonçalves LOUREIRO, “Depois das cegonhas: pais, escolas e educação sexual”, cit., p. 56. Porém, tais autores reforçam a necessidade do caráter de *informação* da educação sexual, e não de doutrinação.

saber: (i) interesse público relevante sobre o conteúdo a ser transmitido; (ii) divulgação do conteúdo aos pais, ao menos *a posteriori*, para controle.

Primeiro, mister se faz a presença de *interesse público relevante*, por parte do Estado, para transmitir qualquer conteúdo sobre educação sexual nas escolas públicas. Como bem escreveu João Carlos LOUREIRO, “a educação sexual não se limita à transmissão de um conjunto de conhecimentos de anatomia e de fisiologia da reprodução, nem sequer à apresentação de elementos relativos às DST — doenças sexualmente transmissíveis — e dos meios contraceptivos disponíveis. Integra um domínio profundamente marcado pelos valores, em que estão em causa elementos de formação da própria identidade e que não são alheios às mundividências.”⁶⁶

Por conseguinte, como a educação sexual também toca no âmbito da moral (concepção do que é “certo ou errado”⁶⁷), e como se imputa ao Estado um estrito dever de neutralidade ética e moral⁶⁸, em situações de desacordo moral (como em muitos pontos da educação sexual), o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão específica, mas permitir que os indivíduos realizem escolhas autônomas, valorizando a autonomia individual e não o moralismo jurídico⁶⁹.

⁶⁶ Cfr. “Depois das cegonhas: pais, escolas e educação sexual”, cit., p. 45. E arremata: “o território da sexualidade pessoal é um campo que pertence à reserva de intimidade da vida privada, em que há um conjunto de opções que são nucleares e em que deve garantir a não-programação pelo Estado.”

⁶⁷ Sobre o conceito de moral, conferir: Miguel Teixeira de SOUSA, *Introdução ao Direito*, Lisboa: Almedina, 2020, p. 79.

⁶⁸ Cfr. José Alberto LAMEGO, “Sociedade aberta” e liberdade de consciência — o direito fundamental da liberdade de consciência, Lisboa: AAFDL, 1985, p. 39.

⁶⁹ Cfr. Luís Roberto BARROSO, *Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 71. Contudo, havendo o cisma irreconciliável entre valores fundamentais acerca do conteúdo dos direitos humanos, deve ser dar prevalência aos valores geralmente

Logo, nesse campo sensível e tormentoso, que envolve a questão dos valores na educação sexual, em regra, não cabe ao Estado atuar nesse assunto através das escolas públicas, sob pena de substituir-se (indevidamente) aos pais na educação de seus filhos⁷⁰ e de violar a neutralidade estatal ideológica que a Constituição determina, salvo quando estiver em jogo o fim de atingir *objetivos constitucionais educacionais* expressos na Constituição, como previstos no art. 73º-2 da CRP, segundo o qual o Estado deve promover as condições para que a educação contribua para a (i) igualdade de oportunidades, (ii) a superação das desigualdades econômicas, sociais e culturais, (iii) o desenvolvimento do espírito de tolerância, (iv) de compreensão mútua, (v) de solidariedade e de (vi) responsabilidade, intentando o progresso social e a participação democrática na vida coletiva. Nesses expressos escopos, para assegurar *valores constitucionalmente protegidos*, se afigura legítima a atuação estatal por meio das escolas públicas, desde que disseminado o conteúdo, sempre, com cunho *informativo*, e não doutrinador.⁷¹

aceitos pela maioria da população do Estado em causa. (Corte Europeia dos Direitos do Homem, caso *S.A.S. c. França*, de 11 de abril de 2011)

⁷⁰ Em matéria de educação das crianças e jovens, o Estado não pode arvorar-se em *pater patriae* substituindo as perspectivas dos pais e encarregados de educação, na medida em que estes não ponham em causa dimensões essenciais do bem-estar físico e psíquico dos seus filhos. (Cfr. Jónatas MACHADO, “A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa”, *cit.*, p. 116). Em outras palavras: o papel do Estado é apenas de colaborador dos pais na educação dos filhos, e não de substituto dos pais. (Cfr. João de Matos Antunes VARELA, *Direito de Família, cit.*, p. 67).

⁷¹ Observa-se que no caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, *leading case* em que a Corte Europeia dos Direitos Humanos posicionou-se pela admissibilidade de conteúdo de educação sexual em escolas públicas, examinou-se os fins estatais perseguidos através da disciplina de educação sexual, concluindo aquela Corte que os objetivos daquela legislação dinamarquesa eram principalmente alertar os alunos sobre a “frequência excessiva de nascimentos fora do casamento, abortos induzidos e venéreo doenças”, e informar os alunos sobre “como cuidar de si próprios e mostrar consideração por outros a esse respeito”, caracterizando, assim, *interesse público* para transmissão do conteúdo.

É necessário, ainda, que o Estado *forneça e divulgue aos pais*, ao menos *a posteriori*, o conteúdo de educação sexual ministrado aos menores nas escolas públicas, pois, só assim, os pais poderão levar a efeito o controle de observância dos critérios do ensino da educação sexual (caráter meramente informativo, e não doutrinador). Conforme reconheceu a própria Corte Europeia de Direitos Humanos, ao admitir a educação sexual nas escolas públicas, “o abuso pode ocorrer na forma como uma escola ou professor determinados aplicam os textos em vigor, devendo as autoridades competentes assegurar, com o maior cuidado, que as convicções religiosas e filosóficas dos pais não sejam impedidos neste nível por imprudência, falta de discernimento ou proselitismo prematura.”⁷²

Esses critérios, que limitam o conteúdo de ensino dos professores nas escolas públicas sobre educação sexual, poderiam ser interpretados como violação ao princípio constitucional da liberdade de ensino na escola pública (art. 43º-1, CRP). Porém, como é cediço, nenhum direito (inclusive fundamental) é absoluto. Assim como o conteúdo do direito fundamental dos pais à educação dos filhos é limitado em face do dever constitucional estatal de promover conteúdo nas escolas para o desenvolvi-

⁷² Caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de dezembro de 1976. De igual forma, o Tribunal Constitucional Federal alemão, ao reconhecer a possibilidade do ensino de educação sexual nas escolas públicas alemãs, ressaltou que os “os pais têm direito à oportuna informação sobre os conteúdos e a abordagem metodológico-didática da educação sexual na escola.” (BVerfGE 47, 46-85, de 21 de dezembro de 1977). Nesse caminho, Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS também alertam: “não é possível, ainda assim, ignorar que, no plano dos factos, existe um sério risco de que, seja por via do conteúdo oficial do programa escolar da educação sexual aprovado, seja através dos docentes, na sua atividade concreta de leccionação, a educação sexual se torne um instrumento de doutrinação das crianças. É fundamental, por isso, que a aplicação da educação sexual nos estabelecimentos do ensino básico e do ensino secundário seja acompanhada de instrumentos procedimentais adequados a evitar ou, pelo menos, a minorar substancialmente esse risco.” (Cfr. *Constituição Portuguesa Anotada, cit.*, p. 831).

mento da cidadania dos alunos, ainda que esse tema possa ferir convicções dos pais, de igual modo, a liberdade de ensino nas escolas públicas em tema de educação sexual é delimitado em face do dever de neutralidade estatal⁷³, já que o próprio conceito de pluralidade de ideias no ensino tem que encontrar guarida dentro da própria Constituição.⁷⁴

Tudo isso que se discorreu até o momento diz respeito notadamente às escolas públicas. Isso porque, nas escolas *não públicas*, a Constituição por-

tuguesa garante o caráter confessional da escola⁷⁵. Com efeito, a liberdade de aprender e de ensinar (art. 43º-1, CRP), em conexão com o direito de criação de escolas particulares e cooperativas (art. 43º-4, CRP), aponta para um direito à liberdade de ensino, o qual, por sua vez, é densificado pelo direito de liberdade pedagógica e científica por parte dos órgãos diretivos dos estabelecimentos de ensino particular, o que implicará a abertura para ideários educativos próprios (“escolas de tendência”, “universidades confessionais”).⁷⁶

Nesse panorama, as escolas não públicas podem seguir uma orientação confessional específica (de ordem religiosa, filosóficas, ideológicas), o que moldará todo o currículo escolar, devendo escolher o conteúdo das aulas de acordo com essa diretriz adotada (desde que respeitado os critérios mínimos impostos pelo Estado⁷⁷), sendo vedado ao Estado se imiscuir na linha adotada pela escola não pública, inclusive em tema de educação sexual. Isto porque os alunos e os pais devem ser protegidos pela confiança que depositaram no tipo de escola escolhida, de forma que o conteúdo ministrado pelos professores seja realizado de acordo com as diretrizes da escola previamente conhecidas⁷⁸.

29

⁷³ Cfr.: Art. 43º-2, CRP. Violaria o postulado da igualdade permitir a limitação do direito fundamental dos pais na educação dos filhos, em prol do interesse da sociedade de formar bons cidadãos, e não permitir a limitação da liberdade de ensino da escola pública, se esta mirasse a doutrinação (e não mera informação objetiva, crítica e plural), desrespeitando as convicções dos pais e dos filhos, em afronta direta à Constituição. A propósito, não se deve olvidar a existência da primazia da liberdade de aprender em detrimento da liberdade de ensinar, conforme tese de Mário PINTO, haja vista que a liberdade de ensinar só ganha sentido em função da liberdade de aprender, sendo que a “liberdade de ensinar se deve considerar como uma liberdade que tem o sentido de (exprimindo embora uma liberdade pessoal do ensinante) servir a liberdade daquele que quer aprender.” (Cfr. “Liberdades de aprender e de ensinar: escola privada e escola pública”, *cit.*, p. 764). De outro lado, para não ser injusto com a classe (nobre e aguerrida) dos professores (do qual faço parte com orgulho), fica aqui um registro: historicamente, os grandes desvios na educação, visando a doutrinação (sobretudo ideológica e política), se deram institucionalmente pelo Estado (política de Estado), e não individualmente pelos professores, por meio de leis e atos estatais gerais e abstratos regulando o conteúdo da educação voltada para uma determinada linha ideológica, como ocorreu, às escâncaras, nos Estados totalitários da primeira metade do século XX.

⁷⁴ De fato, na prática, a escola pública e os seus professores não podem fugir a opções que a Constituição proíbe ao Estado. (Cfr. Mário Fernando de Campos PINTO, “Liberdades de aprender e de ensinar: escola privada e escola pública”, *cit.*, p. 771). Nessa direção, Gianroberto VILLA advoga que a liberdade educacional, de um modo geral, encontra limitação nos princípios fundamentais do ordenamento jurídico, de onde se extrai uma espécie de mínimo ético essencial, visto que seria contraditório acreditar que a ação pedagógica pode legalmente ser dirigida contra os valores que se baseia a sociedade da qual o menor é parte integrante. (Cfr. Gianroberto VILLA, *La potestà dei genitori e rapporti con i figli*, Torino, 2007, p. 56). É por isso que, embora a liberdade de ensino signifique a liberdade dos professores de ensino de acordo com o seu saber ou sua orientação científica/pedagógica, essa liberdade deve ter com conta, por imperativos de coerência do sistema, os planos de estudos e os programas das disciplinas fixados em linhas gerais por lei. (Cfr. Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, *cit.*, p. 935)

⁷⁵ Escola confessional é aquela escola ao serviço de quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas. (Cfr. Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, *cit.*, p. 934)

⁷⁶ Cfr. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *cit.*, p. 628.

⁷⁷ O art. 43º-4 da CRP não consagra uma liberdade plena para as escolas não públicas (à exceção das escolas de formação de ministros de culto — art. 41º-5, CRP), haja vista que os interesses em jogo (dos alunos e do Estado para democratização da educação) justificam a necessidade de autorização ou de reconhecimento de interesse público, cabendo a lei estabelecer os requisitos que essas escolas devem satisfazer. Cfr. Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, *cit.*, p. 934.

⁷⁸ Cfr. Francesco RUSCELLO, *La potestà dei genitori, Rapporti personali*, p. 100. Aliás, naquele conhecido caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, em que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

4. O ensino sobre a identidade e a expressão do gênero nas escolas portuguesas

4.1 Teoria⁷⁹ do gênero

A teoria do gênero, em apertada síntese, sustenta que a definição de homem e mulher é uma construção social, onde cada indivíduo tem liberdade para autodeterminar-se e escolher o seu gênero. Para essa teoria, o homem e a mulher não se diferem pelo sexo, mas pelo gênero, o qual não possui base biológica, sendo apenas uma construção socialmente determinada, através da família, da educação e da sociedade.

Assim, para essa teoria, existe uma diferença entre sexo e gênero. Sexo consistiria nas diferenças biológicas entre homem e mulher. Gênero, por sua vez, seria o papel que ambos, homem e mulher, têm e exercem na sociedade. Ou seja: gênero é socialmente atribuído, não natural, pois a definição de homem e mulher são papéis definidos por cada sociedade.

Inicialmente, essa construção do gênero se iniciou com correntes feministas nos meados do século XX. Simone de BEAUVOIR, em 1949, escreveu que “ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico

define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam o feminino.”⁸⁰ Shulamith FIRESTONE, por sua vez, afirmou que “a meta definitiva da revolução feminista deve ser igualmente — ao contrário do primeiro movimento feminista — não apenas acabar com o privilégio masculino, mas também com a própria diferença de sexos. As diferenças genitais entre os seres humanos já não importariam culturalmente.”⁸¹

No entanto, a teoria do gênero, na forma como é disseminada em nossos dias, surgiu no início dos anos 1990, na obra “Gender, Trouble, Feminism and Subversion of Identity”, de Judith BUTLER, que defendeu a abolição da diferenciação sexual. A referida escritora consignou que “o gênero é uma construção cultural; por isso não é nem resultado causal do sexo, nem tão aparentemente fixo como o sexo”, de modo que “homem” e “mulher” seriam apenas papéis sociais flexíveis, que cada um representaria como e quando quisesse, independentemente do que a biologia determine como genética masculinas e femininas.⁸²

A partir de então, começou-se os estudos sobre o gênero, no sentido de que a definição de homem e mulher não é uma realidade natural (biológica), mas sim construída no meio social, tendo sido introduzida a expressão gênero nas Conferências da Mulher da ONU na última década do século XX. Registra-se que, prefacialmente, pelas correntes feministas, a palavra gênero foi utilizada como ins-

admitiu a possibilidade de transmissão do conteúdo de educação sexual nas escolas públicas, um dos argumentos para tal admissão fora de que o Estado dinamarquês reservara um recurso importante aos pais que, em nome de sua fé ou de suas opiniões, quisesse retirar seus filhos da educação sexual integrada: deixou-os livres, para confiá-los a escolas particulares, sujeitos a obrigações menos estritas.

⁷⁹ A expressão “teoria”, por si só, já suscita intermináveis controvérsias. Como se verá mais adiante, há forte rejeição que o gênero se qualifique como “teoria”, sob o argumento de que deveria ser apenas uma “ideologia”. Como não é objetivo deste trabalho examinar qual seria a melhor concepção para definir o que seria “homem e mulher” (critério biológico ou social), manter-se-á, para fins didáticos, a expressão “teoria”, mas sem vinculação em termos científicos de que o gênero represente mesmo uma teoria.

⁸⁰ Cfr. Simone de BEAUVOIR, *O segundo sexo*. Tradução de Sérgio Milliet, vol. II, Lisboa: Quetzal Editores, 2015, pp. 13 a 14, publicado originalmente em 1949.

⁸¹ Shulamith FIRESTONE, *The Dialectic of Sex: The Case for Feminist Revolution*, New York: William Morrow and Company, 1970.

⁸² Judith BUTLER, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, London: Routledge, 1990, p. 6.

trumento de análise crítica da dominação masculina; no entanto, posteriormente, sobretudo a partir de 1990, a palavra gênero fora utilizada como variabilidade e flexibilidade sexual.⁸³

Em sentido diametralmente oposto, há corrente que rejeita completamente a teoria do gênero, lastreado em argumentos de cunho ideológicos, psicológicos, filosóficos, culturais e religiosos, entre outros.

À título de amostra, como argumentos de cunho *não religioso*, escreveu-se que, sob a alegação de que se pretende evitar discriminação e maior aceitação da diversidade, a “ideologia” de gênero pretende que a educação das crianças e dos adolescentes seja realizada sem a definição se são “meninos” ou “meninas”, para que façam essa escolha mais tarde, propondo a neutralidade no gênero.⁸⁴ Acontece que, o “menino” e a “menina”, segundo essa corrente, submetidos a esse tipo de “ideologia”, não saberão a qual das duas categorias pertencem, de forma que, a pretexto de resolver o problema da desigualdade, cria-se outro ainda mais grave, qual seja, o problema de identidade, em manifesto prejuízo das crianças⁸⁵.

⁸³ Maria das Dores Campos MACHADO relata que, mesmo no campo feminista, existe uma grande controvérsia sobre “o uso e os abusos” do conceito gênero. (Cfr. Maria das Dores Campos MACHADO, “O discurso cristão sobre a ‘ideologia de gênero’”, *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, 26-2, 2018, p. 2)

⁸⁴ Cfr. Verônica A. da Motta Cezar FERREIRA, “Parecer sobre a implantação da Ideologia de Gênero no Ensino Fundamental”, *Associação de Direito de Família e das Sucessões — ADEAS*, 2015, p. 16. Disponível em: http://adfas.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Ver%C3%B4nica-A.-da-Motta-Cezar-Ferreira-parecer-sobre-ideologia-de-g%C3%AAnero_22.01.2018.pdf. Consulta realizada em 26 de janeiro de 2018.

⁸⁵ Cfr., Regina Beatriz Tavares da SILVA / Augusto Cêzar Lukaszcheck PRADO / André Fernando Reusing NAMORADO, “Ideologia de gênero: visão totalitária que viola direitos constitucionais das crianças e dos adolescentes”, *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo: Associação de Direito de Família e das Sucessões, abr/jun. 2017, v. 12, pp. 10 a 29, sobretudo p. 17. Os mencionados autores, nessa mesma citação retro, reportam-se a uma pesquisa da *American College*

A par disso, Jorge SCALA sustenta que a “ideologia” de gênero é uma ideologia totalitária, pois a “sua pretensão é a de abarcar todos os aspectos da vida pessoal e social. É uma nova antropologia, que pretende criar um novo ser humano, para então expandir-se e informar a totalidade da vida social.”⁸⁶ E o citado autor ainda rechaça a qualificação do gênero como *teoria*, sob o argumento de que teoria é uma hipótese verificada experimentalmente, ao passo que uma *ideologia* é um corpo fechado de ideias que parte de um pressuposto básico falso, o que seria o gênero (uma ideologia), que construída à margem do fator biológico, jamais foi constatada empiricamente, não tendo sido apresentado sequer um caso concreto comprobatório, segundo afirma o aludido autor⁸⁷. Em suma, para essa linha de pensamento, “a pessoa humana, do ponto de vista da espécie, é macho ou fêmea; do ponto de vista

of Pediatricians, que seria uma das associações médicas de pediatria mais influentes dos EUA, no sentido de que “a crença de uma pessoa de ser algo que ela não é, na melhor das hipóteses, é um sinal de pensamento confuso. Quando um menino, biologicamente saudável, acredita que é uma menina, ou uma menina, biologicamente saudável, acredita que é um menino, existe um problema psicológico objetivo, que está na mente, não no corpo, e deve ser tratado dessa forma. Essas crianças sofrem de disforia de gênero, formalmente conhecida como transtorno de identidade de gênero, uma desordem mental.” (Cfr. Diagnostic and Statistical Manual of the American Psychiatric Association [DSM-V]. The psychodynamic and social learning theories of GD/GID have never been disproved). De outra banda, os mencionados autores também narram que, segundo o Manual Diagnóstico e Estatístico da *American Psychiatric Association* do ano de 2013, 98% dos meninos e 88% das meninas confusos com seu gênero aceitam o seu sexo biológico naturalmente ao passar pela puberdade. (Cfr. *ob. e loc. cit.*, p. 18, referindo-se à American Psychiatric Association: Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition, Arlington, VA, American Psychiatric Association, 2013, pp. 451 a 459)

⁸⁶ Cfr. Jorge SCALA, *Ideologia de gênero: o neototalitarismo e a morte da família*, São Paulo: Katechesis, 2011, p. 134. Nesse mesmo diapasão, Ives Gandra da Silva Martins, ao prefaciar o referido livro, destaca que o objetivo da “ideologia” de gênero “é alterar o conteúdo ôntico de conceitos genéricos, difundindo-o pela sociedade até convencê-la de que a adulteração corresponde ao verdadeiro sentido conceitual daquela palavra ou daquela ideia reinterpretada”. (Cfr. *ob. e loc. cit.*, p. 9)

⁸⁷ Cfr. Jorge SCALA, *Ideologia de gênero: o neototalitarismo e a morte da família*, *cit.*, p. 108.

biológico, homem ou mulher; e, do ponto de vista social, masculina ou feminina.”⁸⁸

Constata-se, também, inúmeros argumentos religiosos contrários à teoria do gênero, já que é inegável que a religião influencia o modo de comportamento das pessoas, inclusive no âmbito sexual⁸⁹. Dessa forma, por exemplo, os textos sagrados de três religiões monoteístas bem difundidos e enraizados na Europa (judaísmo, cristianismo e islamismo) rejeitam, segundo interpretação majoritária, a teoria do gênero, seguindo o critério biológico estabelecido por *Yahweh*, Deus ou *Allāh*.

Não vamos nos alongar na investigação dos fundamentos de ambas posições (critério biológico ou social) sobre a definição do que seja homem e mulher, pois pelos limites metodológicos deste ensaio, o exame da matéria restringe-se à análise jurídica, e não discutir a fundo perspectivas de outras áreas do saber (ideológicas, filosóficas, religiosas, culturais, antropológicas, biológicas, psicológicas, sociológicas, entre outras). Na verdade, ao abordar superficial e ligeiramente os argumentos favoráveis

e desfavoráveis acerca da teoria de gênero, pretendeu-se apenas demonstrar que o assunto não possui consenso moral ou científico na sociedade atual.

De todo modo, insta consignar que, se de um lado aqueles que adotam a concepção biológica têm que respeitar⁹⁰ as pessoas que adotam a concepção do gênero, já que em um Estado Democrático livre e plural os indivíduos têm o direito de autodeterminar-se, inexistindo um único padrão de estilo de vida⁹¹, de outro lado, nem toda manifestação de expressão contrária à concepção do gênero pode ser classificada como discurso de ódio (*hate speech*)⁹², tendo em vista que esse mesmo Estado Democrático também assegura a liberdade de

⁹⁰ Respeito este que inclui vedação de insultos, violência moral ou física e discriminação arbitrária. Cfr. Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, “A Liberdade de Expressão entre o Naturalismo e a Religião,” *cit.*, p. 179.

⁹¹ “As sociedades pluralistas atuais — isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante [...], conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma”. (Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho ductil: ley, derechos y justicia*, tradução de Marina Gercón, Madrid: Trotta, 1995, p. 13)

⁹² Jónatas MACHADO alerta a tendência, de alguns setores, para, com o intuito de promoverem as suas visões do mundo e perspectivas ideológicas, capturarem e usarem o princípio da igualdade para silenciar qualquer discurso que se afigure contrário às suas próprias perspectivas acerca da religião, da sexualidade e da igualdade de gênero. (Cfr. “A Liberdade de Expressão entre o Naturalismo e a Religião,” *cit.*, p. 179). Interessante também a assertiva e reflexão do Ministro Gilmar Ferreira Mendes da Suprema Corte brasileira: “em uma sociedade democrática e pluralista, é possível impor aos concidadãos determinada visão de mundo? E deixarmos de agir, falar ou se expressar com medo de discordar do que é taxado como ‘politicamente correto’? Vivemos a ditadura do politicamente correto. Há certo consenso dos estudiosos de que a utilização de tal expediente de controle social se daria no discurso da luta contra o ‘discurso do ódio’, ‘da intolerância’ e da ‘discriminação’, tal qual uma fórmula encontrada para manipular a massa em nome do multiculturalismo. Todavia, o prego civilizatório pago é demasiadamente alto frente à liberdade do pensamento, além de minar a capacidade de resistência da proteção aos valores socioculturais modernos. [...] totalitarismo das ideias no intuito de obrigar o outro a aceitar sua linha de pensamento.” (voto na ADI nº 4439, Tribunal Pleno, julgamento em 27/09/2017)

⁸⁸ Cfr. Verônica A. da Motta CEZAR-FERREIRA, “Parecer sobre a implantação da Ideologia de Gênero no Ensino Fundamental”, *cit.*, p. 18. Deveras, segundo Jorge SCALA, o ser humano, por designio da natureza, existe apenas em duas versões (homem e mulher), sendo manifesto que isso foi sempre assim e não existe motivo para pensar que se modifique, o que não afasta o fato de que existem pessoas que podem nascer com alterações (que as fazem sofrer e merecem respeito), mas, em todo caso, são as exceções que confirmam a regra. (Cfr. *Ideologia de gênero: o neototalitarismo e a morte da família*, *cit.*, pp. 108 e 114). Nesse rumo de ideia, Verônica Cezar FERREIRA sublinha que há homens mais sensíveis, e isso é tido como característica feminina em sua personalidade; há mulheres mais assertivas e combativas, o que é visto como característica masculina de sua personalidade, porém, nem aquela maior sensibilidade nem essa maior combatividade fazem do homem menos homem ou da mulher menos mulher. (Cfr. “Parecer sobre a implantação da Ideologia de Gênero no Ensino Fundamental”, *cit.*, p. 19)

⁸⁹ De fato, conforme magistério de Jónatas MACHADO, a crença religiosa pode manifestar-se nos mais variados domínios, como a orientação moral (v.g., concepção de família; relação homem e mulher; sexualidade; educação das crianças) ou a conduta ética (v.g., abstinência de tabaco, drogas, álcool, sexo). Cfr. “Liberdade de pensamento, de consciência e de religião”, *cit.*, p. 1.646.

expressão⁹³, que emerge da liberdade de consciência⁹⁴, a qual também encontra proteção no campo da sexualidade⁹⁵.

⁹³ Conforme precedente da Suprema Corte norte-americana, o direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões e interpretações supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias (*Kingsley Pictures Corp. c. Regents*, 360 U.S 684, 688-89, 1959). Nessa mesma direção, a Corte Europeia de Direitos Humanos afirmara, em diversos julgados, que a liberdade de expressão não vale só para as informações ou ideias acolhidas com favor ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que ferem, chocam ou inquietam, porquanto assim o exige o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não existe sociedade democrática (caso *Alves da Silva c. Portugal*, de 20 de outubro de 2009).

⁹⁴ Vale ressaltar que não têm as convicções, valorações ou crenças protegidas no âmbito da liberdade de consciência necessariamente natureza religiosa, integrando qualquer natureza, seja ela filosófica, ideológica ou qualquer outras. (Cfr. Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., p. 895)

⁹⁵ Jónatas MACHADO argumenta que a discussão de questões envolvendo a sexualidade, o gênero ou a orientação social podem ser livremente levada a cabo, numa sociedade pluralista, desde que não tenha como objetivo ou resultado imediato a promoção do ódio e da violência ou não se consubstancie num ato arbitrário de discriminação, pois uma coisa é a expressão motivada pelo ódio, e dirigida a fomentar o ódio, outra, bem diferente, é a simples expressão e confrontação de diferentes convicções, de base religiosa, política ou moral. Nessa medida, realça o autor, o importante é examinar se a intenção preponderante do arguido consistiu em divulgar e promover as suas convicções, ideias ou teorias, ou se, pelo contrário, o seu objetivo consistiu em provocar, insultar ou ameaçar, de forma inútil, gratuita e brutal, os seus interlocutores, ou apelar à violência. (Cfr. “A Liberdade de Expressão entre o Naturalismo e a Religião,” cit., pp. 141, 178, 179, 184 e 185). Em sentido semelhante decidiu recentemente o Plenário da Suprema corte brasileira: “A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulas ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados [...] desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.” (Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 13/06/2019).

4.2 A identidade e expressão de gênero nas escolas portuguesas

A lei portuguesa n.º 38/2018, promulgada em 31 de julho de 2018, tratou do direito à autodeterminação da identidade de gênero e expressão de gênero e à proteção das características sexuais de cada pessoa⁹⁶. O art. 12º do referido diploma legal trata da educação e do ensino, dispondo:

- 1 — O Estado deve garantir a adoção de medidas no sistema educativo, em todos os níveis de ensino e ciclos de estudo, que promovam o exercício do direito à autodeterminação da identidade de gênero e expressão de gênero e do direito à proteção das características sexuais das pessoas, nomeadamente através do desenvolvimento de:
- a) Medidas de prevenção e de combate contra a discriminação em função da identidade de gênero, expressão de gênero e das características sexuais;
 - b) Mecanismos de deteção e intervenção sobre situações de risco que coloquem em perigo o saudável desenvolvimento de crianças e jovens que manifestem uma identidade de gênero ou expressão de gênero que não se identifica com o sexo atribuído à nascença;
 - c) Condições para uma proteção adequada da identi-

⁹⁶ Cumpre anotar que a Corte Europeia dos Direitos Humanos, de um modo geral, reconhece a autonomia dos países para regulamentar o ensino público, de forma que há uma larga margem de apreciação ao Estado na construção dos currículos e demais aspectos do sistema educativo (caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca*; caso *Valamitis c. Grécia*; caso *Dojan e outros c. Alemanha*). Na verdade, há muita oscilação estatal sobre a inserção da expressão “gênero” nos currículos escolares, cuja decisão, frequentemente, fica ao sabor dos ideais seguidos pelo partido político que governa, como ocorreu com a Espanha, que no ano de 2004, no governo socialista, inseriu a expressão “gênero” em alguns documentos oficiais, mas que fora excluída a partir de 2011, com o advento do governo do partido popular, substituindo a expressão gênero por “mulheres” ou “igualdade”. (Cfr. Maribel Blázquez RODRÍGUEZ / Mónica Cornejo VALLE / José I. Pichardo GALÁN, “La disputa del género en el estado español desde el análisis del activismo católico”, *Ex aquo*, n.º 37, 2018, pp. 47-61, especialmente pp. 49-50). Fato semelhante ocorreu no Brasil, que no governo do Partido dos Trabalhadores (PT), no ano de 2014, tentou incluir a expressão “gênero” no Plano Nacional de Educação, mas que fora rejeitado pelo Congresso Nacional; doravante, a expressão “gênero” chegou a ser incluída na Base Nacional Comum Curricular, mas no ano de 2017, agora já no Governo do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), o Conselho Nacional de Educação suprimiu da terceira versão da BNCC o termo “gênero”.

dade de gênero, expressão de gênero e das características sexuais, contra todas as formas de exclusão social e violência dentro do contexto escolar, assegurando o respeito pela autonomia, privacidade e autodeterminação das crianças e jovens que realizem transições sociais de identidade e expressão de gênero; d) Formação adequada dirigida a docentes e demais profissionais do sistema educativo no âmbito de questões relacionadas com a problemática da identidade de gênero, expressão de gênero e da diversidade das características sexuais de crianças e jovens, tendo em vista a sua inclusão como processo de integração socioeducativa. 2 — Os estabelecimentos do sistema educativo, independentemente da sua natureza pública ou privada, devem garantir as condições necessárias para que as crianças e jovens se sintam respeitados de acordo com a identidade de gênero e expressão de gênero manifestadas e as suas características sexuais. 3 — Os membros do Governo responsáveis pelas áreas da igualdade de gênero e da educação adotam, no prazo máximo de 180 dias, as medidas administrativas necessárias para a implementação do disposto no n.º 1.⁹⁷

Por seu turno, a Presidência do Conselho de Ministro e Educação estabeleceu as medidas admi-

nistrativas para implementação da mencionada lei, através do Despacho n.º 7247/2019. A par disso, o Decreto-Lei n.º 55/2018, promulgado em 17 de junho de 2018, que regula o currículo dos ensinos básico e secundário, prevê a componente *obrigatória* de *Cidadania e Desenvolvimento*, que visa o desenvolvimento de competências para uma cultura de democracia e aprendizagens com impacto na atitude cívica individual, no relacionamento interpessoal e no relacionamento social e intercultural. Consoante a Estratégia Nacional de Educação para a Cidadania do Governo de Portugal elaborada em 2017, dentre os diversos domínios a serem abordados nessa componente escolar⁹⁸, situa-se a “*sexualidade*” (diversidade, direitos, saúde sexual e reprodutiva), que integra o grupo 2, obrigatório em pelo menos dois ciclos do ensino básico, e que abrange o tema de identidade e expressão do gênero.

⁹⁷ É conveniente recorrer ao glossário de orientação sexual, identidade e expressão de gênero e características sexuais, da Comissão para a cidadania e igualdade de gênero do Governo de Portugal: *Sexo*: características biológicas que definem os seres humanos como mulher ou homem; *Gênero*: atributos e expectativas socialmente associadas a ser-se do sexo feminino ou do sexo masculino. Estes atributos, expectativas e relações são socialmente construídos, variando consoante a sociedade e o período histórico; *Identidade de gênero*: experiência interna e individual sentida por cada pessoa relativamente ao gênero com que se identifica, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído à nascença; *Expressão de gênero*: modo como cada pessoa exprime a sua identidade de gênero, envolvendo aspetos diversos como o comportamento, o vestuário, a expressão verbal e expressão corporal. Ao contrário da identidade de gênero, a expressão de gênero corresponde ao que pode ser observado do exterior; *Orientação sexual*: atração afetiva e/ou sexual por pessoas de sexo diferente (heterossexual), do mesmo sexo (gay ou lésbica) ou de mais do que um sexo (bissexual); *Características sexuais*: conjunto de atributos de natureza física que abrange as características sexuais primárias, como os órgãos genitais internos e externos, e as características sexuais secundárias, manifestas nomeadamente em massa muscular, distribuição capilar, estatura e tom de voz. Disponível em: <https://www.cig.gov.pt/lgbti/glossario-orientacao-sexual-identidade-expressao-genero-caracteristicas-sexuais/#:~:text=Express%C3%A3o%20de%20g%C3%A9nero%3A%20modo%20como,pode%20ser%20observado%20do%20exterior>. Acesso em 25 de janeiro de 2021.

⁹⁸ Os diferentes domínios da educação para a cidadania estão organizados em três grupos com implicações diferenciadas: o primeiro, obrigatório para todos os níveis e ciclos de escolaridade (porque se trata de áreas transversais e longitudinais), o segundo, pelo menos em dois ciclos do ensino básico, o terceiro com aplicação opcional em qualquer ano de escolaridade. Os grupos são os seguintes: 1.º Grupo: Direitos Humanos (civis e políticos, económicos, sociais e culturais e de solidariedade); Igualdade de Género; Interculturalidade (diversidade cultural e religiosa); Desenvolvimento Sustentável; Educação Ambiental; Saúde (promoção da saúde, saúde pública, alimentação, exercício físico); 2.º Grupo: *Sexualidade* (diversidade, direitos, saúde sexual e reprodutiva); Media; Instituições e participação democrática. Literacia financeira e educação para o consumo; Segurança rodoviária; Risco; 3.º Grupo: Empreendedorismo (nas suas vertentes económica e social); Mundo do Trabalho; Segurança, Defesa e Paz; Bem-estar animal; Voluntariado. Disponível em: https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/Projetos_Curriculares/Aprendizagens_Essenciais/estrategia_cidadania_original.pdf. Consultado em 25 de janeiro de 2021. Observa-se que, no 1.º grupo, situa-se o domínio da “igualdade do gênero”, que trata da igualdade entre o homem e a mulher na sociedade (independentemente da discussão da concepção biológica ou social), mas que não é objeto deste trabalho, que se circunscreve ao domínio da “sexualidade”.

4.3 A teoria do gênero nas escolas vs. dever de neutralidade estatal e direito dos pais na educação dos filhos

Conforme explanado, a mencionada lei portuguesa não só permite, mas impõe que a questão do gênero seja abordada nas escolas, sendo que a Estratégia Nacional de Educação para a Cidadania prevê, na componente obrigatória de *Cidadania e Desenvolvimento*, o domínio “sexualidade”, que envolve “diversidade, direitos, saúde sexual e reprodutiva”. O domínio da “diversidade” (onde se situa a teoria do gênero), por sua vez, compreende questões de valores, adentrando no campo da moral (o que é certo ou errado), pois cada família tem a sua concepção do que seja o correto conceito de homem e mulher.

De outro lado, correu-se que inexistia consenso científico⁹⁹ ou moral¹⁰⁰ a respeito da validade da teoria do gênero, demonstrando-se que as premissas de tal teoria podem violar convicções ideológicas, filosóficas e religiosas dos pais e filhos, as quais o Estado deve zelar no ensino público, sendo imperativa a neutralidade ideológica, religiosa ou filosófica do Estado na educação, proibindo-se, pois, assim, no plano do ensino público, a doutrinação estatal.

Então, indaga-se: a Lei portuguesa n.º 38/2018 e a Estratégia Nacional de Educação para a Cidadania seriam inconstitucionais, quando determinam a

abordagem da identidade e expressão do gênero nas escolas? Em princípio, julgamos que não, desde que se proceda a uma interpretação conforme à Constituição, delimitando-se (no plano normativo e fático) a abrangência de aplicação dos referidos diplomas.

Com efeito, mostrou-se que, embora a Constituição portuguesa assegure o direito dos pais de educação dos filhos e que o Estado não pode programar a educação segundo quaisquer diretrizes filosóficas, ideológicas ou religiosas, também é verdade que o Estado possui objetivos no campo educacional prescritos na própria Constituição Portuguesa, a exemplo de desenvolver o “espírito de tolerância” e a “compreensão mútua”. Nessa medida, a missão educacional do Estado não é limitada somente à transmissão de conhecimentos visando a qualificação profissional (“ensino”), mas, também, em transformar cada criança e adolescente em um membro da sociedade responsável e que respeite o próximo (“educação” para a cidadania). É por isso que, conforme narrado, a Corte Europeia dos Direitos Humanos firmou jurisprudência, inclusive no âmbito de educação sexual, no sentido de que é impossível exigir do Estado que exclua do currículo escolar todo e qualquer conteúdo que possa conflitar com a convicção religiosa, ideológica ou filosófica dos pais¹⁰¹.

Posta assim a questão, a abordagem da teoria do gênero nas escolas públicas portuguesas, malgrado seja um tema sem consenso científico e moral, encontra amparo constitucional, desde que a finalidade da disseminação desse conteúdo seja para atingir os *objetivos constitucionais educacionais* impostos ao Estado, prescritos expressamente no art. 73º-2 da

35

⁹⁹ Ciência, aqui, no conceito tradicional, assentada na observação empírica e em afirmações objetivas dos fatos. (Cfr. Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, “A Jurisprudência Constitucional Portuguesa Diante das Ameaças à Liberdade Religiosa”, *cit.*, p. 106).

¹⁰⁰ No famigerado caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen* c. Dinamarca, a própria Corte Europeia reconheceu que o conteúdo da disciplina de educação sexual ministrada na Dinamarca, que informava sobre “frequência excessiva de nascimentos fora do casamento, abortos induzidos e venéreo doenças”, e “como cuidar de si próprios e mostrar consideração por outros a esse respeito”, possuía caráter moral.

¹⁰¹ Cfr. *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen* c. Dinamarca, de 07 de dezembro de 1976; *Appel-Irrgang* e outros c. Alemanha, de 06 de Outubro 2009.

CRP¹⁰². Nessa linha de raciocínio, a alusão ao gênero nas escolas deve mirar a prevenção e o combate à *discriminação* (nos sentidos negativo e positivo/inclusivo) daqueles que adotam essa concepção, buscando-se, assim, superar as desigualdades e desenvolver a personalidade da criança (autodeterminação) e o espírito de tolerância e de compreensão mútua entre os grupos majoritários e minoritários da sociedade, valores estes que o Estado deve perseguir no campo da educação, com o fito, em última instância, de promover a cidadania.¹⁰³

Essa finalidade consta da Lei n.º 38/2018, ao preceituar em seu art. 12º que o Estado deve pro-

¹⁰² Em sentido próximo, admitindo a abordagem do gênero nas escolas públicas brasileiras, decidiu recentemente a Suprema Corte brasileira, por unanimidade: “[...] 2. A vedação da abordagem dos temas de ‘gênero’ e de ‘orientação sexual’ no âmbito escolar viola os princípios da liberdade, enquanto pressuposto para a cidadania; da liberdade de ensinar e aprender; da valorização dos profissionais da educação escolar; da gestão democrática do ensino; do padrão de qualidade social do ensino; da livre manifestação do pensamento; e da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. [...]”. (ADPF n.º 460, julgado em 29/06/2020). Vale aqui um registro: a Suprema Corte brasileira declarou inconstitucional essa lei municipal que proibia, incondicionalmente, o ensino da questão do gênero nas escolas públicas; não fora enfrentada a questão pelo ângulo aqui estudado, ou seja, se qualquer conteúdo ligado à concepção social do gênero poderia ser abordado nas escolas, a ponto de se ensinar até que a teoria do gênero seja a melhor ou única concepção para definição do que seja homem ou mulher, desprezando-se ou omitindo-se a respeito do concepção biológica.

¹⁰³ Na verdade, pelo postulado constitucional de igualdade, impõe-se ao Estado um dever *geral* de não discriminação no ambiente escolar, protegendo *qualquer* categoria de discriminação, intolerância e discurso de ódio, e não apenas a questão ligada ao gênero. Dessa forma, a escola deve ser um ambiente para proteção de outras minorias que vivem em Portugal (como os imigrantes brasileiros, afrodescendentes, mulçumanos, entre outros), não se concebendo a preferência do Estado para proteger apenas uma categoria de minoria, criando-se uma “agenda” institucional nesse sentido, o que poderia ser um sinal do intuito de doutrinação. Aliás, os instrumentos jurídicos portugueses existentes já conferem proteção, de forma geral (para todas as categorias), contra a discriminação no contexto escolar, conforme se depreende do Decreto-Lei n. 55/2018, que preconiza que são princípios orientadores do currículo comum nacional a “garantia de uma escola inclusiva, que promova a igualdade e a não discriminação, cuja diversidade, flexibilidade, inovação e personalização respondem à heterogeneidade dos alunos, eliminando obstáculos e estereótipos no acesso ao currículo e às aprendizagens” (art. 4º-1, “c”).

mover no sistema educativo “medidas de prevenção e de combate contra a discriminação em função da identidade de gênero, expressão de gênero e das características sexuais”, bem como “condições para uma proteção adequada da identidade de gênero, expressão de gênero e das características sexuais, contra todas as formas de exclusão social e violência dentro do contexto escolar, assegurando o respeito pela autonomia, privacidade e autodeterminação das crianças e jovens que realizem transições sociais de identidade e expressão de gênero”, e que os “estabelecimentos do sistema educativo, independentemente da sua natureza pública ou privada, devem garantir as condições necessárias para que as crianças e jovens se sintam respeitados de acordo com a identidade de gênero e expressão de gênero manifestadas e as suas características sexuais.” De igual forma, essa finalidade encontra-se inserta na Estratégia Nacional de Educação para a Cidadania, que incluiu o tema “sexualidade” dentro da componente de *Cidadania e Desenvolvimento*, e não em outras áreas do saber¹⁰⁴.

Todavia, embora se afigure possível veicular o conteúdo de identidade e expressão do gênero nas escolas públicas com a referida finalidade, o conteúdo propagado deve ter o intuito meramente *informativo*, e não “*formativo*” (*doutrinação*). Por conseguinte, tanto a Lei n.º 38/2018, quanto a Estratégia Nacional de Educação para a Cidadania, não podem ser interpretados no sentido de que o conceito de homem e mulher deriva tão-somente da concepção *social* do gênero, desprezando-se

¹⁰⁴ Ora, se o domínio da “sexualidade” se situa dentro da Componente de “Cidadania”, aquele conteúdo (“sexualidade”) não pode estar dissociado dos objetivos dessa componente disciplinar, que “integra um conjunto de direitos e deveres que devem estar presentes na formação cidadã das crianças e dos jovens portugueses, para que no futuro sejam adultos e adultas com uma conduta cívica que privilegie a igualdade nas relações interpessoais, a integração da diferença, o respeito pelos Direitos Humanos e a valorização de conceitos e valores de cidadania democrática.” (Disponível em: https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/Projetos_Curriculares/Aprendizagens_Essenciais/estrategia_cidadania_original.pdf. Consultado em 25 de janeiro de 2021)

ou omitindo-se a respeito da concepção *biológica*, pois inexistente consenso moral e científico sobre o tema¹⁰⁵, conforme explicitado.

Não se afigura possível ao Estado, assim, por meio das escolas públicas, apresentar a concepção social do gênero como o único ou melhor modelo que defina o que seja homem ou mulher, em detrimento da concepção biológica. Esse é aquele limite teleológico de *informação* na educação que está sendo ultrapassado, visto que o Estado, ao tomar partido por uma concepção, está, explícita ou implicitamente, *doutrinando* na área da educação sexual, em afronta direta às convicções religiosas, ideológicas e filosóficas de determinados pais e filhos, bem como em transgressão ao dever estatal de neutralidade ideológica.¹⁰⁶ Impõe-se distinguir: uma coisa é abordar a teoria do gênero nas escolas públicas em caráter informativo, visando promover a cidadania; outra coisa é apresentar essa concepção como a única ou a melhor existente, desprezando ou omitindo acerca da concepção biológica.

Para evitar esse intuito (indevido) de doutrinação estatal, torna-se imperioso a observância pelo Estado de critérios para abordar nas escolas públicas a questão do gênero, devendo a informação ser disseminada com conteúdo *objetivo*, *crítico* e *pluralista*, conforme precedentes já mencionados da Corte Europeia dos Direitos Humanos em te-

mas ligados à educação sexual¹⁰⁷. Conteúdo *objetivo* significa distanciamento e imparcialidade do assunto abordado, sem o Estado tomar um lado da questão, não demonstrando preferência sobre a concepção social do gênero; conteúdo *crítico*, no sentido de levar os alunos a pensarem por si próprios; conteúdo *pluralista*, significando a transmissão de outras visões do mundo existentes sobre o tema, nomeadamente a concepção biológica, aceita por grande parte (senão a maioria) da população portuguesa.¹⁰⁸

Esses critérios devem ser observados pelo Estado mesmo no enfrentamento da questão relativa à prevenção e ao combate à discriminação em função da identidade e expressão de gênero (promoção da cidadania), pois o ensino da existência da concepção biológica não é inconciliável com o ensino de não discriminação.

Há que se diferenciar: uma coisa é o Estado combater nas escolas públicas a discriminação para proteger aquelas crianças e adolescentes que optem pela identidade ou expressão do gênero, bem como o Estado oferecer condições para uma proteção adequada do gênero, assegurando o respeito pela autodeterminação das crianças e jovens que realizem transições sociais de identidade e expressão de gênero, objetivos esses legítimos previstos na própria Constituição, como um dever (e

37

¹⁰⁵ Tanto que o tema do gênero é tratado na componente escolar de “Cidadania e Desenvolvimento”, e não em outras áreas científicas do saber.

¹⁰⁶ Salienta-se que a Corte Europeia dos Direitos Humanos, no caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, consignou expressamente que a educação sexual ensinada na Dinamarca não constituiria uma tentativa de doutrinação tendendo a *defender um determinado comportamento sexual*, bem como no caso *Dojan* e outros c. Alemanha, concluiu que não havia nenhuma indicação de que as crianças tinham sido influenciadas a *aprovar ou a rejeitar comportamento sexual específico* contrário às convicções religiosas e filosóficas de seus pais. Ou seja: nesses precedentes, a educação ministrada não se inclinava para defender um comportamento sexual específico das crianças, demonstrando neutralidade por parte do Estado.

¹⁰⁷ Caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, 7 de dezembro de 1976; caso *Dojan* e outros c. Alemanha, de 13 de setembro de 2008. Nessa direção, João Carlos LOUREIRO aduz que, em matéria de educação sexual, a intervenção do Estado pode legitimar-se ou em razão de educação e cultura (aspectos relativos à diferença fisiológica entre homens e mulheres) ou na proteção da saúde pública (métodos contraceptivos e riscos das doenças), desde que o ensino seja feito de matéria objetiva, crítica e pluralista. (Cfr. “Depois das cegonhas: pais, escolas e educação sexual”, *cit.*, p. 57)

¹⁰⁸ A nosso ver, o simples fato de ser disseminado nas escolas apenas o gênero como a concepção que define o que seja homem e mulher, omitindo-se a respeito da concepção biológica, já demonstra o intuito de doutrinação estatal.

não mera faculdade) estatal; outra coisa é o Estado promover esses objetivos partindo do pressuposto que o gênero é a melhor ou única concepção que define o que seja homem ou mulher, o que revela caráter doutrinador e não tem embasamento constitucional.¹⁰⁹

Portanto, as escolas públicas devem combater quaisquer discriminação e intolerância no âmbito sexual, mas não podem compelir qualquer conteúdo, dinâmica ou atividade que adote a teoria de gênero como a melhor ou única existente, sob pena de violação de consciência não só dos pais e dos filhos, mas também de professores.

A par desses parâmetros, é necessário, ainda, que o Estado forneça e divulgue aos pais, ao menos *a posteriori*, o conteúdo do tema de “diversidade sexual” ministrado aos menores nas escolas públicas, pois, só assim, os pais poderão levar a efeito o controle de observância dos critérios do ensino dessa matéria (objetivo, crítico e plural, visando a informação, e não a doutrinação), até porque, nunca é demais lembrar, são os pais que ocupam o papel de primazia na educação dos filhos, e não o Estado.

O que se explanou até agora refere-se sobretudo às escolas públicas. Isso porque, nas escolas não públicas, a Constituição portuguesa garante o caráter confessional da escola, autorizando-a a seguir uma orientação confessional específica (de ordem religiosa, filosófica, ideológica), a ponto de lhe ser lícito rechaçar ou adotar a teoria do gênero como a concepção que define o que seja homem e mulher.

É curial que as escolas não públicas deverão coibir discriminações, hostilidades e agressões contra

alunos que manifestem a identidade ou expressão do gênero, por força do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, CRP); entretanto, em razão da liberdade das escolas não públicas conferidas na Constituição, que as autoriza a seguir uma orientação confessional específica, tais escolas, para levar a cabo esse combate de discriminação e de violência física ou moral, não necessariamente deverão adotar o pressupostos da teoria do gênero para tanto, caso isso contrarie a sua orientação confessional, até porque ensinar tolerância e respeito com o diferente não demanda o ensino dos pressupostos da teoria do gênero, sendo um mandamento geral.

Destarte, cumprindo-se esses critérios, entendemos que será constitucional a disseminação do conteúdo da identidade e expressão do gênero nas escolas públicas portuguesas através da componente de “Cidadania e desenvolvimento”, não podendo os pais e os filhos invocarem a cláusula da objeção de consciência¹¹⁰ para recusar a participar dessas aulas obrigatórias, sob a alegação de violação de suas convicções ideológicas, filosóficas ou religiosas, uma vez que o Estado estaria apenas veiculando conteúdo, com caráter informativo (não doutrinador), para alcançar objetivos constitucionais expressos no campo da educação.

De outra face, se não atendidos esses critérios apontados, a matéria propagada na escola relativa à teoria do gênero se revela inconstitucional, devendo esse conteúdo ser extirpado da componente “Cidadania e desenvolvimento” (ou de qualquer componente, ainda que ministrado indiretamente).

¹⁰⁹ Se para ensinar a não discriminação e promover a autodeterminação dos alunos, a escola parte do pressuposto que a teoria do gênero é melhor ou única concepção, estará doutrinando, formando os alunos no campo da moral, invadindo o campo da educação que pertence constitucionalmente aos pais e transgredindo a cláusula constitucional que impõe neutralidade ideológica do Estado.

¹¹⁰ Art. 41º-6, CRP. Conforme bem pontuado, Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA lecionam que o direito à objeção de consciência, segundo os ditames da atual Constituição da República, não é restrito apenas para as obrigações militares ou para motivos de índole religiosa, podendo invocar-se em relação a outros domínios (morais, filosóficos, etc.). Cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 616.

5. Considerações finais

O tema ligado à educação sexual dos filhos é sobremodo sensível, porquanto envolve a vida íntima e privada da família. Isso, por si só, já demonstra como é complexo, controverso e polêmico a discussão sobre a identidade e a expressão de gênero nas escolas¹¹¹. O presente trabalho, sob a perspec-

tiva jurídica, pretendeu encontrar uma conciliação entre os interesses dos pais e dos filhos (de receber do Estado um ensino público informativo, de caráter objetivo, plural e crítico, que abranja as suas convicções) e do Estado (ensinar a não discriminação, visando formar futuros cidadãos tolerantes e com respeito ao diferente) no ambiente escolar.

Certamente, não fora nossa pretensão neste curto trabalho esgotar o assunto do gênero, pois este é vasto, compreendendo diversas áreas do saber. Apenas lançou-se, à luz da interpretação de dispositivos da Constituição da República de Portugal, algumas premissas para o debate livre, plural e crítico (mas respeitoso) por parte da comunidade acadêmica, pois do diálogo aberto e transparente decerto construir-se-á a melhor solução jurídica sobre a temática.

39

¹¹¹ A discussão do tema em voga não é meramente teórica, mas tem repercussões no dia a dia dos cidadãos portugueses. Apenas a título de informação, no ano de 2020, a mídia portuguesa divulgou que os pais de dois alunos de Famalicão comunicaram à escola a recusa de que os seus filhos fossem expostos aos conceitos ensinados na componente obrigatória de “Cidadania e Desenvolvimento”, por contrariar as suas convicções. No entanto, o pedido de objeção de consciência fora rejeitado pela Escola, que apenas conferiu a opção que os alunos cumprissem o plano de recuperação às aulas não frequentadas, ou recuassem dois anos letivos. Em face dessa decisão, os pais apresentaram, em julho de 2020, uma providência cautelar no Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga, o qual notificara o Ministério de Educação e a Escola Pública de Famalicão para suspender os seus despachos, permitindo o regular seguimento de ano dos alunos. Rita Lobo Xavier, em defesa desses pais e alunos, escreveu: “seria, na verdade, muito útil uma unidade curricular de ‘Cidadania e Desenvolvimento’, que estruturasse conteúdos relacionados com o pluralismo, a tolerância, o respeito pelas diferenças. [...] Mas não é disso que se trata. Na realidade a que nos reportamos, os alunos são perturbados na sua identidade sexual e incitados a uma suposta possibilidade de escolha do gênero, que não está suportada em qualquer demonstração científica, pelo contrário.” Disponível em: <https://www.publico.pt/2020/09/10/opiniao/opinioao/liberdades-educacao-direi->

[tos-tiago-rafael](https://www.publico.pt/2020/09/10/opiniao/opinioao/liberdades-educacao-direi-tos-tiago-rafael) 1930925?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+PublicoEducacao+%28Publico.pt+-+Educa%C3%A7%C3%A3o%29. Consulta realizada em 26 de janeiro de 2021.

O DESTINO/CONFIANÇA DOS ANIMAIS DE COMPANHIA NOS CASOS DE SEPARAÇÃO CONJUGAL

Sara Patrícia Pedrosa Guedes

Mestre em Direito Forense e Arbitragem pela NOVA School of Law

Resumo: *O presente trabalho centra-se nas alterações introduzidas no Direito da Família, particularmente no âmbito do divórcio, pelo novo Estatuto Jurídico dos Animais, decorrente da Lei n.º 8/2017, de 3 de março. Nesse âmbito, daremos especial relevância à questão da fixação do destino dos animais de companhia, apresentando possíveis soluções para os problemas substantivos e processuais que surgem com este tema.*

Palavras chave: *Estatuto Jurídico dos Animais; Animais de companhia; Destino dos animais de companhia; Divórcio; Direito da Família.*

Abstract: *The present work focuses on the changes introduced in Family Law, particularly in the context of divorce, by the new Legal Status of Animals, resulting from Law no. 8/2017, of 3 March. In this context, we will give special relevance to the question of determining the destination of pets, presenting possible solutions to the substantive and procedural problems that arise with this theme.*

Keywords: *Legal Status of Animals; Pets; Destination of pets; Divorce; Family Law.*

1. Introdução

Foi durante a realização de um estágio curricular no Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Oeste — Juízo de Família e Menores de Mafra, sob a supervisão do Dr. Juiz Joaquim Manuel da Silva, que nos deparamos com o processo n.º 540/18.5T8MFR, que teve como questão de fundo o destino de um animal de companhia (a cadelinha Kiara, de raça pitbull), no âmbito da rutura de

uma união de facto. Por este se tratar de um caso inédito em Portugal, sendo a primeira vez que um Tribunal português teve que decidir a quem confiar um determinado animal de companhia, no âmbito de uma separação conjugal e após as alterações ao Código Civil introduzidas pela Lei n.º 8/2017, de 3 de março, levantaram-se diversas questões substantivas e processuais a que pretendemos dar aqui resposta.

Propomo-nos, assim, neste artigo, a realizar uma análise sobre as alterações legislativas ao Código Civil, introduzidas pela Lei supramencionada, na parte relativa ao Direito da Família, nomeadamente no âmbito do instituto do divórcio, apresentando possíveis interpretações do regime legal e os critérios a atender na fixação do destino dos animais de companhia, tendo em conta o artigo 1793º-A do Código Civil.

Para além disso, procedemos ainda à análise da possibilidade da aplicação adaptativa do regime das crianças à regulação destes animais e fazemos referência a soluções para algumas questões processuais que podem surgir nestes litígios, relacionadas com a prova, com a competência dos Juízos de Família e Menores em razão da matéria e a forma de processo aplicável e com a regulação desta situação em caso de rutura de união de facto ou separação de facto dos detentores do animal.

2. O estatuto jurídico-civilístico dos animais no direito português

Em Portugal, no dia 1 de maio de 2017, entrou em vigor a Lei n.º 8/2017, de 3 de março, que alterando o Código Civil, o Código de Processo Civil e o Código Penal, visou estabelecer um novo regime jurídico de proteção animal, denominado como “Estatuto Jurídico dos Animais”, que os deixou de reconhecer como “coisas” e passou a reconhecer expressamente “a sua natureza de seres vivos dotados de sensibilidade” (conforme o disposto no seu art. 1.º).¹ Este diploma legal foi, assim, “o culminar de um longo debate na sociedade portuguesa sobre a natureza e o estatuto devido aos animais não humanos”.²

Por meio de alterações introduzidas no plano do direito civil³, o novo Estatuto Jurídico dos Animais inova ao definir o conceito de “animais” no art. 201.º-B do CC, que passou a prever o seguinte: “Os animais são seres vivos dotados de sensi-

bilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza”. Trata-se de uma concetualização genérica que atribui uma característica particular e diferenciadora das “coisas” aos animais: a “sensibilidade”; sendo, portanto, perfeitamente compatível com as tendências atuais de direito internacional (nomeadamente, com o art. 13.º do TFUE) e dos direitos internos dos países mais avançados nesta matéria que vão no sentido de que os animais são seres sencientes. Deste modo, com a Lei n.º 8/2017, os animais deixam de ser vistos, no campo juscivilístico, como coisas, para passarem a assumir um estatuto próprio correspondente a um “tertium genus” entre as pessoas (sujeitos de direitos) e as coisas.⁴ Pode ainda extrair-se dessa definição legal que a específica natureza do animal implica que este ser vivo seja “objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza” e, de acordo com o previsto no art. 201.º-C, a referida proteção jurídica opera por dupla via: pelas disposições do CC e por outras disposições normativas constantes em “legislação especial”. Outrossim, “na ausência de lei especial, são aplicáveis subsidiariamente aos animais as disposições relativas às coisas, desde que não incompatíveis com a sua natureza”, conforme resulta do disposto no art. 201.º-D do CC⁵.

Portanto, as alterações introduzidas pela Lei n.º 8/2017 ao CC tiveram como principal desi-

¹ BRANCO, Carlos Castelo, “Algumas notas ao estatuto jurídico dos animais”, pp. 67-68 e 78; CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “A natureza jurídica dos animais à luz da Lei n.º 8/2017, de 3 de Março”, p. 25; FARIAS, Raul, “O Direito dos Animais (de Companhia) no Direito Português da Família após as alterações introduzidas pela Lei n.º 8/2017”, p. 233; e MATOS, Filipe Albuquerque, e BARBOSA, Mafalda Miranda, *O novo Estatuto Jurídico dos Animais*, p. 74.

² BRANCO, Carlos Castelo, *op. cit.*, p. 68.

³ O estabelecimento do novo Estatuto Jurídico dos Animais fez-se por via das seguintes modificações ao Código Civil: alteração aos artigos 1302.º, 1305.º, 1318.º, 1323.º, 1733.º e 1775.º; aditamento de três novos artigos numerados, 201.º-B, 201.º-C, 201.º-D, e dos artigos 493.º-A, 1305.º-A e 1793.º-A; e revogação do artigo 1321.º. Ademais, alterou-se ainda a organização sistemática do CC, aditando-se um Subtítulo I-A ao Título II do Livro I, com a denominação “Dos animais”, entre o Subtítulo I (Das pessoas) e o Subtítulo II (Das coisas), integrando os artigos 201.º-B a 201.º-D, e passando a Secção II do Capítulo II do Livro II a denominar-se “Ocupação de coisas e animais”. Cf. BRANCO, Carlos Castelo, *op. cit.*, p. 86; HÖRSTER, Heinrich Ewald, “A propósito da Lei n.º 8/2017, de 3 de Março: os animais ainda serão coisas (objetos da relação jurídica)?”, pp. 70-71; PASSINHAS, Sandra, “O Novo Estatuto Jurídico dos Animais — a questão da colisão de direitos”, p. 70; e SÁ, Filipa Almeno de Carvalho Patrão Vieira de, “O novíssimo lugar dos animais no mundo do Direito. Que projecto para o século XXI? Múltiplas perspectivas ou uma revolução paradigmática?”, p. 117.

⁴ BRANCO, Carlos Castelo, “Algumas notas ao estatuto jurídico dos animais”, p. 86.

⁵ “A aplicação subsidiária do regime das coisas não se limita, evidentemente, aos artigos 202.º a 216.º. De resto, estes artigos foram pensados, *grosso modo*, para serem aplicados ao universo das coisas corpóreas inanimadas. Aos animais aplica-se, igualmente, o Livro II e o Livro III do Código Civil. Os regimes jurídicos dos contratos civis — compra e venda, locação, comodato ou doação — aplicam-se, por inteiro, aos animais”. Vide CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “A natureza jurídica dos animais à luz da Lei n.º 8/2017, de 3 de Março”, p. 45.

⁶ BRANCO, Carlos Castelo, *op. cit.*, pp. 86-91; FARIAS, Raul, *op. cit.*, p. 233; HÖRSTER, Heinrich Ewald, *op. cit.*, p. 71; e MATOS, Filipe Albuquerque, e BARBOSA, Mafalda Miranda, *op. cit.*, pp. 29-31 e 74-75.

derato distinguir os animais das coisas, designadamente das coisas móveis, tendo por base o princípio da não coisificação. Para isso, para além da sua caracterização como “seres vivos dotados de sensibilidade”, esta lei alterou ainda a redação de quatro normas inseridas no título do CC respeitante ao “direito de propriedade”, nomeadamente dos artigos 1302.º, 1305.º, 1318.º e 1323.º. Por sua vez, a epígrafe do art. 1305.º do CC, na sua redação originária “conteúdo do direito de propriedade”, foi modificada, passando hoje a ler-se “propriedade das coisas”, não tendo, pois, a norma em questão, aplicação direta aos animais, passando a ter um âmbito de aplicabilidade limitado às coisas, o que faz supor a existência de maiores limitações quanto aos direitos de propriedade sobre os animais.⁷ O art. 1305.º-A do CC vem, então, especificar o conteúdo do direito de “propriedade de animais”⁸; e, “sem o fazer expressamente, acaba na realidade por reconhecer o direito geral de qualquer animal a manter o seu bem-estar, o que compreende não apenas o direito elementar à vida, mas também o direito à integridade física e à própria liberdade”.⁹

Por fim, outro aspeto inovador deste diploma legal é o da consideração dos animais de companhia em sede de rutura familiar, tendo-se alterado em conformidade os artigos 1733.º e 1775.º e aditado um novo artigo 1793.º-A ao CC.¹⁰ Debruçar-nos-

-emos, de seguida, sobre estas modificações legislativas, procedendo a uma análise pormenorizada destes artigos.

3. O direito dos animais de companhia no direito da família português após as alterações introduzidas pela lei n.º 8/2017, de 3 de março

3.1. O conceito de animal de companhia

Importa, desde já, perceber o que se deve entender por animais de companhia. Refira-se que, no nosso Código Civil, não encontramos qualquer definição de “animal de companhia”, pelo que “terá que ser com recurso ao que, a este propósito, decorre de outros diplomas legais — convocando o princípio da unidade do sistema jurídico — que o conceito deverá ser integrado”.¹¹

Assim, o conceito de animal de companhia encontra-se legalmente definido no art. 389.º, n.º 1 do Código Penal como sendo “qualquer animal detido ou destinado a ser detido por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia”.¹²

43

¹¹ PEDROSO, Anabela, “Animais e(m) Família”, p. 21.

¹² Este conceito não é original, pois já constava, em termos substancialmente idênticos, do art. 1.º, n.º 1 da Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia (CEPAC), aprovada pelo DL n.º 13/93, de 13 de abril; do art. 8.º da Lei n.º 92/95, de 12 de setembro; do art. 2.º, n.º 1, al. a) do DL n.º 276/2001, de 17 de outubro, que estabeleceu as medidas complementares das disposições da CEPAC; do art. 2.º, al. a) do DL n.º 313/2003, de 17 de dezembro; do art. 2.º, al. e) do DL n.º 314/2003, de 17 de dezembro; do art. 3.º, al. a) do DL n.º 315/2009, de 29 de outubro, que aprovou o regime jurídico da detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos enquanto animais de companhia; e do art. 3.º, al. b) do DL n.º 184/2009, de 11 de agosto. Cf. MOREIRA, Alexandra Reis, “Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação”, p. 158; VALDÁGUA, Maria da Conceição, “Algumas questões controversas em torno da interpretação do tipo legal de crime de maus tratos a animais de companhia”, p. 180; PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 21; ALVES, Pedro Delgado, “Desenvolvimentos recentes da legislação sobre animais em Portugal: uma breve crónica legislativa”, p. 26; e FÁRIAS, Raul, “Direito Penal dos Animais de companhia”, p. 87.

⁷ BRANCO, Carlos Castelo, *op. cit.*, p. 98; HÖRSTER, Heinrich Ewald, *op. cit.*, p. 72; MATOS, Filipe Albuquerque, e BARBOSA, Mafalda Miranda, *op. cit.*, pp. 105-106; PASSINHAS, Sandra, *op. cit.*, p. 72; SÁ, Filipa Almeno de Carvalho Patrão Vieira de, *op. cit.*, pp. 117-118; e PEREIRA, André Gonçalo Dias, e FERREIRA, Ana Elisabete, “Novo Estatuto Jurídico dos Animais em Portugal: Direito Civil e Experimentação Animal”, pp. 39 e 40.

⁸ BRANCO, Carlos Castelo, *op. cit.*, pp. 88 e 95-97; MATOS, Filipe Albuquerque, e BARBOSA, Mafalda Miranda, *op. cit.*, pp. 139-143; e PASSINHAS, Sandra, *op. cit.*, pp. 72-73.

⁹ BRANCO, Carlos Castelo, *op. cit.*, p. 96.

¹⁰ BRANCO, Carlos Castelo, *op. cit.*, pp. 99 e 100.

Como se verifica, trata-se de uma noção ampla, “que abrange uma diversidade enorme de espécies, comumente aceites como animais de companhia: cães, gatos, peixes de aquário, coelhos, roedores de diversa natureza, aves, anfíbios, répteis, desde que não abrangidos por legislação especial que proíba a sua detenção”. Para além disso, naturalmente, poderão ainda existir animais que exerçam uma dupla função, isto é, que sejam detidos para entretenimento e companhia dos donos, mas igualmente para auxílio em determinadas tarefas profissionais, como é o caso dos cães pastores ou dos chamados “animais da quinta”, em ambiente doméstico (por exemplo, os burros/cavalos); ou animais “que tradicionalmente não são destinados a ser de companhia, como sucede com coelhos, galinhas ou porcos, mas que poderão ser integrados no ambiente familiar em condições de proximidade idêntica às dos cães ou dos gatos”.¹³ Portanto, “ainda que não enquadrados numa eventual categoria implícita de animais de companhia por natureza, outras espécies animais que sejam efetivamente detidas nos termos previstos para os animais de companhia (pequenos suínos, roedores, répteis, entre outros) devem igualmente considerar-se incluídos no conceito. Isto é, ele deve ter elasticidade suficiente para abarcar quer os denominados animais de companhia por natureza, quer os animais que preenchem os requisitos do conceito plasmado na lei”.¹⁴

Deste modo, Carla Amado Gomes conclui que a noção de animais de companhia “deve ter o sentido mais alargado possível, com vista a abarcar no seu seio todos os animais que o Homem socialize de forma intensa e que leve para o seu círculo doméstico, fazendo-os perder as referências naturais e por isso aumentando as suas responsabilidades

relativamente ao seu bem-estar”.¹⁵ Assim, desde logo, “um animal para ser verdadeiramente “de companhia” terá de ter potencial, na sua natureza, para providenciar essa companhia a seres humanos, manifestada em certos patamares mínimos de capacidade para estabelecer com eles relações afetivas ou quando menos de interação recíproca com algum grau de consciência”.¹⁶

Ademais, o inciso legal dispõe serem abrangidos no conceito de animal de companhia, quer os animais “detidos”, quer os “destinados a serem detidos” pelo ser humano “para seu entretenimento e companhia”, pelo que “impõe que se considerem apenas animais que efetivamente ou potencialmente, mas sempre em concreto, se destinem à companhia ou entretenimento das pessoas”.¹⁷

Consequentemente, “terá que ser caso a caso que a análise deverá ser feita pois que, em abstrato, todos os animais poderão ser considerados animais de companhia para estes efeitos”, desde que não sejam excluídos de tal enquadramento em função da legislação nacional existente.¹⁸ Contudo, quer o conservador do registo civil, quer o juiz, “vêm-se obrigados a aceitar a indicação das partes relativamente à valoração da existência de animais de companhia, sendo que, no caso do divórcio litigioso, o juiz poderá sempre, e a final, decidir, após produção de prova, que um determinado animal que foi inicialmente peticionado ou posteriormente articulado como animal de companhia efetivamente não o será”.¹⁹

¹⁵ GOMES, Carla Amado, “Direito dos animais: um ramo emergente?”, p. 58.

¹⁶ ALBERGARIA, Pedro Soares de, “Problemas de fundamentação (...)”, p. 48.

¹⁷ *Idem ibidem*, p. 49.

¹⁸ PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 22; e FARIAS, Raul, “Direito Penal dos Animais de companhia”, p. 88.

¹⁹ FARIAS, Raul, “O Direito dos Animais (de Companhia) no Direito Português da Família após as alterações introduzidas pela Lei n.º

¹³ PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, pp. 21-22.

¹⁴ ALVES, Pedro Delgado, *op. cit.*, p. 26.

3. 1. 1. A visão atual da sociedade quanto aos animais de companhia

Pese embora o objetivo deste ponto 3 seja refletir sobre as consequências do novo Estatuto Jurídico dos Animais no domínio do Direito da Família, trazidas pelas alterações legais ocorridas, parece-nos, porém, importante apresentar uma contextualização prévia, demonstrando o lugar que os animais²⁰ atualmente ocupam nas famílias. Desta forma, adotamos “uma abordagem de natureza mais sociológica apta a indagar se o conceito de família, nos dias de hoje, não poderá passar por uma conceção multiespécie, que integre, em si, e na ideia de família, os animais”.²¹

Desde logo, importa afirmar que Portugal é considerado um país “*pet friendly*”, sendo mesmo dos países europeus com mais animais de estimação. De facto, a realidade portuguesa, à semelhança de outras, vem revelando um aumento do número de animais de companhia nos lares nacionais. Assim o continua a concluir o estudo GfK Track.2Pets, datado de 6 de maio de 2019, que veio demonstrar que “mais de metade dos lares portugueses têm, pelo menos, um animal de estimação”.²² Aliás, segundo notícias publicadas, “Portugal já registará, inclusivamente, mais cães e/ou gatos nos núcleos familiares do que crianças, fenómeno que não é exclusivo da sociedade portuguesa”, estimando-se “que mais de 700 milhões de famílias em todo o

mundo possuam animais de companhia”.²³

Efetivamente, os animais estimulam o desenvolvimento psicomotor, incentivam a prática de atividade física, melhoram a autoestima e a tolerância, fomentando ainda a concentração e a aprendizagem e relações de confiança e de intimidade; “nos seniores, os animais de companhia proporcionam suporte em doentes de Alzheimer, diminuem a depressão, a tristeza e a solidão em doentes crónicos; não raras vezes, são a única companhia numa vida pautada pelo isolamento”.²⁴ Logo, a relação que se estabelece entre pessoas e animais de companhia, consiste numa relação valiosa sob o ponto de vista da promoção do bem-estar humano nos planos do desenvolvimento e da socialização, em especial de crianças, e de contribuição para a melhoria da sua qualidade de vida, pelo que estes animais desempenham um papel significativo na vida de várias pessoas, pelos mais variados motivos, tanto no círculo familiar como num contexto social mais amplo.²⁵

Não há, pois, dúvidas de que a conceção dos animais e, principalmente dos animais de companhia, mudou. E, como já vimos, o direito nacional acompanhou essa mudança, precisamente no sentido de lhes reconhecer como qualidade a senciência; sendo que esta invoca uma “ética de responsabilidade e cuidado”, traço distintivo das relações familiares, relativamente a estes. Assim, os animais de companhia passaram a ser vistos como “filhos de

45

8/2017”, p. 237.

²⁰ Importa referir que, neste tópico, sempre que nos referirmos a animais, estamos a ter em conta o conceito de animais de companhia, tratado anteriormente.

²¹ PEDROSO, Anabela, “Animais e(m) Família”, p. 11.

²² Vide <https://moneylab.pt/2019/05/06/proteger-o-seu-animal-como-a-sua-familia> *apud* PALMA Augusta, “Os animais de companhia na jurisdição da família e das crianças”, p. 60; e PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 12.

²³ PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 12.

²⁴ PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 12.

²⁵ ALBERGARIA, Pedro Soares de, “Problemas de fundamentação e problemas de interpretação dos crimes contra animais de companhia”, p. 46; RODRIGUES, Gabriela de Almeida, e RAMMÉ, Rogério Santos, “A proteção jurídica dos animais de companhia nos litígios familiares”, pp. 484-485; COSTA, Deborah Regina Lambach Ferreira da, e FERREIRA, Fabiano Montiani, “O Direito dos Animais de Companhia”, pp. 25-26; CHAVES, Marianna, *op. cit.*, p. 1053; e OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva [et. al], “O rompimento de relações pessoais e o destino do animal de estimação: divisão de bens ou guarda?”, p. 1112.

quatro patas”, com os quais os donos²⁶ criam “vínculos emocionais” e “relações afetivas” dentro das famílias.²⁷ Ou seja, os animais de companhia passaram a ocupar um lugar afetivo na vida e na rotina dos seus donos, e, conseqüentemente, o seu lugar como membro da família vem paulatinamente crescendo, chegando mesmo a serem tratados como se filhos fossem, dado que a sua relação com os humanos é calçada “na estima, na afetividade e no carinho”.²⁸

São, pois, cada vez mais frequentes os inúmeros exemplos de como os animais de companhia são vistos como verdadeiros membros da família.²⁹ De facto, há tendência para os casais, principalmente os mais jovens, terem menos filhos ou optarem por não tê-los, “adotando” animais de companhia que tratam carinhosamente como filhos, surgindo estes como um meio de substituir essas relações de afeto. Ademais, há demonstrações afetivas que indicam

que as pessoas tratam os seus animais de companhia como membros da família, inclusive celebrando os seus aniversários, oferecendo-lhes presentes de Natal e inserindo-os em rituais sociais. Outro facto interessante é que, há alguns anos atrás, era comum que os animais de companhia, por mais amados que fossem, estivessem limitados a circular no exterior das residências ou em espaços bem delimitados, no caso de apartamentos; sendo que, hodiernamente, é comum que os animais tenham acesso a toda a casa, transitando livremente pelo espaço doméstico, inclusive pelos quartos de dormir.³⁰ Ora, tal realidade é reveladora da “grande mudança em relação ao *status* e posição dos animais relativamente aos humanos e à sociedade humana”, pois o acesso à habitação acaba por ser uma evidência concreta de que os animais de companhia “não são membros da família apenas no sentido figurado”.³¹

Este fenómeno da proximidade dos animais à família tem contribuído para o surgimento de um conceito de “família multiespécie”³², baseada nas relações socioafetivas que os humanos mantêm

²⁶ Utilizaremos o termo “dono” por este ser um conceito mais neutro e porque, em relação aos animais de companhia, é comumente utilizado com um significado mais afetivo do que “proprietário”. Importa ainda esclarecer que quando nos referimos a dono, abrangemos a definição de “proprietário ou detentor”, constante do art. 2.º, n.º 2 da Diretiva n.º 58/CE/1998, do Conselho da Europa, de 20 de julho, ou seja, “qualquer pessoa, singular ou coletiva, responsável ou que tenha a seu cargo animais a título permanente ou temporário”. Podemos, igualmente, reportar-nos ao “detentor” como sendo “qualquer pessoa, singular ou coletiva, responsável pelos animais de companhia, para efeitos de reprodução, criação, manutenção, acomodação ou utilização, com ou sem fins lucrativos”, conforme o disposto no art. 2.º, n.º 1, al. v) do DL n.º 276/2001. Cf. PALMA, Augusta, “Os animais de companhia na jurisdição da família e das crianças”, p. 68.

²⁷ PALMA, Augusta, *op. cit.*, pp. 60-61; e CHAVES, Marianna, *op. cit.*, pp. 1054, 1058 e 1066.

²⁸ BELCHIOR, Germana Parente Neiva, e DIAS, Maria Ravelly Martins Soares, “A Guarda Responsável dos Animais de Estimação na Família Multiespécie”, p. 69; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva [et. al], *op. cit.*, p. 1113; e CHAVES, Marianna, *op. cit.*, p. 1064.

²⁹ PALMA, Augusta, *op. cit.*, p. 61; CHAVES, Marianna, *op. cit.*, p. 1056; PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 13; COSTA, Deborah Regina Lambach Ferreira da, e FERREIRA, Fabiano Montiani, *op. cit.*, pp. 33-34; EITHNE, Mills, e AKERS, Kreith, ““Quem fica com os gatos... Você ou eu?” Análise sobre a guarda e o direito de visita. Questões relativas aos animais de estimação após o divórcio ou a separação”, pp. 212-213; e OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva [et. al], *op. cit.*, p. 1111.

³⁰ CHAVES, Marianna, “Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio (...)”, pp. 1064-1065; RODRIGUES, Gabriela de Almeida, e RAMMÉ, Rogério Santos, *op. cit.*, pp. 478 e 483-484; EITHNE, Mills, e AKERS, Kreith, *op. cit.*, p. 213; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva [et. al], *op. cit.*, p. 1113; KELLERMANN, Larissa Florentino e MIGLIAVACCA, Carolina Moares, “A Guarda Compartilhada dos Animais Domésticos a partir da Dissolução Matrimonial: Estudo de Caso”, pp. 3, 26-27 e 43; e CARDIN, Valéria Silva Galdino, e SILVA, Stela Cavalcanti da, “Brazilian law and the recognition of the rights of pets in childfree couples”, pp. 15-16 e 24-25.

³¹ CHAVES, Marianna, *op. cit.*, p. 1066.

³² A família multiespécie é formada por indivíduos que não sejam da mesma espécie, mas que mantêm um grande nível de afetividade, consistindo “num grupo familiar composto por pessoas que reconhecem e legitimam os seus animais de estimação como membros da família”. Cf. RODRIGUES, Gabriela de Almeida, e RAMMÉ, Rogério Santos, *op. cit.*, p. 477; e PIVA, Rui Carvalho, e CARREIRA, Vinicius de Carvalho, “Regulamentação de guarda e de convivência com animais de estimação”, p. 2732.

com os seus animais de companhia.³³ De facto, como vimos anteriormente, a sociedade atual reconhece que os animais de companhia fazem parte da família e “novas configurações familiares são transmutadas de acordo com a sociedade e com os factos que nela ocorrem”; sendo que, atualmente, a conceção de família “está relacionada a pluralidade e ao afeto”.³⁴

No direito português, não obstante o conceito taxativo de família do nosso CC encontrar-se ultrapassado e ter-se expandido para além do que está previsto no seu art. 1576.º, de forma a englobar realidades semelhantes às relações familiares nominadas, ditas relações parafamiliares, parece-nos que, para já, não podemos reconhecer a “família multiespécie” ao nível jurídico, embora não haja dúvidas quanto ao seu reconhecimento sociológico, pois não consideramos razoável fazer uma equiparação entre os animais e os seres humanos, apesar de estes estarem a cada dia mais humanizados.³⁵

Esta nova formação de família já chegou mesmo à prática judiciária, na medida em que, sendo os animais de companhia considerados como um membro da família, especificamente como um “filho” (ainda que apenas socialmente), é natural que existam disputas judiciais sobre a “guarda” destes animais aquando da dissolução das uniões de facto ou rutura do vínculo conjugal. Nestes casos, “percebe-se que os conflitos não se assemelham às disputas patrimoniais, mas abordam direitos fun-

damentais típicos dos sujeitos que integram a família, como guarda, alimentos, visita, e convivência familiar”.³⁶ Estamos, pois, perante o advento das famílias multiespécie ou “entidades familiares pós-modernas”, “ainda não reconhecidas pelo Direito, mas tacitamente legitimadas pelos tribunais, em decisões a cada dia mais frequentes”, as quais reclamam novos compromissos, novas responsabilidades e uma dedicação adicional para com elementos da família que não falam a mesma língua e que necessitam de ser compreendidos.³⁷

Assim, a caracterização de um animal como “de companhia” “atrai-o para uma esfera de proteção privilegiada do ponto de vista da sua sobrevivência e bem-estar”³⁸, pois, de facto, “os animais de companhia assumiram, lenta mas seguramente, um estatuto próprio, distinto do estatuto de outros animais, muito por força da especial relação de confiança e proximidade que os humanos desenvolveram com estas espécies”. Essa proximidade é, aliás, tão intensa que “são muitas vezes elevados ao estatuto de “membro da família”, com efeitos diretos no âmbito do Direito da Família”, como adiante veremos.³⁹

47

³³ PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p.12; BELCHIOR, Germana Parente Neiva, e DIAS, Maria Ravelly Martins Soares, *op. cit.*, pp. 64-65; RODRIGUES, Gabriela de Almeida, e RAMMÊ, Rogério Santos, *op. cit.*, pp. 470, 474-475 e 504; KELLERMANN, Larissa Florentino e MIGLIAVACCA, Carolina Moares, *op. cit.*, p. 22; e GORDILHO, José Heron de Santana, e COUTINHO, Amanda Malta, “Animal law and couple’s divorce”, pp. 968 e 970-971.

³⁴ RODRIGUES, Gabriela de Almeida, e RAMMÊ, Rogério Santos, *op. cit.*, pp. 466 e 477; e CARDIN, Valéria Silva Galdino, e SILVA, Stela Cavalcanti da, *op. cit.*, p. 16.

³⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, pp. 13 e 17.

³⁶ RODRIGUES, Gabriela de Almeida, e RAMMÊ, Rogério Santos, *op. cit.*, p. 467; CARDIN, Valéria Silva Galdino, e SILVA, Stela Cavalcanti da, *op. cit.*, p. 17; CHAVES, Marianna, *op. cit.*, pp. 1066-1067; BELCHIOR, Germana Parente Neiva, e DIAS, Maria Ravelly Martins Soares, *op. cit.*, p. 65; RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi, FLAIN, Valdirene Silveira, e GEISSLER, Ana Cristina Jardim, “O animal de estimação sob a perspectiva da tutela jurisdicional: análise das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul”, p. 85; SILVA, Camilo Henrique, “Animais, Divórcio e Consequências Jurídicas”, p. 103; KELLERMANN, Larissa Florentino e MIGLIAVACCA, Carolina Moares, *op. cit.*, pp. 27-28, 43 e 45; e GORDILHO, José Heron de Santana, e COUTINHO, Amanda Malta, *op. cit.*, pp. 969 e 992.

³⁷ PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 13; RODRIGUES, Gabriela de Almeida, e RAMMÊ, Rogério Santos, *op. cit.*, p. 484; e CHAVES, Marianna, *op. cit.*, p. 1088.

³⁸ MELLO, Alberto de Sá e, “Os Animais no Ordenamento Jurídico Português — Algumas notas”, p. 112.

³⁹ REIS, Maria Quaresma dos, “O papel dos Tribunais na densificação da nova dimensão jurídica dos Animais”, pp. 13 e 19.

3. 2. As alterações legislativas ao código civil na parte relativa ao direito da família

Como vimos, previamente às recentes alterações legislativas, o nosso ordenamento jurídico-civilístico assentava na consideração do animal como *res*. Tanto assim que, no plano do Direito da Família, os animais, ainda que adquiridos por cada um dos cônjuges antes da celebração do casamento, integravam a comunhão conjugal, no regime da comunhão geral de bens, bem como integravam a relação dos bens comuns, designadamente para efeitos de partilha do património integrado na comunhão conjugal após o divórcio. Consequentemente, através da Lei n.º 8/2017, de 3 de março, o legislador português alterou as normas do CC de forma a estabelecer um “Estatuto Jurídico dos Animais”, assentando na constatação da ideia de que os animais não são coisas e de que o quadro normativo existente anteriormente à data da entrada em vigor deste diploma legal não era suficiente, nem adequado. Ora, este diploma implicou importantes alterações legislativas em matéria de Direito da Família.⁴⁰

Assim, nos termos da al. h), que foi aditada ao art. 1733.º, n.º1 do CC (bens incomunicáveis no âmbito do regime conjugal da comunhão geral de bens), são excluídos da comunhão de bens “os animais de companhia que cada um dos cônjuges tiver ao tempo da celebração do casamento”, pelo que, em termos práticos, no caso de rutura do casamento, o animal de companhia que um dos cônjuges possuía à data da celebração do casamento, por não integrar a comunhão, constituirá bem próprio daquele cônjuge que o detinha. Por outro lado, ao art. 1775.º CC foi aditada uma al. f), passando a

exigir-se que o divórcio por mútuo consentimento apenas seja possível quando exista acordo sobre o destino dos animais de companhia, caso existam. E, no tocante aos efeitos do divórcio, foi ainda aditado o art. 1793.º-A ao CC, no qual se mostra previsto que, no caso de divórcio litigioso, “os animais de companhia são confiados a um ou a ambos os cônjuges, considerando, nomeadamente, os interesses de cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também o bem-estar do animal”.⁴¹

Segundo Raul Farias⁴², “a necessidade de acordo/decisão relativamente ao destino de animal nos casos de divórcio, e tendo em conta os interesses familiares e o bem-estar do animal no caso específico do divórcio litigioso”, só faz sentido “quando os animais se encontrem em regime de comunhão ou de propriedade”, pois, se o animal for propriedade de apenas um dos cônjuges nos termos do art. 1722.º, n.º1, al. a), e da al. h) do art. 1733.º do CC, “existindo acordo entre os cônjuges relativamente ao destino do animal, a norma do art. 1775.º, n.º1, al. f) do CC será desnecessária na medida em que a transmissão da propriedade ou da posse operará automaticamente por atos materiais”.

Também conforme Raul Farias⁴³, “se o objetivo das alterações legais introduzidas foi o de individualizar a titularidade do animal de companhia, não faz sentido que a alteração introduzida ao art. 1733.º do CC não tenha tido qualquer repercussão no conteúdo do art. 1724.º do mesmo diploma legal”. Ora, para este autor, se um casal, cujo regime

⁴⁰ PEDROSO, Anabela, “Animais e(m) Família”, pp. 18-19; FARIAS, Raul, “O Direito dos Animais (de Companhia) (...)”, pp. 233-234; e REIS, Maria Quaresma dos, “O papel dos Tribunais na densificação (...)”, p. 20.

⁴¹ BARBOSA, Mafalda Miranda, “A recente alteração legislativa em matéria de proteção dos animais: apreciação crítica”, p. 70; BRANCO, Carlos Castelo, “Algumas notas ao estatuto jurídico dos animais”, p. 88 e 100; FARIAS, Raul, *op. cit.*, p. 233-234; PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 20; e PALMA, Augusta, “Os animais de companhia na jurisdição da família e das crianças”, p. 57.

⁴² FARIAS, Raul, *op. cit.*, p. 234-235.

⁴³ *Idem ibidem*, p. 235.

de bens de casamento é o da comunhão geral de bens, adquirir um animal, em virtude do disposto no art. 1733.º, este animal estará automaticamente excluído da comunhão conjugal; “mas se o regime de bens for o da comunhão geral de adquiridos, e sendo subsidiariamente aplicável o regime jurídico das coisas, o animal entra automaticamente na comunhão conjugal de bens em virtude do disposto na al. b) do art. 1724.º do CC”.⁴⁴ No entanto, na nossa visão, nos termos da lei, se o animal for adquirido durante a constância do matrimónio, caso o regime de bens seja o da comunhão de adquiridos ou o da comunhão geral, sendo subsidiariamente aplicável o regime jurídico das coisas (*ex vi* do art. 201.º-D CC), o animal entra automaticamente na comunhão conjugal de bens atento o disposto na al. b) do art. 1724.º, na al. h) do art. 1733.º *a contrario* e no art. 1734.º, todos do CC. Tenha-se também em conta que, nos termos do n.º 2 do art. 1733.º do CC, a incomunicabilidade dos bens não abrange os respetivos frutos⁴⁵, o que significa que qualquer ninhada proveniente de um animal de companhia, ainda que de titularidade individual, entra, *ope legis*, sempre no regime da comunhão conjugal, mesmo nos casos em que o casamento se encontra sujeito ao regime da comunhão geral de bens.⁴⁶

Todavia, baseando-nos na teleologia das alterações legislativas supra referidas, que têm em vista a proteção do bem-estar animal, e segundo a nossa interpretação do regime legal, o legislador, ao introduzir as alterações no art. 1775.º, n.º1, al. f) e no art. 1793.º-A, ambos do CC, pretendeu descon-

siderar a titularidade dos animais de companhia, isto é, mesmo que o animal seja bem próprio de um dos cônjuges por força do art. 1733.º, n.º1, al. h) ou do art. 1722.º, n.º1, al. a) do CC a sua posse pode ser atribuída ao outro cônjuge e, mesmo que estes integrem a comunhão conjugal, deixam de integrar a relação de bens comuns e de relevar para efeitos de partilha judicial ou extrajudicial, pois, em caso de divórcio, é sempre necessário que haja acordo ou decisão relativamente ao destino dos animais de companhia. Neste sentido vai o entendimento de Anabela Pedroso⁴⁷, pois segundo esta autora, uma vez que “os animais deixaram de ser coisas para efeitos cíveis”, “naturalmente que se impunha estabelecer [em sede dos efeitos do divórcio] uma norma específica a si referente, sob pena de caírem na enunciação dos bens comuns a que alude a al. a) do n.º1 do artigo 1775.º do CC e de a sua permanência futura, com um ou com outro dos donos, ficar relegada para uma discussão a ter em sede de partilha dos bens, contrariando, assim, a *ratio legis*”. Desta forma, na perspetiva desta Juíza de Direito, “a finalidade da lei foi a de não relegar, por tal ser incompatível com a sua nova natureza jurídica, a discussão das questões referentes aos animais de companhia para o inventário/partilha, como antes sucedia”.

Assim, em suma, antes da entrada em vigor da Lei n.º 8/2017, ou seja, antes de 1 de maio de 2017: os animais de companhia, tal como os restantes animais, eram mencionados na relação de bens comuns e relevavam para efeitos da partilha, judicial e extrajudicial; e, o acordo quanto aos animais de companhia não condicionava a convolação do divórcio sem consentimento em divórcio por mútuo consentimento. Já a partir de 1 de maio de 2017: os

⁴⁴ Neste mesmo sentido vide PALMA, Augusta, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁵ A este propósito, o artigo 212.º, n.º3, do CC considera “frutos das universalidades de animais as crias não destinadas à substituição das cabeças que por qualquer causa vierem a faltar, os despojos, e todos os proventos auferidos, ainda que a título eventual”.

⁴⁶ FARIAS, Raul, *op. cit.*, pp. 235-236; e PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁷ PEDROSO, Anabela, “Animais e(m) Família”, pp. 22-23.

animais de companhia deixaram de ser integrados na relação de bens comuns, passando a sê-lo unicamente ao nível do acordo previsto na al. f) do n.º1 do art. 1775.º do CC, desde que pertençam aos cônjuges; o decretamento do divórcio por mútuo consentimento depende do acordo quanto ao destino dos animais de companhia; e, apesar de qualquer animal ter deixado de ser coisa em sentido estrito, para efeitos civis e processuais civis, só os animais de companhia foram excluídos da partilha judicial ou extrajudicial, continuando a poder sê-lo os demais animais^{48, 49}.

Portanto, é assim que, “no domínio do Direito da Família e especificamente no âmbito do instituto do divórcio, o legislador estabelece uma diferença formal e material de tratamento entre os animais, pese embora a característica unitária de todos serem dotados de sensibilidade”, existindo “regras específicas para os animais de companhia e regras comuns às coisas para os demais animais (neste caso, *ex vi* do art. 201.º-D do CC)”.⁵⁰ Ou seja, o legislador, em função do especial relacionamento que possa existir entre um animal de companhia e um determinado ser humano ou agregado familiar, quis “favorecer a continuação desse elo estabelecido, dissociando-o das normas jurídicas aplicáveis aos demais animais em sede do instituto de divórcio”.⁵¹

3.3. A confiança/destino dos animais de companhia em caso de divórcio

Como acabamos de ver, é no âmbito do divórcio que as alterações legislativas efetuadas pela Lei n.º 8/2017 ao Código Civil, no seio do Direito da Família, assumem particular relevo. Deste modo, de seguida, iremos focar-nos nos artigos 1775.º, n.º1, al. f) e 1793.º-A, de forma a analisar como se regula o destino/confiança dos animais de companhia nos casos de rutura conjugal.

3.3.1. A necessidade de regulação do destino dos animais de companhia em caso de divórcio por mútuo consentimento

A partir da entrada em vigor da Lei n.º 8/2017, em caso de divórcio por mútuo consentimento, o art. 1775.º, n.º1, do CC prevê, caso o casal detenha animais de companhia, que um dos acordos que os cônjuges passaram a ser obrigados a apresentar, com vista à sua homologação, a par dos demais acordos e documentos, é o acordo sobre o destino dos animais de companhia, devendo o mesmo contemplar a cargo de quem fica o animal, pois que, foi aditada uma alínea f) ao respetivo artigo.⁵²

Foi, pois, uma clara opção legal, condicionar o decretamento do divórcio por mútuo consentimento, na conservatória do registo civil ou em tribunal (por convalidação do divórcio sem consentimento em divórcio por mútuo consentimento), ao acordo entre os cônjuges quanto à regulação das responsabilidades relativamente aos animais de companhia, enquanto titulares de um direito de propriedade sobre os mesmos, tendo de se extrair

⁴⁸ “Por seu turno, em relação aos animais que não sejam de companhia, ainda que devam ser tratados com sensibilidade, dada a sua senciência, são partilháveis judicial e extrajudicialmente e podem ser penhorados. Assim o entendemos decorrente da conjugação dos artigos 736.º do CPC, e 1302.º n.º2, 1305.º-A, 1318.º, 1323.º e 1733.º, n.º1, al. h) a *contrario sensu* do CC”. Vide PALMA, Augusta, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁹ PALMA, Augusta, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁰ FARIAS, Raul, *op. cit.*, p. 234.

⁵¹ *Idem ibidem*, p. 242.

⁵² PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 20; BRANCO, Carlos Castelo, “Algumas notas ao estatuto jurídico dos animais”, p. 100; e FARIAS, Raul, “O Direito dos Animais (de Companhia) no Direito Português da Família após as alterações introduzidas pela Lei n.º 8/2017”, p. 237.

daí todas as consequências. Estamos, portanto, perante um sinal claro do legislador nacional de dignificação da condição animal, ao mesmo nível — numa situação de rutura dos laços conjugais — da necessidade de entendimento quanto a parâmetros necessariamente caros a qualquer família, como sejam, por exemplo, os filhos ou a casa de morada de família. Assim, em primeira mão, duas hipóteses poder-se-ão verificar: ou os cônjuges chegam a acordo ou não chegam a acordo quanto ao destino do animal de companhia.⁵³

No caso de chegarem a acordo, importa, desde já, referir que, a nosso ver e em coerência com a integração dos animais de companhia no seio familiar, como seres sencientes que são, o acordo deve contemplar, com as devidas adaptações à condição dos animais de companhia, os mesmos itens da regulação do exercício das responsabilidades parentais (RERP) em relação aos filhos (crianças e jovens)⁵⁴, a saber: a residência dos animais, com os cônjuges ou com terceiros; o regime de convivência do animal com o cônjuge não residente; e os alimentos devidos ao animal.⁵⁵ De facto, tal como Augusta Palma⁵⁶, “entendemos não poder ficar na vaguidade da aceitação de que os animais de companhia

não são coisas, mas também se lhes não poderá ser aplicado o regime das pessoas. E, naturalmente, o regime das pessoas prefigurável, dentro do espírito do sistema jurídico, é o da menoridade”.

Portanto, havendo acordo quanto à regulação do exercício das responsabilidades dos donos/detentores relativamente aos animais de companhia, abrangente dos destinos residencial e relacional, bem como da compensação (financeira ou não) do dono não residente relativamente ao dono residente, o tribunal — tal como a conservatória do registo civil — deverá homologá-lo e, nada mais falhando ao nível dos pressupostos legais de decretamento do divórcio, proferir decisão de convolação do divórcio sem consentimento em divórcio por mútuo consentimento, ou — no caso da conservatória do registo civil — de decretamento do divórcio por mútuo consentimento.⁵⁷

No entanto, o art. 1776.º do CC, relativo ao procedimento e decisão na conservatória do registo civil, e também os arts. 271.º e seguintes do Código do Registo Civil, específicos relativamente à tramitação processual do processo de divórcio por mútuo consentimento na conservatória do registo civil, não foram alterados pelo legislador, o que significa que este quis, de forma expressa, apenas vincular o conservador à verificação do preenchimento dos pressupostos legais do acordo, ou seja, averiguar se do mesmo resulta o destino do animal de companhia, afastando-o da possibilidade de alterar o seu conteúdo. Ademais, note-se que, para além de ter de se aferir se se trata de animal de companhia, a verificação do preenchimento dos pressupostos legais do acordo pressupõe ainda, atento o disposto no n.º 2 do art. 1775.º do CC, que nos casos em que a posse ou detenção de animais de

51

⁵³ PALMA, Augusta, “Os animais de companhia na jurisdição da família e das crianças”, pp. 67 e 79.

⁵⁴ O processo de RERP está regulado nos arts. 34.º a 63.º do RGP-TC e arts. 1905º a 1912º do CC, sendo que qualquer acordo de pais, homologado pelo Tribunal, ou sentença judicial (quando inexistente acordo ou existe acordo que não venha a ser homologado), que estabeleça a RERP compreende três vertentes: determinar a residência/guarda da criança ou do jovem, estabelecer um regime de convívio ou de contactos pessoais (visitas) entre a criança e o progenitor não residente, e determinar a obrigação de alimentos devida pelo progenitor não residente à criança. Cf. SÓTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio*, p. 26; FIALHO, António José, *Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, pp. 25, 84 e 88; e GUERRA, Paulo, e BOLIEIRO, Helena, *A Criança e a Família — Uma questão de Direitos*, p. 199.

⁵⁵ Neste sentido PALMA, Augusta, *op. cit.*, pp. 54-55, 67 e 78.

⁵⁶ PALMA, Augusta, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁷ *Idem ibidem*, p. 67.

companhia careça de licenciamento prévio (no caso dos animais perigosos⁵⁸ e dos animais abrangidos pela Convenção CITES⁵⁹), o conservador obrigue a parte a quem ficará destinado o animal a apresentar o licenciamento previamente obtido para a sua posse, sob pena de inviabilização do decretamento do divórcio por mútuo consentimento.⁶⁰

3. 3. 3. O destino dos animais de companhia em caso de divórcio por mútuo consentimento requerido no tribunal

A questão que se pode colocar, quando o processo decorre no tribunal, prende-se com saber se o tribunal deverá aferir da conveniência ou adequação dos acordos submetidos à homologação judicial do ponto de vista do bem-estar animal, do interesse dos cônjuges e dos filhos, ou seja, se a homologação judicial, em sede de tentativa de conciliação, deverá ser precedida da aferição da bondade de cada um dos acordos previstos no art. 1775.º, n.º 1 do CC.⁶¹ Adiantamos já que, quanto a este ponto, concordamos com Augusta Palma⁶², segundo a qual a resposta deverá ser afirmativa, “como forma de garantir que são assegurados os interesses dos donos/detentores dos animais de companhia e dos filhos daqueles, e, sobretudo, o bem-estar animal, como decorre do artigo 1793.º-A do CC”, acrescentando ainda que, é possível, “que, para o efeito, dentro da liberdade de conformação judicial, tenha lugar prévia auscultação de entidades estatutariamente promotoras do bem-estar animal”. Isto significa que, na hipótese de o acordo apresentado ao

juiz não corresponder aos interesses de cada um dos cônjuges ou dos filhos do casal ou ao bem-estar dos animais de companhia, “coerentemente, um tal acordo não poderá/deverá ser homologado, devendo o juiz diligenciar proactivamente e em consonância com os poderes-deveres de que dispõe no âmbito da jurisdição voluntária, pela superação de tais obstáculos”.⁶³ Note-se ainda que, “tal nível de controlo/precaução se justifica, ademais, pelas preocupações de saúde pública inerentes à existência animal, por mais domesticados que sejam os animais em causa, para mais podendo tratar-se de animais classificados de perigosos”, sendo que, neste último caso, têm que estar verificadas as condições impostas pelo DL n.º 315/2009, de 29-10. Com efeito, visto que o nosso legislador não previu tudo, deverá ser o juiz “a ter uma atuação preventiva e eficaz na garantia de segurança e saúde pública”, pois só desta forma se honra o comando do art. 1778.º-A, n.º 2, do CC.⁶⁴ Neste sentido encontramos também a posição de Anabela Pedroso⁶⁵, que sustenta que, na prática judiciária, “o acordo sobre o destino dos animais de companhia pressupõe que os cônjuges identifiquem o animal e, tratando-se de cão ou gato, comprovem o seu registo, identificação e vacinação junto da junta de freguesia territo-

⁵⁸ Art. 5.º do DL n.º 315/2009, de 29 de outubro, na redação introduzida pela Lei n.º 46/2013, de 4 de julho.

⁵⁹ Arts. 14.º e 15.º do DL n.º 121/2017, de 20 de setembro.

⁶⁰ FARIAS, Raul, *op. cit.*, pp. 238-239.

⁶¹ PALMA, Augusta, *op. cit.*, pp. 68 e 78.

⁶² *Idem ibidem*, pp. 68 e 78-79.

⁶³ Segundo esta autora, a resposta terá que ser diferenciada, consoante a homologação tiver por objeto acordo extrajudicial ou acordo judicial. Assim, no primeiro caso, ainda que com prejuízo da celeridade processual, oficiosamente, o juiz deve ter conhecimento dos diplomas fundamentais relativos ao bem-estar animal e solicitar aos cônjuges que documentem nos autos a sua situação residencial e familiar nuclear. O mesmo deverá acontecer nos casos de acordo judicial, todavia, neste caso, e porque se entende “que não há lugar à intervenção do Ministério Público como condição de validade e eficácia de acordos relativos a animais de companhia”, o juiz deve exigir das partes/sujeitos processuais, além da verdade e cooperação processuais, podendo estas ser sancionadas processualmente através de institutos como a litigância de má fé [art. 542.º do CPC] e a multa processual [arts. 7.º e 417.º do CPC]. Cf. PALMA, Augusta, *op. cit.*, p. 69.

⁶⁴ *Idem ibidem*, pp. 69-70.

⁶⁵ PEDROSO, Anabela, “Animais e(m) Família”, pp. 26-27.

rialmente competente (e que, tratando-se de animal perigoso ou potencialmente perigoso, juntem a licença especial emitida para o efeito e o seguro de responsabilidade civil), tendo-se em atenção que o destino apenas pode ser atribuído ao cônjuge que seja detentor deste licenciamento e demais requisitos legais”.

Portanto, na nossa opinião, estando os cônjuges de acordo, o tribunal, só deverá homologar o mesmo após garantir que estão assegurados todos os interesses das partes envolvidas e, principalmente, o bem-estar animal, para além de que terá ainda que aferir da verificação de todas as exigências legais.

Já no caso de os cônjuges não haverem chegado a acordo entre si no que tange à regulação do exercício das suas responsabilidades, enquanto donos, relativamente aos animais de companhia, não obstante os esforços despendidos em sede de tentativa de conciliação, a situação processual complica-se. Com efeito, terá que ser o juiz, por força do art. 1778.º-A, n.º 3, do CC, a fixar “as consequências do divórcio nas questões referidas no n.º 1 do artigo 1775.º sobre que os cônjuges não tenham apresentado acordo, como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”.⁶⁶ Ora, esta constituiu uma inovação da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que introduziu uma nova modalidade de divórcio por mútuo consentimento requerido no tribunal⁶⁷ no art. 1778.º-A do CC, segundo o qual, estando os cônjuges de acordo em cessar a relação matrimonial por divórcio, é possível o decretamento do divórcio por mútuo consentimento sem o acordo dos cônjuges quanto a todas ou algumas das questões exigidas por lei, incumbindo

ao juiz decidir os efeitos do divórcio relativamente a essas questões como se fosse um divórcio sem consentimento. Portanto, não conseguindo o juiz obter o consenso dos cônjuges quanto a uma das consequências do divórcio, deve determinar a prática dos atos e proceder à produção de prova que considere necessária para a instrução do processo, com vista à fixação das consequências do divórcio na(s) questão(ões) em que os cônjuges não apresentaram acordo ou não acordaram na conferência ou na tentativa de conciliação (n.º 4 do art. 1778.º-A). Certo é que consistindo a questão principal da causa no decretamento do divórcio (art. 1778.º-A, n.º 5), a definição judicial das consequências deste configura uma questão incidental, a resolver de acordo com as orientações processuais que o juiz entender mais convenientes, quer quanto ao conteúdo e forma dos atos processuais, quer quanto à produção de prova considerada necessária, observando-se os princípios processuais, particularmente da igualdade das partes e do contraditório.⁶⁸

3. 3. 4. A confiança dos animais de companhia nos casos de divórcio litigioso

Conforme o disposto no art. 931.º, n.º 2 do CPC, não tendo resultado a tentativa de conversão do divórcio sem consentimento do outro cônjuge em divórcio por mútuo consentimento, o juiz procura obter o acordo dos cônjuges quanto aos acordos previstos no art. 1775.º, n.º 1 do CC. Para além disso, nas situações em que, apesar de ambos os cônjuges manifestarem vontade de se divorciar, não seja possível obter consenso quanto aos acordos legalmente exigidos, o n.º 7 do mesmo arti-

⁶⁶ PALMA, Augusta, *op. cit.*, p. 70.

⁶⁷ O processo de divórcio por mútuo consentimento judicial é um processo de jurisdição voluntária, ao qual são aplicáveis, no que se refere à tramitação processual, os artigos 1774.º e 1778.º-A do CC e os arts. 994.º a 999.º do CPC.

⁶⁸ Para um maior aprofundamento nesta matéria vide PALMA, Augusta, *op. cit.*, pp. 70-71; FIALHO, António José, *Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, pp. 11 e 18-24; e LEAL, Ana Cristina Ferreira de Sousa, *Guia Prático do Divórcio*, pp. 17-21.

go, dispõe que “em qualquer altura do processo, o juiz, por iniciativa própria ou a requerimento de alguma das partes, e se o considerar conveniente, pode fixar um regime provisório (...); para tanto, o juiz pode, previamente, ordenar a realização das diligências que considerar necessárias”. Assim, a divergência entre os cônjuges pode exigir a instrução e discussão de questões controvertidas, pelo que os cônjuges serão notificados para alegarem o que tiverem por conveniente quanto a essas questões, invocando matéria de facto e de direito que sustente a sua pretensão e apresentando ou requerendo os meios de prova que entendam por adequados, sem prejuízo do poder-dever conferido ao juiz de determinar a produção de outros meios de prova eventualmente necessários.⁶⁹

Ora, pensamos que se trata de um esquecimento por parte do legislador o facto de não ter alterado estes artigos, aditando aos mesmos o acordo dos cônjuges sobre o destino dos animais de companhia, tendo por base a coerência sistemática do regime legal e os acordos previstos no art. 1775.º do CC; pelo que, na nossa opinião, o juiz poderá, igualmente, procurar obter o acordo dos cônjuges quanto ao destino dos animais de companhia e, caso isso não seja possível, fixar um regime provisório quanto ao destino dos mesmos⁷⁰.

Quanto à fixação do destino dos animais de companhia, o legislador introduziu uma nova nor-

ma, o art. 1793.º-A, no Código Civil, respeitante ao processo de divórcio litigioso, segundo a qual “os animais de companhia são confiados a um ou a ambos os cônjuges, considerando, nomeadamente, os interesses de cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também o bem-estar do animal”. Ora, desta norma, podemos previamente retirar a conclusão de que o legislador refere que o animal de companhia é confiado a um ou a ambos os cônjuges, não fazendo qualquer referência à possibilidade de confiança a terceiros, nomeadamente a filhos maiores do casal, pelo que esta restrição pode determinar sérios problemas quando nenhum dos cônjuges esteja disposto a arcar com a detenção do animal ou no caso de o juiz concluir que não existem condições para o destino do animal ser fixado com algum dos membros do ex-casal.⁷¹

Para além disso, “podendo todos os animais serem à partida tidos abstratamente como animais de companhia, a sua valoração concreta enquanto tal dependerá da produção de prova processualmente produzida, com especial relevância para os casos dos animais perigosos e dos animais abrangidos pela Convenção CITES, os quais carecem de apresentação de prova documental do seu licenciamento válido por um dos cônjuges”.⁷² Portanto, concordamos com Anabela Pedroso⁷³, segundo a qual na fixação do destino do animal, o juiz deverá aferir se os cônjuges reúnem as condições legais para o deter. Isto porque o regime de detenção de determinados animais de companhia obedece a exigências legais, muito mais reforçadas no caso de detenção de animais potencialmente perigosos. Assim, tal como referido anteriormente, consideramos que o

⁶⁹ LEAL, Ana Cristina Ferreira de Sousa, *op. cit.*, pp. 29-30; e FIALHO, António José, *op. cit.*, pp. 29-30.

⁷⁰ Conforme indicado na sentença do processo n.º540/18.5T8M-FR do JFMM, de 2-12-2019, na tentativa de conciliação com as partes, realizada a 20-11-2018, com a presença da Kiara (animal de companhia em relação ao qual se tinha que fixar o destino), “dado que não foi notório qualquer comportamento preferencial por qualquer das partes”, foi “fixado provisoriamente por acordo um regime de contactos da cadela com cada um, de três dias para cada um, alternadamente”. Depois, na diligência de 8-5-2019, “alterou-se o regime de confiança da Kiara com as partes, de três dias para uma semana alternada com cada um, e as partes foram notificadas para alegar e juntar prova”.

⁷¹ FARIAS, Raul, “O Direito dos Animais (de Companhia) (...)”, pp. 239-240; e PEDROSO, Anabela, “Animais e(m) Família”, pp. 25-26.

⁷² FARIAS, Raul, *op. cit.*, pp. 240-241.

⁷³ PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, pp. 26-27.

tribunal não pode decidir ou homologar um acordo referente ao destino de um determinado animal de companhia, sem que se mostrem acauteladas as exigências legais a eles atinentes, pois julgamos que só através do exercício desta atividade fiscalizadora o tribunal conseguirá salvaguardar o critério do bem-estar animal.

3. 3. 4. 1. *Análise do art. 1793º-A do Código Civil — critérios a atender na fixação do destino dos animais de companhia*

Na subsecção IV — efeitos do divórcio (seja em que modalidade ocorrer) — do capítulo XII da secção I do Livro da Família do Código Civil, foi introduzido o art. 1793.º-A, cuja epígrafe é “animais de companhia”, e cujo teor é o seguinte: “Os animais de companhia são confiados a um ou a ambos os cônjuges considerando, nomeadamente, os interesses de cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também o bem-estar do animal”.⁷⁴ Ora, conforme já temos vindo a referir, o tribunal poderá ter que intervir, no que a esta matéria diz respeito, no âmbito da homologação de um acordo; não havendo acordo, mas tendo sido possível a convalidação do divórcio sem consentimento do outro cônjuge em divórcio por mútuo consentimento, poderá ter que, nesta parte, extrair as consequências jurídicas do divórcio, como se se tratasse de um divórcio sem consentimento, nos termos do n.º3 do art. 1778.º-A do CC; assim como poderá ter que decidir, na sequência do decretamento do divórcio, na modalidade de divórcio sem consentimento do outro cônjuge, os efeitos do divórcio, referentes aos animais. Isto significa que, em todas estas situações, quanto aos critérios que deverão ser ponderados

aquando da realização do juízo acerca da fixação do destino dos animais de companhia, a lei impõe que o tribunal terá que atender aos critérios do art. 1793.º-A do CC, que são os “interesses de cada um dos cônjuges”, os “interesses dos filhos do casal” e, também, o “bem-estar animal”, pelo que este artigo merece uma especial atenção.⁷⁵

Em primeiro lugar, é curioso notar que o legislador português optou por utilizar o verbo “confiar” e não as categorias jurídicas tradicionais para dispor do animal de companhia aquando do divórcio, não se falando em propriedade nem em posse. Isto significa que, por meio de uma regra especial, o Código Civil português afasta, quanto aos animais de companhia, a incidência da regra dos regimes de bens do casamento, pelo que, tal como referido anteriormente, o animal não seguirá as regras das coisas para fins de partilha. Portanto, não importa se o animal é bem comum ou bem particular por força do regime de bens, pois o animal ficará confiado aquele que tiver maior aptidão para os seus cuidados, que tiver melhores condições financeiras e de espaço para abrigar o animal (tiver um ambiente mais adequado para a estadia do animal), que tiver maior tempo disponível para se dedicar ao animal e com quem o animal já tenha maiores ou mais profundos vínculos afetivos (atendendo ao grau de afinidade e afetividade entre o animal e cada um dos cônjuges), dentre outros fatores que o juiz considerar imprescindíveis para o melhor-bem-estar do animal, de acordo com as suas características.⁷⁶

Note-se ainda que não há hierarquia entre os

⁷⁴ PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 20; SIMÃO, José Fernando, “Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil”, p. 906; e PALMA, Augusta, “Os animais de companhia na jurisdição da família e das crianças”, p. 58.

⁷⁵ PEDROSO, Anabela, “Animais e(m) Família”, pp. 21 e 26; e BRANCO, Carlos Castelo, “Algumas notas ao estatuto jurídico dos animais”, p. 101.

⁷⁶ SIMÃO, José Fernando, *op. cit.*, pp. 906-907; e COSTA, Deborah Regina Lambach Ferreira da, e FERREIRA, Fabiano Montiani, “O Direito dos Animais de Companhia”, p. 33.

três dados do art. 1793.º-A do CC. Trata-se de fatores de ponderação que o legislador coloca ao mesmo nível, fazendo recair sobre o decisor a necessidade de, em concreto e no momento da decisão, ponderar qual desses elementos deve ser valorado de forma preponderante na decisão a tomar. O Código Civil utiliza o advérbio “também” para mostrar que o interesse da família não é superior ao bem-estar do animal, pelo que há uma conjugação dos três critérios e um não se analisa senão à luz do outro, não se tratando de uma ordem de preferência ou de superioridade.⁷⁷ No entanto, na nossa visão, não se pode ter apenas em conta uma interpretação literal da lei, devendo-se ter igualmente em consideração a teleologia das alterações legislativas introduzidas pela Lei n.º 8/2017, que se traduz, essencialmente, na proteção do bem-estar animal, bem como as normas de direito comunitário e internacional que vigoram na nossa ordem jurídica, cujo objetivo é o mesmo. Assim, consideramos que, na ponderação que tem de ser feita pelo julgador na fixação da confiança do animal de companhia, este deve atribuir uma maior relevância ao fator do *bem-estar do animal*.

Com efeito, na nossa opinião, o bem-estar do animal, mais precisamente “o melhor interesse do animal”, passou a ser o critério principal, o verdadeiro cerne, para determinar a quem será confiado, tendo correspondência ao “superior interesse da criança” no caso das crianças⁷⁸, remetendo-o de

forma indireta para uma posição de familiar ou parafamiliar dos seus detentores, pois os interesses dos animais de companhia, que compartilham as suas vidas com a família humana, também são de alguma forma afetados pelo fenómeno da fragmentação do vínculo conjugal ou convivencial. Desta forma, o legislador, explicitamente, vem dizer que é preciso que os magistrados considerem o bem-estar do animal nas suas decisões, procurando atender ao melhor interesse do animal.⁷⁹

a) O conceito de bem-estar animal

Assim, quanto ao que deve ser entendido por “bem-estar animal”, mais uma vez nos socorremos da CEPAC e do diploma nacional que a aplicou, o DL n.º 276/2001, de 17-10. Consiste, pois, no “estado de equilíbrio fisiológico e etológico de um animal”⁸⁰, conforme o disposto no art. 2.º, n.º1, al. h), do citado Decreto-Lei. A propósito do bem-estar animal, importa ainda referir que, no âmbito da União Europeia, destaca-se o Protocolo Anexo ao Tratado de Amesterdão relativo ao Bem-Estar Animal e o art. 13.º do TFUE, sendo importante reter que, de acordo com o *Farm Animal Welfare Comitee*, são cinco as liberdades essenciais à salvaguarda do bem-estar animal: 1. Ausência de fome e sede; 2. Ausência de dor, ferimento ou doença; 3. Ausência de desconforto; 4. Liberdade de expressar comportamento normal; e 5. Ausência de medo ou sofrimento.⁸¹

⁷⁷ SIMÃO, José Fernando, *op. cit.*, p. 907; e PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 26.

⁷⁸ Neste sentido CHAVES, Marianna, “Disputa de guarda de animais de companhia (...)”, p. 1078, de acordo com a qual o critério do “melhor interesse do animal” deveria ser o fundamental na resolução destas disputas, analogamente ao critério do “melhor interesse da criança” na guarda dos filhos. O melhor interesse do animal de companhia é, pois, “um conceito jurídico indeterminado, que deverá ser materializado pelo juiz na análise dos elementos do caso concreto, sempre em busca do bem-estar do animal em causa”, pelo que “o melhor interesse

do animal será alcançado levando-se em consideração o seu bem-estar, em duas vertentes: o físico e o psicológico”.

⁷⁹ CHAVES, Marianna, *op. cit.*, pp. 1088-1090; e REIS, Maria Quaresma dos, “O papel dos Tribunais na densificação da nova dimensão jurídica dos Animais”, p. 20.

⁸⁰ Encontramos a mesma definição de “bem-estar animal”, no art. 3.º, al. e) do DL n.º64/2000, de 22 de abril.

⁸¹ PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 27; e PALMA, Augusta, *op. cit.*, p. 68.

b) Outros interesses a ter em conta

Para além do bem-estar animal, o tribunal deverá ainda atender aos interesses dos cônjuges — por exemplo, necessidade do animal, por razões profissionais ou de doença — e dos filhos do casal. De facto, o juiz deve averiguar e ter em consideração os interesses das partes envolvidas, sobretudo porque este é um processo movido por relações afetivas e os detentores que realmente amam os seus animais de companhia são acometidos de grande angústia e até problemas psicológicos, se, após a separação ou divórcio, ficarem impedidos de visitar o seu animal de companhia. Quanto ao interesse dos filhos, este critério não significa necessariamente que o animal deva acompanhá-los, conjugando-se tal atribuição com o regime de exercício das responsabilidades parentais, pois poderá haver situações em que o próprio interesse dos filhos até vai em sentido contrário — por exemplo, por questões de saúde da criança ou do jovem^{82, 83}. Neste contexto, importa referir que o “superior interesse da criança”, consagrado no art. 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, é considerado o fator primordial de ponderação na tomada de qualquer decisão.

Certo é que a jurisprudência nacional terá um papel decisivo na concretização de tais critérios, que se apresentam como cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, e interessante será também saber como os tribunais lidarão com outras questões, como, por exemplo, a de uma possível extensão aos animais, por analogia, do direito de visita ou do direito a alimentos, possível noutros

ordenamentos jurídicos.⁸⁴

c) Questões de prova

Também importa referir que, nestes casos, ainda que os cônjuges já tenham um acordo sobre a guarda do animal, as provas testemunhais e periciais revelam-se necessárias, de forma a averiguar se fica assegurado o bem-estar do animal. Desta forma, há necessidade de produção de prova testemunhal para análise do bem-estar daquele animal em questão, isto é, o juiz tem de ouvir pessoas que conheçam a relação entre os donos e o animal e possam descrever a dinâmica familiar à qual o animal está submetido. Poderá haver igualmente necessidade de produção de prova pericial, ou seja, de que haja a participação de um especialista em comportamento e bem-estar animal para indicar se a solução convencionada pelos cônjuges ou a decisão a ser proferida pelo juiz atende ao bem-estar e às necessidades daquele animal em concreto.⁸⁵

No processo n.º 540/18.5T8MFR do Juízo de Família e Menores de Mafra, o Dr. Juiz, para além de realizar a tentativa de conciliação na presença da Kiara (animal de companhia em relação ao qual se tinha de decidir a quem seria confiado), de forma a avaliar o seu comportamento junto das partes, “dado que não foi notório qualquer comportamento preferencial por qualquer das partes”, sugeriu, e as partes aceitaram, “realizar uma perícia à vinculação da Kiara às partes”. Então, foi ordenada a realização de uma perícia à PetBHavior, que é uma entidade especialista em comportamento e bem-estar animal, a qual realizou diversos tipos de testes com as partes e o canídeo Kiara, nomeada-

57

⁸² Uma questão que, neste contexto, se pode colocar tem que ver com o facto de o legislador não ter estabelecido aqui qualquer limite de idade dos filhos. Cf. PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 29.

⁸³ PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 29; EITHNE, Mills, e AKERS, Kreith, ““Quem fica com os gatos... Você ou eu?” (...).”, p. 230; e GORDILHO, José Heron de Santana, e COUTINHO, Amanda Malta, “Animal law and couple’s divorce”, pp. 984-985.

⁸⁴ BRANCO, Carlos Castelo, *op. cit.*, p. 101; e PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁵ SIMÃO, José Fernando, *op. cit.*, pp. 907-908; e GORDILHO, José Heron de Santana, e COUTINHO, Amanda Malta, *op. cit.*, p. 984.

mente: um teste de obediência e vínculo em local reservado; um teste de obediência e vínculo em local público; um teste para avaliar a frustração causada pela ausência de um dos tutores; e, por fim, um teste de interrupção do vínculo. Após a realização de todos estes testes, a perícia concluiu que “a guarda partilhada deste animal, fixada no prazo máximo de 15 dias, não será prejudicial para a cadela neste momento, uma vez que a mesma apresentou uma série de respostas emocionais que são resultado de um vínculo estável e equilibrado com ambos os tutores. Como pré-requisito fundamental para esta guarda partilhada é fundamental o compromisso de manter as rotinas que vão ao encontro das necessidades específicas da cadela, tendo sempre como prioridade o seu bem-estar, ou seja, horários e durabilidade de passeios, manter o mesmo tipo de alimentação, evitar longos períodos de solidão e promover a sua educação permanente (neste caso obrigatória por lei, com acompanhamento de um treinador certificado para cães potencialmente perigosos)”. Ademais, para além das declarações de parte, o Juiz ouviu ainda os depoimentos dos companheiros, de amigos e de familiares de cada uma das partes, que conheciam a relação de cada um com a cadela, bem como o funcionamento da dinâmica familiar respetiva a cada parte, indicando como a cadela se comportava em casa de cada uma das partes. E, mais importante ainda, foi o depoimento da veterinária da cadela em questão, pois esta pode indicar quem levava a Kiara às consultas e quem fazia os respetivos pagamentos, dando ainda o seu parecer quanto ao impacto no bem-estar desta cadela com uma possível guarda partilhada. Ora, toda esta produção de prova revelou-se essencial para a formação da convicção e tomada de decisão por parte do juiz, pois recolheu todos os elementos necessários à avaliação do bem-estar do animal em concreto.

Depois de analisadas todas estas questões, podemos concluir que as regras do direito de propriedade dos animais ficam limitadas, pois concordamos com José Fernando Simão⁸⁶ quando afirma que “ainda que o animal seja comum, levando-se em conta os três critérios contidos no art. 1793.º-A do CC, o juiz pode estipular que o animal seja confiado a apenas um deles que indemnizará a metade ao cônjuge preterido. Há uma exclusão do animal da partilha. Nessa hipótese, não se afasta a possibilidade de eventual direito de visitas por parte daquele que não é mais dono do animal. Se o animal pertencer a apenas um dos cônjuges (bem particular), poderá o juiz estipular a copropriedade em caso de clara relação afetiva e de cuidado de ambos para com o animal. A sua guarda, nesse caso, poderá ser unilateral de um dos cônjuges com visita do outro, ou mesmo compartilhada. A solução depende da situação fática e das provas colhidas pelo magistrado”. Acrescenta ainda que “questão mais complicada é saber se o animal for bem particular, pertencer a apenas um dos cônjuges, se o juiz pode determinar que ele seja confiado ao outro que não seu proprietário. A resposta deve ser afirmativa. Alguns poderiam afirmar que retirar a propriedade de um dos cônjuges significaria verdadeiro confisco. Aqui há uma subtilidade. O juiz confiará a posse, mas não a propriedade, ao outro cônjuge. Há uma restrição de uso e gozo, mas não de reaver o animal de um terceiro que injustamente o detenha.”⁸⁷ É mais uma

⁸⁶ SIMÃO, José Fernando, *op. cit.*, pp. 908-909.

⁸⁷ Neste sentido vai o entendimento de FARIAS, Raul, “O Direito dos Animais (de Companhia) (...)”, pp. 243-244: “Face ao disposto nos arts. 1251.º e 1253.º do CC, estaremos nitidamente perante uma situação de posse do animal de companhia, que poderá ou não mostrar-se integrada num direito de propriedade, consoante a titularidade deste último”. Isto significa que, “quando não exista esta coincidência da posse integrada num direito de propriedade, existirá uma posse com nua propriedade do outro ex-cônjuge, o que fará com que a posse do possuidor do animal revista, a nosso ver, as características inerentes ao instituto do direito de usufruto, o qual se traduz no “direito de gozar

limitação ao direito de propriedade levando-se em conta o bem-estar animal”.

Portanto, nos casos de divórcio, diante do problema de saber com quem ficará a guarda do animal de companhia, o magistrado deve procurar a melhor solução para cada caso concreto, sendo que a melhor solução é a que visa o bem-estar e a preservação do “melhor interesse do animal”, descartando-se o critério da propriedade como fundamento e ponderando cuidadosamente todos os aspetos fáticos. De facto, “a simples demonstração da propriedade do animal não é suficiente para a concessão da sua guarda, pois, muitas vezes, a relação afetiva estabelecida entre o não proprietário e o animal é mais forte e saudável”.⁸⁸ Por isso, os envolvidos, devem demonstrar quem possui melhores condições para a criação do animal; condições estas que vão desde fatores psicológicos, sentimentais, financeiros, tempo disponível, entre outros.⁸⁹ Neste sentido, Eithne e Akers⁹⁰, dentro do critério amplo do bem-estar animal, apontam para requisitos mais específicos a serem utilizados na solução do litígio, respeitantes às condições de vida do animal de estimação, tais como com que frequência o animal sai para caminhadas, se no novo lar haverá conflitos de relacionamento que possam surgir com crianças, adultos ou outros animais, qual dos tutores é mais afetuoso e mostra mais atenção às suas necessidades, entre outras situações. Para além disso, Eithne e Akers⁹¹ alertam ainda para o facto de que, os tribunais, “a partir do ponto de vista psi-

cológico do animal, devem ainda estar cientes da possibilidade de desgaste do animal, se o tribunal decide que o animal resida permanentemente com um dos cônjuges” e devem também ter atenção ao facto de que um dos cônjuges “pode simplesmente ter uma maior aptidão para ser um bom dono para o animal de estimação do que o outro”.

A isto, Eithne e Akers⁹² acrescem ainda que “haverá momentos, no entanto, em que os melhores interesses do animal de companhia e os melhores interesses dos proprietários do animal serão ambos conflitantes e também impossíveis de conciliar”. Um bom exemplo desta situação é quando, a seguir ao divórcio ou a uma separação permanente, o cônjuge que detém a guarda do animal de companhia, se muda, com o animal, para uma nova residência, que fica muito distante da casa do cônjuge que não possui a guarda. Ora, se o animal não conseguir lidar com a constante mudança de residência, não é do seu melhor interesse ser objeto de um pedido de guarda compartilhada entre os dois detentores, e embora seja do interesse do cônjuge que não possui a guarda ter, pelo menos, visitas frequentes e regulares ao animal de companhia, isso pode não ser financeira ou logisticamente possível. Em tais situações, os autores consideram que “os interesses do animal devem ser observados porque o parceiro que não possui a guarda pode, no mínimo, comprar um novo animal de estimação”, entendendo que “o tribunal deve fazer o seu melhor para satisfazer os interesses do animal de estimação e dos proprietários do animal de estimação. No entanto, se isso não for possível, os melhores interesses do animal de estimação devem prevalecer sobre o de um dos proprietários”.⁹³ Ora, como já referimos,

temporária e plenamente uma coisa ou direito alheio, sem alterar a sua forma ou substância” (art. 1439.º do CC)”.
59

⁸⁸ SILVA, Camilo Henrique, “Animais, Divórcio e Consequências Jurídicas”, pp. 106-109.

⁸⁹ *Idem ibidem*, p. 107.

⁹⁰ EITHNE, Mills, e AKERS, Kreith, ““Quem fica com os gatos... Você ou eu?” (...)”, pp. 220-221.

⁹¹ *Idem ibidem*, p. 230.

⁹² *Idem ibidem*, pp. 230-231.

⁹³ Neste sentido, GORDILHO, José Heron de Santana, e COUTINHO, Amanda Malta, “Animal law and couple’s divorce”, p. 968.

consideramos que o “melhor interesse do animal”, analogamente ao “superior interesse da criança” no que toca à RERP, e exceto se conflituante com este último, deve ser o critério prevalecente na tomada de decisão por parte do juiz, devendo por isso prevalecer em relação aos interesses dos donos. Contudo, se um dos donos não quiser/puder ficar com o animal ou manter contacto com ele, mesmo isso indo ao encontro do seu “melhor interesse”, pensamos que o juiz não poderá obrigar nenhuma das partes nesse sentido.

3.3.5. Aplicação adaptativa do regime das crianças

Quando a esta questão, há quem entenda, como é o caso de Anabela Pedroso⁹⁴, que os animais “não sendo coisas, mas não se tratando de pessoas, não poderão ser confiados nos mesmos moldes que os filhos, tendo-se criado um mecanismo adequado à sua natureza com vista a que o seu destino fosse fixado”. Assim, no seu entendimento, “apenas analogicamente as regras referentes às crianças poderiam ser ponderadas como sendo suscetíveis de aplicação aos animais de companhia”, pois “a analogia pressupõe a existência de uma lacuna legal” que, no caso concreto, não crê que se verifique, porque estamos perante uma “questão que conheceu definição legal específica pelo legislador, o qual poderia ter ido mais além se quisesse”. Na sua visão, aquilo que o juiz de família vai fazer, nas concretas situações em que tem que intervir, é confiar, no sentido de fixar o destino, o que tem apenas a consequência de atribuir a um ou a ambos os cônjuges o animal de companhia, e não definir qualquer questão de propriedade. Portanto, tal não se configura como uma verdadeira e própria “partilha”, mas também não se

configura como uma regulação das responsabilidades do animal, à semelhança do que se faz para os filhos, concluindo que “do ponto de vista do direito que se cria com a atribuição do destino do animal, se trata de um direito/poder-dever que não cessa com o tempo, pois os animais não se emancipam dos seus cuidadores”. Contudo, admite que a faculdade concedida pelo legislador, de confiar o animal de companhia, possa ser interpretada no sentido de um regime que pressuponha convívios com o outro, embora tenha “sérias dúvidas de que o Juiz, *ex officio*, possa estabelecer “guardas compartilhadas””, e acrescenta ainda que “isto também significa que o dono não pode ser obrigado a conviver com o animal, nem a responsabilizar-se pelo seu sustento se não quiser”.

Posto isto, concordamos com o entendimento de Augusta Palma⁹⁵, que é a favor da aplicação do regime regulativo dos filhos aos animais de companhia. Na sua perspectiva, o destino dos animais de companhia não pode ser decidido por entrega judicial ou extrajudicial, restando “a confiança de acordo com a bitola do artigo 1793.º-A do CC, que remete para os parâmetros resolutórios da regulação do exercício das responsabilidades parentais, a saber, interesse do animal de companhia e dos donos e seus filhos, à semelhança do artigo 1906.º, n.ºs 5 e 7 do CC”. Acrescenta ainda que, em coerência e com as devidas adaptações, deve seguir-se a tramitação processual relativa às crianças e jovens, em especial a inerente à ação tutelar comum, de acordo com o art. 67.º do RGPTC e segundo os princípios processuais da jurisdição voluntária, como decorre dos arts. 986.º a 988.º do CPC. Por fim, esta autora refere que crê que “o enquadramento assim engendrado” respeita “as regras integrativas

⁹⁴ PEDROSO, Anabela, “Animais e(m) Família”, pp. 23-25 e 32.

⁹⁵ PALMA, Augusta, “Os animais de companhia na jurisdição da família e das crianças”, pp. 71-73.

vigentes no nosso sistema jurídico-civil (art. 10.º do CC), sendo certo que a flexibilidade da ação tutelar comum permite a adaptação à especificidade de cada agregado em que se integra o animal de companhia”. Isto é, “sem invasão da competência do legislador, o juiz pode criar o direito dentro da jurisdição voluntária”, sendo admissíveis quaisquer “das soluções regulatórias praticáveis em relação às crianças e jovens, designadamente, a entrega a terceiro, dentro ou fora do agregado familiar em que o animal de companhia se integra, ou a instituição”.

Portanto, consideramos que se pode fazer uma aplicação analógica das regras referentes à RERP relativas às crianças, nomeadamente dos arts. 1905.º e 1906.º, n.ºs 5 e 7 do CC, isto é, no que diz respeito à fixação da guarda⁹⁶, de um regime de visitas e de uma obrigação de alimentos, à regulação das responsabilidades dos donos/detentores em relação aos seus animais de companhia, em caso de disputa sobre a guarda dos animais de companhia, no processo de divórcio. De facto, o regime das responsabilidades parentais, no essencial, está regulado nas normas dos artigos 1905.º e 1906.º do CC, sendo que o art. 1905.º trata dos aspetos alimentares e o art. 1906.º refere-se à guarda e visitas.⁹⁷ Aplicando ao caso de estudo, ainda que não

seja determinada uma guarda compartilhada ou alternada do animal, que sugere que haja uma divisão tendencialmente igualitária do tempo com cada um e das despesas médico-veterinárias (as despesas com alimentação e higiene serão arcadas por quem estiver a exercer a guarda), mas apenas a guarda unilateral, aquele que não ficar com a guarda poderá ter direito de visita ou convivência com o animal de companhia depois de o casal se ter separado judicialmente ou se ter divorciado, tendo em vista o melhor para o animal, a fim de não o privar da convivência com os donos, se lhe for salutar. Para além disso, tendo estado a manutenção do animal a cargo de ambos, durante a vida em comum, nada impede que o julgador, além do direito de convivência, estipule o pagamento de alimentos ao animal, determinando o valor da pensão alimentícia de acordo com as necessidades do animal-alimentando e a possibilidade de pagamento do tutor alimentante, podendo ainda a prestação ser *in natura*, já que em regra, os animais de companhia se alimentam unicamente à base de ração. Desta forma, ao determinar que quem não obteve a guarda do animal preste alimentos, os juízes acabam por reconhecer que alguns animais de companhia — tal como os filhos — podem ser dispendiosos (nomeadamente os cães de grande porte) e que o futuro bem-estar e sobrevivência desses animais exige a sua manutenção por ambas as partes, pós-separação ou divórcio, pois o animal irá depender dos seus donos até ao fim da sua vida. Portanto, os respetivos tutores são corresponsáveis por proverem o animal de todas as suas necessidades alimentícias, como despesas com alimentação, vacinas, assistência médico-veterinária, lazer, tratamentos, enfim tudo o que for essencial à sua manutenção, sendo que estas despesas

⁹⁶ No que diz respeito aos animais de companhia, destaca-se que a guarda significa o dever do responsável de prover diariamente abrigo, alimentação, exercício físico, controle da saúde, etc., ao animal de estimação da família após a separação dos detentores. Cf. EITHNE, Mills, e AKERS, Kreith, “Quem fica com os gatos... Você ou eu?” (...), pp. 209 e 212.

⁹⁷ De acordo com o art. 1906.º, n.ºs 5 e 7 do CC, o tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com os interesses deste, tendo em atenção “todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro” e que inclui o interesse da criança de “manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores”, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles. Cf. COELHO, Francisco Pereira, e OLIVEIRA, Guilherme

de, *Curso de Direito da Família*, pp. 795-796; e GUERRA, Paulo, e BO-LIEIRO, Helena, *A Criança e a Família — Uma questão de Direitos*, p. 209.

devem ser suportadas e compartilhadas de maneira proporcional aos ganhos de cada um, levando-se em conta as necessidades do animal. A grande diferença no tocante aos alimentos para os animais de companhia é que estes, ao contrário dos humanos, nunca alcançarão independência e capacidade para sustento próprio, sendo que a prestação alimentícia uma vez concedida perdurará até o último dia de vida do animal. Contudo, como o beneficiário não dispõe de personalidade jurídica, não podem ser requeridos alimentos em nome do animal nem fazer-se uso dos meios executórios para a cobrança do crédito alimentar, de modo que, para garantir a possibilidade de cobrança, será necessário que o encargo seja estabelecido a favor do cuidador, ainda que os alimentos não sejam para si.⁹⁸

3.3.6. O destino dos animais de companhia em caso de rutura de união de facto ou de separação de facto dos seus donos/detentores

A questão que aqui se coloca prende-se com saber se a preocupação relativa à regulação dos animais de companhia em juízo está estritamente dependente da pré-existência de um pedido de divórcio, nos termos dos arts. 1775.º e 1778.º-A do CC, ou se também existe quando estão em causa outras formas de constituição de família que não passem pelo casamento e que, consequentemente, não fiquem propriamente dependentes da formalização da sua

extinção através do divórcio.⁹⁹ Ora, neste ponto, concordamos com Augusta Palma¹⁰⁰, que considera que esta matéria se estende à “múltipla ecologia sociológica que justifica a RERP, agora adaptada ao ser dono ou detentor de animal de companhia”.

Desde já, importa referir que a nossa era não é de diferenciação entre casamento e união de facto, pois assim o diz claramente o art. 1.º, n.º 2 da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, segundo o qual “a união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”. No entanto, no âmbito das uniões de facto, não existe regra idêntica para a fixação do destino dos animais de companhia. Com efeito, embora a Lei n.º 7/2001, que adotou “medidas de proteção das uniões de facto”, não tenha sido alterada na sequência da entrada em vigor da Lei n.º 8/2017, com vista a proteger-se a situação dos animais de companhia no caso de separação entre o casal unido de facto, não se pode deixar de entender, quer em nome da unidade do sistema jurídico, quer por razões de constitucionalidade que fundamentaram a criação deste diploma legal e o conteúdo das normas aí estabelecidas (praticamente estabelecendo um regime legal paralelo ao do casamento), que a cessação da união nos termos previstos nas als. b) e c) do n.º 1 do art. 8.º do referido diploma (dissolução da união de facto por vontade de um dos seus membros ou por casamento de um dos seus membros), poderá fundamentar um pedido de confiança do animal de companhia perante os Juízos de Família e Menores, nos termos do disposto nos n.ºs 2 e 3 do aludido art. 8.º e da al. b)

⁹⁸ CHAVES, Marianna, “Disputa de guarda de animais de companhia (...)”, pp. 1083-1087; EITHNE, Mills, e AKERS, Kreith, *op. cit.*, p. 212; SILVA, Camilo Henrique, “Animais, Divórcio e Consequências Jurídicas”, p. 110-112; RODRIGUES, Gabriela de Almeida, e RAMMÉ, Rogério Santos, “A proteção jurídica dos animais de companhia nos litígios familiares”, pp. 487-488; e BELCHIOR, Germana Parente Neiva, e DIAS, Maria Ravelly Martins Soares, “A Guarda Responsável dos Animais de Estimação na Família Multiespécie”, p. 76.

⁹⁹ PALMA, Augusta, “Os animais de companhia na jurisdição da família e das crianças”, p. 73; e PEDROSO, Anabela, “Animais e(m) Família”, p. 31.

¹⁰⁰ PALMA, Augusta, *op. cit.*, p. 73.

do n.º1 do art. 122.º da LOSJ. Note-se ainda que, ao nível das uniões de facto, há proteção da casa de morada de família, conforme o art. 3.º, al. a) da Lei n.º7/2001. E essa proteção tem lugar, precisamente, em caso de rutura, aplicando-se o disposto nos arts. 1105.º e 1793.º do CC, ambos referentes à situação de divórcio, por força do art. 4.º do diploma legal citado.¹⁰¹

Desta forma, podemos recorrer ao mecanismo da analogia para preencher a lacuna, pois ainda que não se admita a aplicação das regras do casamento para as uniões de facto, em questões pessoais e patrimoniais, quanto ao art. 1793.º-A do CC, estamos a aplicar uma regra de proteção do animal de companhia, pelo que estamos apenas a limitar o poder do proprietário e, para além disso, o bem-estar animal não é menor ou maior porque os seus “donos” estão casados ou unidos de facto.¹⁰²

Portanto, quanto à união de facto, assim se deverá considerar desde que a união entre os donos ou detentores do animal de companhia se revista do mínimo de estabilidade, por forma a que se possa considerar uma realidade familiar autónoma, não se exigindo a rigorosa contagem do tempo. Compreende-se que assim seja, uma vez que ao nível das situações regulatórias dos animais, tal como das crianças, trata-se de clarificar regras de relacionamento entre o responsável e o dependente, bem como entre os responsáveis quanto à assunção das suas obrigações relativamente ao dependente.¹⁰³

Já existindo separação de facto dos detentores do animal (havendo ou não casamento), “a regulação igualmente se impõe, nos termos dos artigos

1905.º a 1908.º do CC, atenta a diluição da célula familiar, que se crê ser o cimento do bem-estar de cada um dos seus membros, onde se incluem os animais de companhia”.¹⁰⁴

3.3.7. A competência em razão da matéria dos juízos de família e menores e a forma de processo aplicável

Relativamente à competência dos Juízos de Família e Menores, importa reter, a este propósito, o que resulta da Lei de Organização do Sistema Judiciário. De acordo com o art. 122.º da LOSJ (Lei n.º 62/2013, de 26-08), compete aos Juízos de Família e Menores, no âmbito da competência relativa ao estado civil das pessoas e família, preparar e julgar, nomeadamente: a) Processos de jurisdição voluntária relativos a cônjuges e b) Processos de jurisdição voluntária relativos a situações de união de facto ou de economia comum. Atendendo a que os tribunais de família são competentes para as ações de divórcio, não se suscitam dúvidas de que, colocando-se a questão da necessidade de fixar o destino dos animais de companhia no âmbito do divórcio por mútuo consentimento, como um dos pressupostos do seu decretamento, o Juízo de Família e Menores, ou o que funcione como tal, nos concelhos em que não seja instituído, é competente para o conhecimento da questão, por força das als. a) e b) do art. 122.º da LOSJ.¹⁰⁵

Diversamente, quando a questão dos animais surge noutra contexto, isto é, não como um dos requisitos de que depende a possibilidade de decretar o divórcio por mútuo consentimento, mas como efeito do divórcio, não podemos desconsiderar, a

¹⁰¹ PALMA, Augusta, *op. cit.*, p. 74; PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 31; e FARIAS, Raul, “O Direito dos Animais (de Companhia) (...)”, p. 246.

¹⁰² SIMÃO, José Fernando, “Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil”, p. 909.

¹⁰³ PALMA, Augusta, *op. cit.*, pp. 73-74.

¹⁰⁴ *Idem ibidem*, p. 74.

¹⁰⁵ PALMA, Augusta, “Os animais de companhia na jurisdição da família e das crianças”, pp. 75 e 80; e PEDROSO, Anabela, “Animais e(m) Família”, pp. 29-30.

este respeito, as dúvidas suscitadas, que se prendem com a ausência de previsão legal, em termos processuais, sobre a natureza processual específica da pretensão deduzida ao abrigo do disposto no art. 1793.º-A do CC, relativamente ao destino dos animais de companhia, pois já não nos encontramos no âmbito do divórcio, porque esse já foi decretado.¹⁰⁶

Com efeito, para Anabela Pedroso¹⁰⁷, “na questão da fixação do destino dos animais, o legislador não referiu tratar-se de um processo de jurisdição voluntária”, de modo que “se o tivesse feito, a competência dos juízos de família e menores decorria, desde logo, da al. a) do n.º 1 do art. 122.º da LOSJ”. Por outro lado, visto que o art. 546.º do CPC refere que o processo especial se aplica aos casos expressamente designados na lei, o processo comum é aplicável a todos os casos a que não corresponda processo especial, levantando-se, assim, “a questão de saber se esta foi efetivamente a vontade do legislador ou se se expressou mal e a sua vontade, face à inserção sistemática do art. 1793.º-A do CC, era a de, tal como relativamente à atribuição da casa de morada de família, configurar em termos processuais tal pretensão no contexto de um processo de jurisdição voluntária”. Se fosse este o caso, na perspetiva desta autora, os tribunais competentes seriam os tribunais de família, pelo que a decisão tomada poderia ser alterada posteriormente, de acordo com o previsto no art. 988.º do CPC. Caso contrário, trata-se de uma pretensão que terá que ser feita sob a forma de uma ação declarativa comum e cuja competência será dos Juízos Cíveis.

Ora, neste ponto, concordamos com Augusta Palma¹⁰⁸, que tem uma perspetiva “de eficácia processual e coerência decisória dentro do espírito do

sistema”, pelo que no seu entendimento ao juiz é exigido que decida segundo a norma aplicável aos casos análogos, sendo que “há analogia sempre que no caso omissor procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei”, conforme previsto nos n.ºs 1 e 2 do art. 10.º do CC. Assim, considera possível a aplicabilidade adaptativa do art. 123.º da LOSJ às situações de facto inerentes aos animais de companhia, utilizando-se cada um dos tipos processuais aí discriminados, substituindo o menor/maior pelo animal de companhia. Portanto, “mais uma vez, não se nos afigura injustificada a associação entre a regulação do destino dos animais de companhia e a RERP, pelo que nem sequer será necessário ao juiz criar norma dentro do espírito do sistema. Mas, se tivesse de o fazer, redundaríamos no mesmo — a equiparação entre a regulação do destino dos animais de companhia e a RERP, bem assim os demais tipos processuais categorizados”. Com efeito, aplicam-se “qualquer um dos processos previstos ao nível do RGPTC, com as devidas adaptações” e estamos perante processos de jurisdição voluntária, tendo em conta “que todos os processos de RERP são de jurisdição voluntária, conforme o disposto no art. 12.º do RGPTC”. Desta forma, devem-se aplicar em caso de incumprimento ou necessidade de alteração do acordado ou decidido, respetivamente, os arts. 41.º e 42.º do RGPTC, por analogia.

Também a partir desta conclusão e até que o legislador entenda fixar um quadro normativo diverso, as restantes questões processuais encontram-se facilitadas, designadamente a tramitação subsequente e o valor da causa, que deverá ser o do art. 303.º, n.º 1 do CPC, segundo o qual “as ações sobre o estado das pessoas ou sobre interesses imateriais consideram-se sempre de valor equivalente

¹⁰⁶ PALMA, Augusta, *op. cit.*, p. 76; PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁷ PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁸ PALMA, Augusta, *op. cit.*, pp. 76-77 e 80.

à alçada da Relação e mais €0,01”.¹⁰⁹

4. Conclusão

Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 8/2017, de 3 de março, no plano juscivilístico, o novo Estatuto Jurídico dos Animais veio afirmar que “os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza”, conforme o disposto no art. 201.º-B do CC, pelo que os animais deixaram de ser qualificados como coisas, para passarem a assumir um estatuto próprio correspondente a um “*tertium genus*” entre as pessoas e as coisas, pese embora não tenham deixado de poder ser objeto de relações jurídicas, inclusive do direito de propriedade, e de se lhes aplicar subsidiariamente o regime jurídico das coisas (art. 201.º-D do CC).

Ora, essas alterações legislativas deram-se, sobretudo, em razão da proximidade e afetividade que os humanos têm com determinados animais, nomeadamente os animais de companhia. De facto, os animais de companhia, legalmente definidos no art. 389.º, n.º1 do CP como sendo “qualquer animal detido ou destinado a ser detido por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia”, têm uma enorme importância para a nossa sociedade, desempenhando um papel significativo na vida das pessoas, sob o ponto de vista da promoção do seu bem-estar e melhoria da sua qualidade de vida, principalmente no seio das famílias. De tal modo assim é que os animais são cada vez mais vistos, pelas pessoas, como verdadeiros membros da família, sendo já reconhecido (socialmente, não a nível jurídico) o conceito de “família multiespécie”.

Certo é que esta nova formação de família é reconhecida inclusivamente em caso de divórcio ou dissolução das uniões de facto, e cremos mesmo que este tipo de litígio será cada vez mais frequente na prática judiciária portuguesa.

É neste contexto que importa referir as alterações legislativas ao Código Civil, introduzidas pela Lei n.º 8/2017, na parte relativa ao Direito da Família, que se deram sobretudo no âmbito do divórcio, onde o legislador estabelece uma diferença formal e material de tratamento entre os animais, existindo regras específicas para os animais de companhia e regras comuns às coisas para os restantes animais. Com efeito, a partir da entrada em vigor da lei supramencionada, os animais de companhia deixaram de ser integrados na relação de bens comuns e foram excluídos da partilha judicial ou extrajudicial, havendo necessidade de acordo quanto ao destino dos mesmos para o decretamento do divórcio por mútuo consentimento, conforme o disposto na al. f) do n.º1 do art. 1775.º do CC. Julgamos, pois, que esse acordo deve contemplar, com as devidas adaptações à condição dos animais de companhia, os mesmos itens da regulação do exercício das responsabilidades parentais relativamente às crianças, designadamente: a residência dos animais; o regime de convivência do animal com o cônjuge não residente; e os alimentos devidos ao animal.

O tribunal poderá ter que intervir, no que a esta matéria diz respeito, no âmbito da homologação de um acordo; no caso de não haver acordo, mas tendo sido possível a convalidação do divórcio sem consentimento em divórcio por mútuo consentimento, nos termos do n.º3 do art. 1778.º-A do CC; assim como poderá ter que decidir, na sequência do decretamento do divórcio sem consentimento do outro cônjuge, os efeitos do divórcio, relativos aos animais. Ora, em todas estas situações, quanto

¹⁰⁹ PALMA, Augusta, *op. cit.*, p. 77; e PEDROSO, Anabela, *op. cit.*, p. 31.

aos critérios que deverão ser ponderados aquando da realização do juízo acerca da fixação da confiança dos animais de companhia, a lei impõe que o tribunal tenha que atender aos critérios do novo art. 1793.º-A do CC, que são os “interesses de cada um dos cônjuges”, os “interesses dos filhos do casal” e, também, o “bem-estar do animal”. cremos, no entanto, que, na ponderação que tem de ser feita pelo julgador nestes casos, este deve atribuir uma maior relevância ao fator do bem-estar do animal, sendo este o critério preponderante para determinar a quem será confiado, procurando atender

ao “melhor interesse do animal”. Isto quando este interesse não for conflituante com o “superior interesse da criança”, que, de acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança, é o fator primordial de ponderação em qualquer decisão.

Por fim, importa ainda mencionar que somos a favor da aplicação adaptativa do regime regulativo dos filhos à regulação dos animais de companhia, nomeadamente dos arts. 1905.º e 1906.º, n.ºs 5 e 7 do CC, no que diz respeito à fixação da guarda, de um regime de visitas e de uma obrigação de alimentos.

O RECONHECIMENTO DA VONTADE E DO AFETO COMO CRITÉRIOS DA PARENTALIDADE (*)

Bárbara Manuel Carvalho Lima Lopes Paixão

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Resumo: Nos últimos anos, a sociedade tem vindo a alterar-se, alterando-se consigo a ideia de família. Estas alterações impõem uma mudança de atitude no Direito, nomeadamente no Direito da Família, exigindo-se o reconhecimento da vontade e do afeto como valor jurídico.

Atualmente, parece notar-se uma tendência para se substituir o critério da verdade biológica ou genética por um critério ligado ao afeto e à vontade de cuidar de uma criança, como se de um filho biológico se tratasse. Prova disso é o surgimento da chamada paternidade ou maternidade socioafetiva e a tendência para o seu reconhecimento jurídico, principalmente no sistema jurídico brasileiro.

O sistema jurídico português, embora não reconheça a paternidade ou maternidade socioafetiva, demonstra várias situações onde se pode identificar a socioafetividade paterno-filial nas suas normas, como é o caso, desde logo, da procriação medicamente assistida ou da gestação de substituição, onde os laços de filiação se estabelecem, mesmo não existindo laços de sangue entre pais e filhos.

O presente relatório surge como uma tentativa de demonstrar a mudança de atitude e de configuração da família atual, unida pelo afeto, e, acima de tudo, os requisitos e condições para que se possa valorizar e considerar o afeto como valor jurídico, no sistema jurídico português, através do reconhecimento da validade jurídica da paternidade socioafetiva.

Palavras chave: Critérios da parentalidade; direito da família; paternidade socioafetiva; maternidade socioafetiva; socioafetividade.

Abstract: In recent years, society has been changing, changing with it the idea of family. These changes impose a

change of attitude in Law, namely in Family Law, requiring the recognition of will and affection as a legal value.

Currently, there seems to be a tendency to replace the biological or genetic truth criterion by a criterion linked to affection and the will to care for a child, as if it were a biological child. Proof of this is the emergence of the so-called socio-affective paternity or maternity and the trend towards its legal recognition, mainly in the Brazilian legal system.

The Portuguese legal system, although it does not recognize socio-affective paternity or maternity, shows several situations where one can identify the paternal-filial socio-affectivity in its rules, as is the case of medically assisted procreation or gestation of substitution, where the bonds of filiation are established, even though there are no blood ties between parents and children.

This report arises as an attempt to demonstrate the change of attitude and configuration of the current family, united by affection, and above all, the requirements and conditions for affection to be valued and considered as a legal value, in the Portuguese legal system, through the recognition of the legal validity of socio-affective paternity.

Keywords: Criteria of parenthood; Family Law; socio-affective paternity; socio-affective maternity; socio-affectivity.

I — Introdução

Os critérios jurídicos da parentalidade¹ são os critérios que as leis utilizam para atribuir a paternidade, sendo certo que a condição de pai não resulta sempre da aplicação dos mesmos critérios, variando de sistema jurídico para sistema jurídico, e consoante a época.

(*) Relatório realizado na unidade curricular Direito Civil II, lecionada pelo Senhor Doutor Francisco Pereira Coelho, no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no ano letivo de 2019/2020.

¹ OLIVEIRA, G./MOURA RAMOS, R. (2020). *Manual de Direito da Família*. Coimbra: Almedina, 372 a 375.

Como se verá mais à frente, em tempos, os sistemas jurídicos preferiam, claramente, considerar certos critérios decisivos, nomeadamente o valor do casamento e da instituição matrimonial, que impunha a paternidade do marido da mãe, e o respeito pela vontade do homem em querer, ou não, perfilhar um filho ilegítimo. Este era, diga-se assim, o traço comum de vários sistemas jurídicos.

Mais tarde, nos anos 70, predominava um certo descontentamento, principalmente nos países latinos, em relação àqueles que eram os padrões dominantes.

Com a reforma de 1977, o quadro jurídico português sofreu uma considerável alteração, deixando para trás os velhos preconceitos que o caracterizavam, passando a ser um sistema “racional e proporcionado”, qualificado de “biólogista”².

Atualmente, a verdade biológica não é, nem pode ser, o único critério relevante. A verdade é que os tempos mudaram e, com estes, a família também se foi alterando. Hoje em dia, é claro que a sociedade não tem em conta somente a verdade biológica, relevando, cada vez mais, o valor da vontade, do afeto e do cuidado entre os membros do seio familiar — em detrimento dos laços biológicos. Exemplos claros da importância do afeto e da vontade, neste domínio, são o instituto da adoção e o recurso às técnicas de procriação assistida, que tanto têm evoluído ao longo dos últimos tempos.

Assim, se a família e a sua estrutura se alteram, o ordenamento jurídico não deve ficar indiferente a estas alterações, devendo alterar-se também, de forma a acompanhar essas transformações, adaptando-se às novas alterações e às novas realidades sociais e culturais. O legislador e o jurista devem estar atentos às mudanças da sociedade, nomeadamente às mudanças vividas nas famílias, garantindo

que a lei se atualiza e se adapta à realidade, não se tornando obsoleta. Devem ser capazes de interpretar a família e as relações familiares de acordo com a evolução das mesmas e com as suas necessidades.

No presente relatório, pretende-se demonstrar algumas das mudanças que têm vindo a ocorrer no seio das famílias e das suas estruturas e, consequentemente, analisar-se a possibilidade de se valorar a vontade e o afeto como princípios jurídicos, de modo a poder reconhecer-se juridicamente os laços socioafetivos de parentesco, no ordenamento jurídico português — como vem acontecendo, pouco a pouco, no ordenamento jurídico brasileiro.

Mas afinal o que é a filiação socioafetiva? A filiação socioafetiva, como se poderá perceber mais à frente, consiste na relação manifestada pelo afeto paterno-filial e que é reconhecida socialmente como tal. Isto é, é uma filiação bastante semelhante à filiação biológica, contudo não existe o parto. Aqui, o que se investiga não é o vínculo biológico — que não existe — mas sim o estado de filho.

O que está em causa na paternidade socioafetiva é o superior interesse da criança e o seu direito ao desenvolvimento da personalidade, tentando assegurar-se a verdadeira relação de filiação. A verdade é que, por um lado, existem os laços sanguíneos a ditar as normas e, por outro, existem o afeto e o amor a cuidar e a acarinhar a criança. Se, na maior parte dos casos, estas duas vertentes se fundem na mesma pessoa, certo é que muitas são as vezes em que tal realidade não acontece, não existindo esta fusão. Nos casos em que a tal fusão não se dá, o Direito deve ser capaz de ponderar aquilo que melhor satisfaz o superior interesse da criança: os simples laços sanguíneos, sem qualquer tipo de relação, ou a relação de afeto existente, como se de uma relação entre pai ou mãe biológicos e filho se tratasse, embora sem a existência dos laços sanguíneos?

² OLIVEIRA, G. (2016). “Critérios Jurídicos da Parentalidade”, in *Textos de Direito da Família*. Imprensa da Universidade de Coimbra, 273.

No Brasil, a filiação socioafetiva tem vindo a ser aceite pela maior parte da doutrina e na jurisprudência, embora não se possa dizer que o regime seja um regime totalmente perfeito, uma vez que o reconhecimento não é, ainda, pleno. Já em Portugal o mesmo não se passa, existindo apenas referência à paternidade socioafetiva em diversos comentários e textos de alguns autores portugueses. Contudo, como se verá adiante, parece existir espaço, no sistema jurídico português, para que se possa alcançar o reconhecimento jurídico da paternidade socioafetiva, na medida em que esta já se vai manifestando — embora de forma indireta —, no ordenamento, por exemplo, nos casos de recurso a técnicas de procriação medicamente assistida e na medida em que a parentalidade jurídica já não está totalmente vinculada ao critério biológico.

Ao longo do presente relatório abordar-se-ão diversas questões relacionadas com os critérios jurídicos da parentalidade. Começar-se-á por se fazer umas breves considerações acerca da família e da sua evolução ao longo do tempo, bem como do papel do afeto na mesma.

Em segundo lugar, serão abordadas algumas questões relativas à maternidade e à paternidade, nomeadamente a filiação biológica e a filiação jurídica, o estabelecimento jurídico da filiação, a retroatividade dos seus efeitos e, por fim, a sua atendibilidade.

De seguida, serão abordados os critérios jurídicos da parentalidade utilizados pelos vários sistemas jurídicos ao longo do tempo; analisar-se-á, de forma breve, a evolução do direito português e abordar-se-ão, ainda, os princípios fundamentais do estabelecimento da filiação.

Tratar-se-á, igualmente, da questão relativa ao reconhecimento da vontade e do afeto como critérios da parentalidade no sistema jurídico português.

Terminando-se, por fim, com umas breves considerações finais acerca do tema exposto.

II — Breves Considerações sobre a Família

Desde sempre que as sociedades assentam na família, traduzindo-se esta no fundamento do Direito, tratando-se, atualmente, de uma instituição jurídica fundamental, na medida em que surge como alicerce de outras instituições³.

Ao longo dos tempos, a família tem-se vindo a alterar, profundamente, acompanhando as mudanças sociais e culturais pelas quais a sociedade tem passado.

A verdade é que a família de hoje já pouco tem que ver com a família antiga — *romana* — unida pela religião. De facto, o fator principal de existência da família era a religião, tendo cada uma o seu culto doméstico próprio. O *pater* era o representante da família — representando o papel de líder religioso e político da família — e apenas ele possuía o poder de representação. O culto doméstico perpetuava através da sua presença, quer em vida quer em morte, através da filiação biológica ou adotiva. Isto significa que, embora existissem vínculos sanguíneos, aquilo que vinculava a família era o culto doméstico ou o *sacra familiaria*.

O *pater* era uma figura com muitos poderes. Entre esses poderes encontrava-se o *patria potestas*, isto é, o poder que este tinha sobre os seus filhos. Contudo, este era um poder que não pertencia a qualquer pessoa e era um poder que não recaía sobre todos os filhos: o *patria potestas* era um poder próprio dos cidadãos romanos e que só recaía sobre os filhos legítimos, ou seja, os que fossem fruto de justas núpcias, os que tivessem sido reconhecidos pelo *pater* através do *tollere liberum* e os que fossem introduzidos na família, por meio de uma cerimó-

³ SANTOS JUSTO, A. (2003). *Introdução ao Estudo do Direito*. 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 17.

nia — a *Illustratio*. Para além destes, as pessoas que ingressassem na família, por meio de uma adoção, ficavam também sujeitas ao poder do *pater*⁴.

Relativamente aos filhos, os poderes do *pater* iam muito além dos deveres de cuidado e de educação. Através do *patria potestas*, o *pater* tinha poderes sobre o direito de vida e de morte dos filhos, o direito de expor ou de abandonar um filho recém-nascido, o direito de entregar um filho a um credor, caso o filho fosse autor de um ato ilícito, o direito de vender um filho, o direito de dar um filho para adoção ou de adotar um filho e o direito de emancipar um filho.

Na passagem da Época Arcaica para a Época Clássica, a estrutura familiar alterou-se bastante, passando a vinculação familiar a ser de sangue e de afinidade, em vez de civil — como acontecia até então.

Mesmo no que diz respeito às suas *funções*, a família está, hoje, mais aliviada, tendo perdido várias daquelas que eram as suas funções características, nomeadamente a religiosa, a de defesa e a assistencial. Esta “desfuncionalização da família reforçou porém a sua intimidade”⁵, permitindo que as verdadeiras funções da família se revelassem, isto é, a função afetiva, de cuidado e de respeito entre os membros da família, a função de transmissão de valores sociais e culturais.

A própria criança e o seu papel no seio da família e da sociedade foram-se alterando ao longo dos tempos. De facto, a criança, na Antiguidade, era tratada como se de uma pessoa adulta se tratasse, sujeita aos poderes do *pater*, sem direitos próprios, podendo ser, ou não, aceite no seio da sua

família e sendo, muitas vezes, utilizada como fonte de mão de obra barata, sofrendo os mais variados tipos de abusos. Com o passar do tempo e com o surgimento de diversos diplomas, diretrizes, resoluções — quer nacionais como internacionais — que a protegem⁶, a criança ganhou um novo relevo na sociedade, alcançando o estatuto de ser humano, com direitos, liberdades e garantias. Deixou de ser tratada como uma pessoa adulta, passando a ser vista como alguém que necessita de especial apoio e cuidados ao longo do seu crescimento e desenvolvimento físico, psíquico e social. Crescimento este que deverá ocorrer num ambiente marcado pelo afeto, pelo amor, pelo respeito e pelo cuidado.

Na verdade, a família é o lugar onde a pessoa cresce e se desenvolve, tanto a nível pessoal como a nível social e cultural, onde aprende valores e recebe e transmite afeto. A família é o lugar onde a pessoa se sente segura, onde partilha a sua felicidade, as suas tristezas e as suas preocupações.

Atualmente, torna-se claro que o afeto é um dos valores principais no seio familiar — colocando-se em segundo plano a verdade biológica ou genética -, uma vez que a família, cada vez mais, caminha para a sua formação desligada de meros vínculos biológicos.

Se é verdade que o Direito não pode impor às famílias os referidos laços de afeto, não menos verdade é que estes laços, enquanto factos geradores de estreitas relações entre pessoas — com ou sem vínculos biológicos entre si -, não podem ser ignorados por aquele. Note-se que estes laços afetivos são parte da estrutura familiar e psicológica de todo o ser humano, devendo ser tutelados e assegu-

⁴ ALMEIDA, E. (2017). *Parentesco Socioafetivo — Possíveis contributos do Direito brasileiro para um novo paradigma no Direito português*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 54 a 58.

⁵ PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G. (2003). *Curso de Direito da Família*. Vol. I, 3.ª edição, Coimbra Editora: Coimbra, 147.

⁶ Veja-se, desde logo, o que diz a Convenção sobre os Direitos das Crianças adotada pela ONU, em 1989, ou a Convenção de Nova Iorque, que surgiu na Conferência Mundial em Favor da Criança, realizada, em 1990, pela ONU, entre muitos outros diplomas que tutelam as crianças e os seus direitos.

rados pelo Direito.

Nos dias que correm, com a evolução da sociedade, da ciência e da tecnologia — nomeadamente no que diz respeito às técnicas de procriação medicamente assistida —, têm surgido novas questões acerca da vida e da relação do Homem consigo próprio e com aqueles que o rodeiam. Questões estas que levam a sociedade a repensar e a eliminar vários dos seus paradigmas relacionados, sobretudo, com o modo como a sociedade olha para a família e para a importância do afeto.

Esta evolução da ciência e da tecnologia tem desencadeado várias discussões no âmbito da Bioética e do Biodireito, às quais o Direito da Família e os juristas se têm tentado adaptar. Adaptando-se, igualmente, às mudanças pelas quais as famílias, as relações entre os seus membros e os seus valores têm passado.

As novas relações familiares, baseadas no afeto, no cuidado e na vontade, colocam diversos desafios àquilo que se considerava, até aqui, como ponto de equilíbrio, no campo do Direito da Família, mais concretamente no campo da filiação, uma vez que começam a surgir novas soluções no âmbito das relações de filiação — até então nunca pensadas ou imaginadas.

Nos dias que correm, a família deixou de ser um conjunto de pessoas ligadas por vínculos biológicos e genéticos, passando, então, a ser considerada um instrumento de tutela e de desenvolvimento da pessoa, onde o afeto tem um papel de extrema relevância — se não mesmo o de maior relevância.

III — Maternidade e Paternidade

1.1. *Filiação biológica e filiação jurídica*

A distinção entre a filiação biológica e a filiação jurídica baseia-se, essencialmente, na conhecida

distinção entre o Facto e o Direito.

Já antes de serem reconhecidas pelos sistemas jurídicos, de modo a conferir-lhes efeitos jurídicos, a maternidade e a paternidade eram consideradas como factos biológicos⁷.

A distinção entre os factos e o Direito sempre existiu, mesmo até em determinadas épocas e em determinados regimes em que o Direito regulava a filiação de tal forma que parecia olvidar-se dos factos biológicos, que se encontram na origem dos vínculos jurídicos. Por exemplo, quando o Direito presumia como pai o marido da mãe e dificultava bastante a prova de que, num certo caso, essa presunção tinha levado a um resultado falso, como se não relevasse o facto da paternidade biológica. Ou, por exemplo, quando as perfilhações pelo progenitor, fora do casamento, se baseavam, essencialmente, na sua vontade soberana de assumir ou de não assumir o estatuto de pai, como se o vínculo biológico fosse o menos relevante na aplicação do regime do estabelecimento da paternidade⁸.

Após a Reforma de 1977, era bastante clara a distinção entre os factos biológicos da maternidade e da paternidade e os estatutos jurídicos correspondentes. A importância daqueles factos biológicos é crucial na conformação do regime, no qual domina o princípio do respeito pela verdade biológica e, desta forma, acolhe a cessação e a impugnação dos vínculos jurídicos que surgiram dos factos biológicos.

Apesar de a filiação estar ligada, maioritariamente, a questões biológicas ou naturais, assentando numa procriação em que os intervenientes são os dois progenitores — que se vêm a tornar, mais

⁷ Note-se que isto é assim independentemente das formas de reconhecimento jurídico admitidas, que divergem mesmo dentro dos sistemas atuais e que, ao longo do tempo, foram variando.

⁸ OLIVEIRA, G. (2019). *Estabelecimento da Filiação*. Petrony Editora, 19 e ss.

tarde, o pai e a mãe jurídicos -, tal não significa que a paternidade e a maternidade se baseiam sempre em factos biológicos. De facto, e como se verá mais à frente, existem situações em que somente a vontade de assumir um projeto parental e o afeto se encontram na base da paternidade e da maternidade.

A verdade é que, atualmente, a tendência é para se reconhecer, cada vez mais, a filiação assente no afeto, no cuidado e na vontade, em vez da filiação ligada somente por vínculos biológicos. Isto quer dizer que, nos dias que correm, o Direito caminha para o reconhecimento do afeto e da vontade enquanto critérios da parentalidade, reconhecendo, igualmente, a chamada filiação socioafetiva.

O certo é que o jurista e o legislador contemporâneos devem ser capazes de reconhecer as alterações da sociedade e dos seus paradigmas, tentando olvidar-se das velhas e ultrapassadas concepções “biologistas” e assumindo a importância crescente da vontade e do afeto no campo da família e das relações familiares.

3.2. Estabelecimento jurídico e retroatividade

3.2.1. Estabelecimento jurídico

O sistema jurídico português utiliza diversos modos para dar relevo jurídico aos factos biológicos da maternidade e da paternidade, assim como aos outros factos, nomeadamente as manifestações de vontade, que podem, igualmente, fundamentar um vínculo jurídico parental, no seio da adoção e da procriação medicamente assistida.

Como se pode deduzir do que foi dito anteriormente, antes da utilização de um destes modos, a filiação não releva para o Direito. Ou seja, até aí, não é reconhecido nenhum estatuto jurídico típico da filiação. Apenas no momento em que se comple-

ta a utilização de um dos modos de estabelecimento da filiação é que surge a relação jurídica que une os sujeitos, relação esta que, embora pudesse existir um laço biológico entre eles, não existia até então.

Quando está em causa o vínculo biológico de descendência entre dois sujeitos, o cumprimento do modo que a lei prevê para o estabelecimento da filiação cria o vínculo jurídico, com efeitos retroativos (art. 1797.º, n.º 2, do Código Civil (CC))⁹. Ou seja, quando a mãe ou o pai biológicos se tornam mãe ou pai jurídicos, ambos o são desde o nascimento da criança.

Nos raros casos em que a maternidade e a paternidade se baseiam em manifestações de vontade da mulher ou do homem que se vêm a tornar mãe e pai jurídicos, respetivamente — através dos procedimentos que a lei prevê, taxativamente, — a filiação reconhecida retroage ao tempo do nascimento. Isto é o que acontece quando o marido da mãe consente na inseminação ou na fertilização *in vitro* com dador, ou quando a mulher ou companheira da mãe recorre a doação de ovócito, a fertilização *in vitro* ou a gestação de substituição, ou ainda no caso de a maternidade e a paternidade se estabelecerem por adoção.

No caso da adoção, note-se que, tecnicamente, havia a possibilidade de lhe atribuir efeitos *ex nunc*, contudo esta solução sugeria que os progenitores mantinham o seu estatuto desde o nascimento da criança até à constituição da adoção, o que é incompatível com a lei, na medida em que esta impõe a quebra total dos laços entre a família adotiva e a família biológica.

⁹ SOTTOMAYOR, C. (coord.). (2020). *Código Civil Anotado — Livro IV — Direito da Família*. Coimbra: Almedina, 595 e 596.

3.2.2. Retroatividade

Falar de retroatividade dos efeitos da filiação significa que as consequências jurídicas previstas por diversas normas, e que não se produziram até aí, produzem-se agora, como se a filiação tivesse sido estabelecida desde o nascimento. Contudo, existem limites à eficácia retroativa da filiação.

Desde logo, e em primeiro lugar, os comportamentos jurídicos deverão ser alvo de avaliações com base nas leis vigentes à data da sua prática¹⁰, sendo que nem as leis novas nem os atos posteriores deverão alterar os requisitos de validade que esses cumpriram devidamente, sob pena de se comprometer o valor fundamental da segurança jurídica.

Em segundo lugar, e também por razões de segurança jurídica, a retroatividade do estabelecimento da filiação não pode levar à aplicação a factos passados de normas que restringem direitos fundamentais¹¹.

Por fim, existem limites impostos pela razão e pela “natureza das coisas”, não se podendo dizer que um progenitor reconhecido retroage em pessoa, de acordo com o art. 1797.º, n.º 2, do CC, de forma a que tudo se passe como se este tivesse estado presente, garantindo a segurança, a saúde e a educação do filho e representando-o desde o dia em que nasceu. Isto é, como se tivesse exercido, no passado, os poderes-deveres impostos pela lei aos pais (art. 1878.º, n.º 1, do CC).

3.3. Atendibilidade

Os modos de reconhecimento jurídico da filiação, por si só, levam à constituição de um estatuto jurídico de mãe ou de pai, sendo que, quando se cumpre validamente a utilização de um desses modos, os sujeitos do vínculo ficam ligados juridicamente.

¹⁰ OLIVEIRA, G., (nota 8), 22.

¹¹ OLIVEIRA, G., (nota 8), 22.

A maternidade e a paternidade jurídicas, contudo, de acordo com o art. 1.º, do Código do Registo Civil (CRegCiv), têm de ser registadas, por motivos de organização social e familiar. O art. 2.º, do CRegCiv, de forma a salvaguardar o respeito por este comando, determina que, “salvo disposição em contrário”, a maternidade ou a paternidade só podem ser invocadas depois de registadas, isto é, a maternidade ou a paternidade que não sejam registadas não gozam de “atendibilidade”. O que está aqui em causa não é a negação da existência dos factos reconhecidos, nem tão pouco a sua validade, mas sim a negação da sua eficácia, porquanto os factos não podem ser invocados por aqueles que pretenderem tirar proveito deles. Porém, todo e qualquer obstáculo à eficácia jurídica dos vínculos acaba por ser extinto pelo mero cumprimento da obrigação de registar os factos.

Note-se, porém, que existe uma *exceção* a esta regra no art. 1843.º, do CC (cuja epígrafe é “Impugnação antecipada”). De acordo com este regime, o marido tem a possibilidade de impugnar a paternidade presumida, mesmo antes de a maternidade e a paternidade constarem do registo, “no prazo de seis meses a contar do dia em que soube do nascimento”. Ou seja, de forma a antecipar a impugnação, o marido tem a possibilidade de invocar um estatuto meramente eventual.

IV. Princípios Fundamentais do Estabelecimento da Filiação

4.1. Princípios constitucionais

A Constituição da República Portuguesa (CRP), nos seus arts. 36.º, 67.º, 68.º e 69.º, consagra um conjunto de certos princípios delimitadores do âmbito, neste domínio, em que o legislador ordinário pode atuar.

Dentro deste conjunto de princípios constitucionais do Direito da Família encontram-se: o direito à celebração do casamento; o direito de constituir família; a competência da lei civil para regular os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, independentemente da forma de celebração; a admissibilidade do divórcio, para quaisquer casamentos; a igualdade dos cônjuges; a atribuição aos pais do poder-dever de educação dos filhos; a inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores; a não discriminação entre filhos nascidos do casamento e fora do casamento; a proteção da adoção; a proteção da família; a proteção da paternidade e da maternidade; e a proteção da infância¹².

Os primeiros nove princípios encontram-se inseridos no Título II (“Direitos, liberdades e garantias”), da Parte I da CRP, sendo, por isso, diretamente aplicáveis e vinculando entidades públicas e privadas, de acordo com o art. 18.º, da CRP. Os últimos três princípios, contrariamente, encontram-se inseridos no Título III (“Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”); estes últimos não têm a mesma força jurídica dos primeiros, traduzindo-se em normas de carácter “programático”, o que não significa que os tribunais não os devam levar em consideração quando da aplicação das leis¹³.

Uma vez que o tema do presente trabalho está intimamente relacionado com o tema do estabelecimento da filiação, importa aqui referir aqueles que são os princípios constitucionais com maior importância para o estabelecimento da filiação, ou seja, o direito de constituir família, na medida em que todas as pessoas têm o direito de ver os vínculos de parentesco serem juridicamente reconheci-

dos, e o princípio da não discriminação entre filhos nascidos do casamento e os filhos nascidos fora do casamento, na medida em que a lei não pode criar obstáculos ao estabelecimento da filiação fora do casamento, ainda que os modos de estabelecimento da paternidade previstos sejam distintos.

Para além destes dois princípios, importa ainda referir o princípio da proteção da família, relativamente a dois aspetos: por um lado, na medida em que se exige a efetivação de condições que permitam a realização pessoal dos membros da família e isto pode exigir a previsão dos meios para estabelecer ou impugnar vínculos de filiação; por outro lado, na medida em que se exige a regulamentação da procriação medicamente assistida, que implica a constituição de vínculos de parentesco.

Importam também o princípio da proteção da paternidade e da maternidade, na medida em que os pais são insubstituíveis enquanto têm o dever de agir em nome dos filhos de modo a promoverem as diligências necessárias ao estabelecimento da filiação, nomeadamente para agir em ações de investigação ou de impugnação, e o princípio da proteção da infância, o qual garante às crianças a promoção do seu desenvolvimento integral — exigindo o estabelecimento ou a impugnação de vínculos de parentesco —, e o qual garante, também, uma especial proteção às crianças que não possuem um seio familiar dito normal, como é o caso das crianças que nunca viram os seus laços de filiação serem estabelecidos¹⁴.

Por fim, torna-se relevante referir mais dois princípios constitucionais que, embora não tenham que ver, diretamente, com as relações familiares, têm uma incidência relevante na discussão de certos assuntos de direito da filiação: o direito à iden-

¹² PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G. (2016). *Curso de Direito da Família*. Vol. I, 5.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 130 a 157.

¹³ PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G., (nota 12), 129 a 130.

¹⁴ OLIVEIRA, G., (nota 8), 32 a 33.

tidade pessoal e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26.º CRP).

O direito à identidade pessoal, por um lado, traduz-se “num direito a ter um nome, de não ser privado dele, de o defender e de impedir que outrem o utilize”¹⁵ e, por outro lado, traduz-se num direito à historicidade pessoal, ou seja, o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores¹⁶ que garante um direito à “localização familiar”¹⁷, de tal forma que cada indivíduo tenha a possibilidade de identificar os seus parentes e a sua origem geográfica e social.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, para além de fundamentar uma “tutela geral da personalidade”, consagra igualmente uma “liberdade geral de ação”, “de comportamento”, isto é, uma autonomia e autodeterminação individuais, “assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu plano de vida”¹⁸. Embora todos os cidadãos sejam titulares deste direito, a verdade é que as crianças e os jovens são aqueles para os quais este princípio assume maior importância. Prova disso é o facto de, já antes de este direito ser expressamente introduzido, em termos gerais, no art. 26.º, da CRP, a CRP já consagrava a mesma proteção para a infância e para a juventude, especificamente, nos arts. 69.º e 70.º, respetivamente, inscrevendo, simultaneamente, como um dos objetivos da educação, o “desenvolvimento da personalidade” (art. 73.º, n.º 2)¹⁹.

¹⁵ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA. (1993). *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 177.

¹⁶ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA., (nota 15), 179.

¹⁷ GOODE, W. (1964). *The Family*. New Jersey, Prentice-Hall, 21.

¹⁸ MOTA PINTO, P. (2000). “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Separata de “Portugal-Brasil, ano 2000”*. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 149 a 246.

¹⁹ OLIVEIRA, G., (nota 8), 33 a 34.

Estes dois direitos devem ser ponderados no âmbito da discussão de certos assuntos, desde logo, por exemplo, aquando da questão de saber se os filhos adotivos devem, ou não, ter o direito a procurar, por via judicial, os vínculos biológicos ainda incógnitos (art. 1987.º, do CC) ou aquando da questão de saber se os filhos nascidos por inseminação com recurso a gâmetas de dador têm o direito de saber quem doou o óvulo ou o esperma que contribuiu para a conceção, entre muitas outras questões.

O direito à identidade pessoal e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade podem ainda ser invocados de modo a contrariar os prazos que limitem as ações judiciais necessárias para o estabelecimento dos vínculos de filiação que ainda não tenham sido reconhecidos ou de modo a impugnar os laços jurídicos que sejam contrários à verdade biológica²⁰.

4.2. Princípios de ordem pública do direito da filiação

Para além dos princípios constitucionais referidos supra, importa ainda referir outros princípios que, embora não tenham dignidade constitucional, se apresentam como estruturantes de todo o regime legal, constituindo as “traves mestras” sobre as quais assentam as regras da legislação ordinária e devendo servir de guia ao intérprete na aplicação das normas e na integração de possíveis lacunas²¹. Assim, serão abordados, de seguida, o princípio da verdade biológica e o princípio da taxatividade dos meios para o estabelecimento da filiação.

²⁰ PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G. (2006). *Curso de Direito da Família*. Vol. II, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 52.

²¹ OLIVEIRA, G., (nota 8), 35 e 36.

4.2.1 Princípio da verdade biológica

O princípio da verdade biológica²² traduz a ideia de que “o sistema de “estabelecimento da filiação” pretende que os vínculos biológicos tenham uma tradução jurídica fiel”, ou seja, pretende que a mãe e o pai juridicamente reconhecidos sejam realmente os pais biológicos da criança, os seus progenitores²³. O que implica que as normas pelas quais o reconhecimento dos vínculos se rege devem estar previstas de modo a que produzam resultados jurídicos fiéis à realidade biológica e de modo a que pessoas que não são os progenitores do filho não sejam consideradas pais biológicos deste.

Este princípio impõe, ainda, que, nos casos em que a aplicação das normas de estabelecimento da filiação levou, num primeiro momento, a um resultado falso, se possam utilizar instrumentos jurídicos de correção desse resultado. Isto significa que este princípio impõe que exista a possibilidade de impugnar a paternidade ou a maternidade que tiverem sido estabelecidas, mas que, no final de contas, não correspondem à paternidade ou maternidade biológicas.

Como já se referiu anteriormente, no que diz respeito à maternidade, o conceito de “verdade biológica” tornou-se um conceito discutível a partir do momento em que se tornou tecnicamente possível uma mulher fornecer um óvulo a outra mulher e ser esta mulher a fazer a gestação. Neste caso, *qual das duas mulheres é a mãe verdadeira?* A verdade é que o óvulo possui o património genético que a mãe transmite e a gestação, para além de contribuir com fatores que condicionam a expressão genética, demonstra a mãe “tradicional”, isto é, a mãe que dá à luz, que tem o parto; sendo que a mulher que tem o parto é, na maioria das vezes, a

que fornece o óvulo. Ao se dizer que o parto mostra a verdade biológica, no fundo, dá-se preferência a um dos dois critérios possíveis de verdade biológica.

O princípio da verdade biológica é um princípio com um sentido subtil, que significa muito mais do que somente dizer-se que o que se pretende é atribuir efeitos jurídicos às relações biológicas constituídas naturalmente ou que, para o Direito, um filho é sempre um filho biológico. Ou seja, o que realmente se pretende afirmar é que o sistema jurídico português, em 1977, adotou uma *maior cuidado relativamente à coincidência entre a “verdade jurídica” e a “verdade biológica”*, ao contrário de outros sistemas jurídicos.

O sistema jurídico português demonstra, assim, uma intenção de se submeter, quase em exclusivo, à realidade biológica, sem se importar com outros interesses, desde logo, e a título exemplificativo, o interesse de não desestabilizar a “paz das famílias” ou a estabilidade socioafetiva das relações jurídicas que não possuam fundamento em vínculos biológicos. Ao contrário de outros sistemas jurídicos que, eventualmente, acabam por fechar os olhos à verdade biológica, entendendo que esta não é o único interesse que deve ser respeitado.

Veja-se, por exemplo, o caso do sistema jurídico italiano em que, numa situação em que o filho está reconhecido por um determinado progenitor e existe um segundo progenitor a querer perfilhá-lo, esta segunda perfilhação está sujeita a uma oposição do primeiro progenitor. Ou, ainda, o exemplo do sistema jurídico francês em que a mulher que tem o parto não tem de ser obrigatoriamente considerada a mãe jurídica do filho, ou seja, neste caso, existe um respeito pela vontade daquela em querer ou não assumir o estatuto de mãe, não se impondo o estatuto de mãe contra a sua vontade; e, em relação aos filhos nascidos através de inseminação com

²² OLIVEIRA, G./MOURA RAMOS, R. (nota 1), 375.

²³ OLIVEIRA, G., (nota 8), 35.

dador, o sistema jurídico francês proíbe que estes tenham acesso à identidade do dador, visando proteger a família constituída e o pai afetivo. Já, no direito alemão — um direito mais “biologista” —, defende-se que os filhos nascidos através de inseminação com dador têm o direito, constitucionalmente consagrado, a saber a identidade do progenitor²⁴.

Note-se, igualmente, que o sistema jurídico português aceita a relevância da vontade como fundamento das relações de maternidade e de paternidade, concorrentes com o respeito pela verdade biológica, no seio do estabelecimento da filiação com recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, de modo a proteger outros interesses dignos de tutela.

4.2.2. Princípio da taxatividade dos meios para o estabelecimento da filiação

O princípio da taxatividade dos meios para o estabelecimento da filiação²⁵ traduz-se no facto de os vínculos de filiação serem estabelecidos somente através dos modos previstos, imperativamente, pela lei — exceto quaisquer acordos privados através dos quais se pretenda constituir vínculos distintos ou com fundamentos distintos. Isto quer dizer que, aqui, não vale o princípio da autonomia da vontade, o qual permitiria negociar o nascimento de vínculos de maternidade ou de paternidade, à margem das normas previstas para o efeito²⁶.

Este princípio é compatível com o facto de alguns dos caminhos previstos pela lei assentarem, em maior ou menor medida, sobre a vontade dos particulares — veja-se, por exemplo, o caso da adoção, em que a filiação adotiva é resultado de uma vontade manifestada pelos candidatos a ado-

tantes. Para alguns autores, a perfilhação traduz-se, igualmente, num ato de vontade, embora possa ser também entendida como uma manifestação da ciência por parte do pai. O ato de iniciação de uma ação de investigação da paternidade releva, igualmente, de uma vontade privada do pretenso filho, que pode abster-se da ação e, assim, dispõe livremente do estabelecimento do vínculo. E qualquer ato de impugnação de um vínculo falso baseia-se na vontade de o impugnar, sem que se possa afirmar que exista um dever de agir sempre que se conheça a falsidade do vínculo estabelecido, exceto, porventura, no que diz respeito ao Ministério Público, quando tenha legitimidade ativa.

Contudo, “este âmbito de intervenção da vontade dos particulares não afasta a afirmação de que os vínculos somente podem ser constituídos *através dos meios rigorosamente previstos na lei, e não por outros*”²⁷.

V. Critérios Jurídicos da Parentalidade

5.1. Critérios jurídicos da parentalidade

A necessidade de saber quem é a mãe e quem é o pai existe desde sempre e em todos os sistemas jurídicos, assim como a questão de saber quais os critérios que cada sociedade prefere, de modo a saber quem é que assume o estatuto jurídico parental.

A verdade é que esta questão sempre se revelou de resposta mais fácil no que diz respeito à maternidade, devido ao parto e às suas “características”, que deixavam poucas alternativas no que toca à atribuição do estatuto jurídico da mãe. Permitia, ainda assim, que a mulher assumisse, ou não, a responsabilidade jurídica pelo filho.

No que diz respeito à paternidade, o desconhecimento ou o carácter discreto do papel levado

²⁴ PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G., (nota 20), 53.

²⁵ OLIVEIRA, G./MOURA RAMOS, R. (nota 1), 376.

²⁶ OLIVEIRA, G., (nota 8), 37 e 38.

²⁷ OLIVEIRA, G., (nota 8), 38.

a cabo pelo homem na concepção permitiram que se fossem fazendo mais escolhas.

5.1.1. O casamento e a “legitimidade”

Após o parto, o estatuto jurídico de mãe apenas era atribuído à mulher que praticasse o ato jurídico de reconhecimento do filho. Requisito este que fez com que, em determinados casos, a mulher pudesse não vir a assumir o estatuto jurídico de mãe. Contudo, esta possibilidade era admitida, mais facilmente, à mulher solteira, do que à mulher casada. O filho nascido dentro do casamento da mãe era, à partida, registado obrigatoriamente como seu filho, ainda que não fosse ela a declarar o nascimento da criança.

Ao marido da mãe, no caso de a mulher ser casada, as leis atribuíam o papel jurídico de pai — atribuição esta quase imperativa. Mesmo nos casos em que o marido sabia que não era responsável pela concepção e mesmo que esta irresponsabilidade fosse óbvia, a verdade é que ninguém podia impugnar a paternidade jurídica atribuída, exceto em raros casos. Isto quer dizer que o que a lei pretendia não era que a paternidade fosse “verdadeira” — com o sentido que, hoje, se reconhece a tal expressão —, mas sim obstar a que se provasse um adultério da mulher casada e, dessa forma, conseguir preservar o prestígio do casamento²⁸.

5.1.2. A vontade arbitrária do pai e da mãe

Na filiação fora do casamento, onde o impeditivo da defesa do casamento e da “legitimidade” não se fazia sentir²⁹, as leis contemporizavam com a vontade do progenitor. Isto significa que a mãe ou o pai assumiam o estatuto jurídico correspondente,

caso o pretendessem.

No que diz respeito à maternidade, entendia-se que não se devia obrigar as mulheres solteiras e grávidas a assumir o estatuto jurídico de mães, de forma a que não fossem levadas a pôr termo à gravidez. Após o nascimento, o filho era entregue para adoção, formal ou informal.

Relativamente à paternidade, o homem era livre de assumir ou de não assumir as suas responsabilidades. Tal liberdade condizia com as sociedades tradicionalmente machistas. Por outro lado, no caso de o homem ter perfilhado a criança sem ser de facto seu progenitor, a ação de impugnação da paternidade era livre.

O Direito defendia, também, a vontade arbitrária do homem, nos casos em que o filho pretendia investigar judicialmente a paternidade, de forma a impor o estatuto ao pai, uma vez que, devido aos requisitos que alguns sistemas impunham, nomeadamente os sistemas latinos, a ação era praticamente impossível.

5.1.3. A verdade biológica

Nos anos 70, existia um certo descontentamento no que dizia respeito aos padrões dominantes, principalmente nos países latinos. Por um lado, os critérios que prevaleciam espelhavam os valores antiquados, discriminatórios e violentos da velha ordem social, onde se distinguiam os filhos “legítimos” dos filhos “ilegítimos” e que contemporizava com a vontade arbitrária dos homens, que facilmente se escapavam às suas responsabilidades de progenitores.

Por outro lado, os valores dominantes dificilmente resistiam à depreciação cada vez maior das instituições e da heteronomia, nomeadamente do valor do casamento. Por fim, certos casos demonstravam a atribuição da paternidade ao marido da

²⁸ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, J. (1995). *Código Civil anotado*. Vol. V. Coimbra: Coimbra Editora, 210.

²⁹ OLIVEIRA, G., (nota 8), 24.

mãe em situações em que a responsabilidade da-quele era duvidosa, ou demonstravam a dificuldade para reconhecer juridicamente certos vínculos de progeneritura que eram, na realidade, óbvios.

Assim, os sistemas jurídicos voltaram-se para a descoberta da chamada “verdade biológica”, de forma a que os factos biológicos pudessem ser facilmente “convertidos” em factos jurídicos. As mulheres que davam à luz eram obrigatoriamente reconhecidas como mães jurídicas e aos homens corresponsáveis pela conceção atribuía-se o estatuto jurídico de pais.

Os procedimentos apropriados eram previstos pela lei e os factos biológicos prevaleciam, para além das ideologias e dos preconceitos existentes. Mais, os meios científicos de prova evoluíram como nunca antes tinham evoluído, não só devido à prática das transplantações e dos conhecimentos associados de histocompatibilidade como também — e principalmente — devido aos progressos no mundo da genética³⁰.

5.1.4. Hesitações ao critério da verdade biológica e a vontade de um projeto parental

A verdade é que o critério da verdade biológica, não tendo sido nunca um critério absoluto, apresenta, atualmente, algumas dificuldades, desde logo no que diz respeito à procriação medicamente assistida, à maternidade de substituição e ao método ROPA (*Reception of Oocytes From Partner*).

De facto, desde os anos 70 que, no direito francês, se impôs o método da procriação assistida, através da inseminação da mulher com espermatozóide de dador, que se veio a generalizar na Europa, ainda

que com algumas hesitações³¹. Ou seja, no âmbito do estabelecimento da filiação com recurso a inseminação com dador, encontram-se manifestações de relevância da vontade, onde o princípio da verdade biológica é afastado, seguindo-se um critério baseado na vontade de aceitar o recurso a este método e a vontade de assumir o estatuto de pai.

O recurso a esta técnica — muito conhecida nos dias que correm — é justificado pela infertilidade do marido e, por isso, não teria lógica imputar-lhe uma paternidade biológica — “o pai biológico” não é o pai jurídico. O marido assume o estatuto de pai somente porque consente na inseminação da mulher.

Mais, além de se inscrever o nome do marido no registo civil, o filho também não podia requerer o reconhecimento da paternidade baseado no vínculo biológico, nem tão pouco descobrir a identidade do dador. É de notar que a preocupação de fortalecer o papel do marido fez com que as boas práticas comesçassem a admitir alguma seleção do dador de modo a que este tivesse algumas semelhanças físicas com aquele, e, desta forma, aumentar a probabilidade de o filho possuir a aparência física do marido da mãe³².

No âmbito da maternidade de substituição, denotavam-se, igualmente, algumas dificuldades em relação à aplicação do critério “biologista”. Com efeito, a gestação por conta de outrem pode ser prestada por uma mulher que insemina o seu próprio óvulo ou por uma mulher que recebe um embrião resultante da fecundação de um óvulo alheio, nomeadamente que pertença à mulher que encomenda a gestação.

³¹ Praticamente todos os sistemas jurídicos europeus seguiram o modelo do direito francês, com exceção da Alemanha e dos países escandinavos.

³² OLIVEIRA, G. (1993). “Procriação com dador; tópicos para uma intervenção”, in *Procriação assistida, Colóquio interdisciplinar*, 12 — 13 de Dezembro de 1991. Coimbra. Centro de Direito Biomédico, 37.

³⁰ OLIVEIRA, G., (nota 8), 25.

Em ambas as situações, ignorando a diferença biológica, o critério da maternidade foi sempre o da gestação e do parto. Na primeira situação, a mãe sub-rogada é a mãe genética e gestadora; já na segunda situação, a mãe sub-rogada é apenas a mãe gestadora. O critério do parto prevaleceu, de certo, devido a razões alheias ao “biologismo”. Nas palavras de Guilherme de Oliveira, “(...) o parto deixa de fornecer um critério biológico exclusivo (e, portanto, indiscutível) para a determinação da maternidade. Assim, a preferência pelo parto como critério jurídico só poderá basear-se no seu valor socioafetivo e em razões de ordem prática, como a simplicidade da identificação da mãe nos casos mais frequentes (...). (...) será cada vez mais difícil manter o parto como critério incontestável da maternidade.”³³.

Também no que diz respeito à maternidade, atualmente, o “biologismo” começa a sentir uma nova debilidade no domínio do que se chama o método ROPA. De acordo com este método, uma mulher gera embriões resultantes da inseminação de óvulos da sua companheira, casada ou unida de facto.

Do ponto de vista técnico, o método ROPA não apresenta nenhuma novidade, uma vez que se trata meramente de uma fertilização *in vitro* de óvulos de uma dadora, com sêmen de um dador anónimo fornecido por um banco. Contudo, a dadora mantém uma relação de matrimónio ou de união de facto com a recetora.

Assim, a mulher que prossegue a gestação e tem o parto será, de acordo com as regras gerais, a mãe biológica, enquanto que a segunda mulher, casada ou unida de facto com a primeira, pretende assumir o estatuto de segunda mãe, na fase inicial dos procedimentos de procriação medicamente as-

sistida em vista do nascimento — invocando a qualidade de prestadora do material genético materno.

A mera vontade de assumir a paternidade ou a maternidade, nos casos supramencionados, manifestada de acordo com a lei, é suficiente. Como é de esperar, uma vez que a criança ainda não nasceu, não era exigível a demonstração de quaisquer atos reiterados de cuidado, embora a simples manifestação da vontade permita adivinhar um comportamento típico de pai ou de mãe, caracterizado pelo afeto e pelo cuidado, e a partilha das responsabilidades parentais.

5.1.5. A verdade socioafetiva

No final dos anos 70, surgiu, no direito brasileiro, uma forte corrente que favoreceu a chamada paternidade socioafetiva. Segundo João Batista Villela, “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na capacidade de amar e servir”³⁴ e, de certa forma, esta ideia já era praticada, uma vez que já antes se atribuía a paternidade sem vínculo biológico.

Com efeito, o instituto da adoção é conhecido em todos os sistemas jurídicos com uma estrutura parecida e o adotante não é, por definição, o progenitor. Simultaneamente, o conceito de posse de estado, com os seus três elementos (*nomen, tractatus e fama*), é um clássico do Direito da Família, com especial destaque no contexto da impugnação dos reconhecimentos voluntários, em certos países. Finalmente, “a regra de que o marido, ou o companheiro da mãe, que consente na inseminação com gâmetas de dador é o pai jurídico também foi con-

³³ OLIVEIRA, G. (1992). *Mãe há só uma duas!*. Coimbra: Coimbra Editora, 75 e 76.

³⁴ BATISTA VILLELA, J. (1979). “Desbiologização da Paternidade”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, vol. 21, 401 a 419.

sagrada em muitos países”^{35/36}.

A verdade é que a ideia tomou grandes proporções na doutrina, na jurisprudência e na lei brasileiras — “toda a paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não”³⁷.

Primeiro, enfatizou-se o art. 227.º, da Constituição de 1988, onde se pode ler: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (...)”. Ou seja, a convivência familiar é uma prioridade absoluta da criança.

De seguida, o Código Civil de 2002 veio afirmar, no seu art. 1593.º, que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem”. A noção de “parentesco civil” foi, então, entendida como outra forma de se exprimir a verdade socioafetiva (englobando-a), que fundamenta os vínculos de parentalidade em três casos: no caso de adoção; no caso de paternidade do marido ou do companheiro da mãe que recorre a inseminação com espermatozoides de dador; e no caso de posse de estado de filho.

Simultaneamente, a ideia de que o conhecimento da paternidade biológica ou da origem ge-

nética³⁸ — possibilitado pelos meios de prova científica — satisfaz um direito fundamental do âmbito do desenvolvimento da personalidade tem vindo a fortalecer-se, sendo defendido por diversos autores. Note-se, contudo, que esta paternidade biológica não traduz a verdadeira paternidade — pertencente ao domínio do Direito da Família — e que é essencialmente “um facto cultural, afetivo, fundador do “estado de filiação”³⁹. O campo das relações humanas passou a ser dominado por outros valores para além do valor da origem genética, sendo o conhecimento absoluto desta insuficiente para fundamentar a filiação⁴⁰.

Na sequência dos progressos anteriormente expostos, o direito brasileiro elevou a relevância da posse de estado e da paternidade socioafetiva, onde, até então, nunca se tinha elevado. Note-se que, no presente contexto, os clássicos elementos da posse de estado não têm exatamente o mesmo significado que têm no caso de posse de estado enquanto presunção do vínculo biológico⁴¹.

Exprimindo a verdade socioafetiva, a posse de estado de filho representa um papel de relevo, tanto no estabelecimento da filiação (5.1.5.1) como para obstar à impugnação da mesma (5.1.5.2).

5.1.5.1. Fala-se, na doutrina, de uma “recon-figuração da presunção *pater is est quem justae nup-*

81

³⁵ OLIVEIRA, G., (nota 8), 26.

³⁶ OLIVEIRA, G. (1976). “Sobre a verdade e a ficção no direito da família”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LI, 271 a 278.

³⁷ LÔBO, P. (2015). “Socioafetividade: o estado da arte no direito da família brasileira”, in *Revista Jurídica Lusó-brasiliana*, Centro de Investigação de Direito Privado, FDUL, ano 1, n.º 1, 1743 a 1759 e 1751.

³⁸ VALE E REIS, R. (2008). “O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas”. In *Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Centro de Direito Biomedico*, n.º 12. Coimbra: Coimbra Editora.

³⁹ OLIVEIRA, G., (nota 2), 281.

⁴⁰ LÔBO, P. (2011). *Direito Civil — Famílias*, 4.ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 227 e 228.

⁴¹ O *tractatus* — tratamento — corresponde à manutenção de relações de cuidado para com um filho (elemento objetivo), embora deva incluir o sentimento de responsabilidade pelo cuidado da criança, como faria um pai (elemento subjetivo). E a *fama*, isto é, a reputação pelo público, deve espelhar o reconhecimento, por parte da comunidade, do compromisso paternal que o homem assumiu. Veja-se: OLIVEIRA, G. (1983). *Critério Jurídico da Paternidade*. Coimbra, BGUC, 445 e 446.

ciae demonstrant”. Contudo, o seu efeito tradicional de presumir a paternidade do marido mantém-se, quando a paternidade “não tiver sido constituída por outro modo e for inexistente no registro do nascimento, em virtude da incidência do princípio da paternidade responsável imputada a quem não a assumia”⁴² e o marido só a pode impugnar caso haja vício da vontade. Esta “reconfiguração” faz com que se possa presumir, igualmente, a paternidade do marido da mãe “que age e se apresenta como pai, independentemente de ter sido ou não o genitor biológico”⁴³, ou seja, “(...) pai é o marido ou o companheiro que aceita a paternidade do filho, (...) sem questionar a origem genética, consolidando-se o estado de filiação”⁴⁴.

Sempre que o registo de nascimento não existe ou é desconhecido, a parentalidade pode estabelecer-se com base na demonstração da posse de estado de filho. Neste campo, a situação mais habitual é a de os pais desaparecerem ou morrerem sem antes promoverem o devido registo de nascimento⁴⁵. Isto quer dizer que se trata, neste caso, de suprir a inexistência de um registo, que podia ter sido feito e que representaria a parentalidade jurídica, independentemente de os desaparecidos ou falecidos serem ou não os verdadeiros progenitores da criança⁴⁶.

No caso de nascimento fora do casamento, o filho tem a possibilidade de propor uma ação de investigação de paternidade. Contudo, o que se investiga nesta ação é o estado de filiação, que pode ser, ou não, decorrente de origem genética. Por esse motivo, ainda que um exame científico

seja procedente, tal não quer dizer que o réu seja considerado pai, somente lhe atribui a qualidade de genitor. “Para que a paternidade seja declarada é necessário que todo o conjunto probatório mostre o “estado de filiação derivado dos laços de afeto construído na convivência familiar”⁴⁷.

Da mesma forma, a ação de investigação da paternidade não serve, apenas, para atribuir a paternidade ou a maternidade ao genitor biológico. Aquilo que se investiga, na verdade, é o estado de filiação. Para além disso, nas palavras de Rolf Madaleno, “Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica, sem ser afetiva, esta externada quando o filho é acolhido pelos pais, que assumem plenamente suas funções do poder familiar”⁴⁸.

No âmbito da chamada “adoção à brasileira”⁴⁹, também é comum a utilização da posse de estado. Esta traz um novo e atual conceito, que necessita de ser discutido, quantas vezes forem necessárias, em razão da evolução da ciência e das técnicas de procriação medicamente assistida e do conceito de família, muitas vezes desligado de vínculos biológicos entre pais e filhos — isto é, a chamada “desbiologização”⁵⁰ das relações familiares e da própria filiação.

No caso da “adoção à brasileira”, uma criança é registada em nome de uma pessoa ou de um casal

⁴⁷ OLIVEIRA, G., (nota 2), 283.

⁴⁸ MADALENO, R., *apud* SILVA PEREIRA, C., *Instituições do Direito Civil*, 415.

⁴⁹ A expressão “adoção à brasileira” é entendida, por alguns brasileiros, como algo pejorativa, tendo em conta a situação a que se refere e o seu fundamento.

⁵⁰ O termo “desbiologização” é um termo novo, que trata da paternidade e da maternidade ditas socioafetivas, isto é, a ligação entre uma criança e os seus pais não biológicos. Este termo surgiu, inicialmente, no Brasil, com a obra de João Batista VILLELA — “A desbiologização da paternidade”, publicada, em 1979, na *Revista da Universidade Federal de Minas Gerais* (n.º 21, 401) — e significa “a convivência socioafetiva superveniente à biológica. [...], na prática um fato social antigo e crescente: os chamados filhos de criação”. In PAULILLO, S., *A desbiologização das relações familiares*.

⁴² LÔBO, P., (nota 37), 1752.

⁴³ LÔBO, P., (nota 40), 247 e 248.

⁴⁴ LÔBO, P., (nota 40), 221.

⁴⁵ LÔBO, P., (nota 40), 236.

⁴⁶ OLIVEIRA, G., (nota 2), 282.

que se fazem passar pelos seus progenitores e que pretendem criá-la, como se de um filho biológico se tratasse^{51/52}. Esta adoção trata-se de uma adoção irregular, na medida em que se passa ao lado das listas de espera e de todo o processo judicial necessário para a adoção de uma criança, previstos na lei.

Na base da “adoção à brasileira” está a falsificação do estado civil — considerado crime de “parto suposto”, previsto no art. 242.º do Código Penal brasileiro. Contudo, a prática de uma “convivência familiar” e o decurso do tempo constituem uma posse de estado de filho merecedora de tutela por parte do Direito, por força do art. 227.º da Constituição brasileira, que prevê o direito à “convivência familiar” como uma prioridade absoluta da criança. Desta forma, os tribunais, através do “perdão judicial”, deixam de aplicar a pena devida, por motivos de “reconhecida nobreza”⁵³, ou seja, a força da vontade, do afeto e do cuidado dos supostos pais para com a criança ultrapassa a força da reprovação do crime cometido⁵⁴.

Na doutrina, as opiniões em relação à validade e ao reconhecimento da chamada “adoção à brasileira”, como fonte de direitos no âmbito da filiação, divergem. Alguns autores questionam se o reconhecimento da “adoção à brasileira” não é conferir validade a um ato irregular, que é praticado na sociedade, incentivando a sua prática. Por outro lado, autores existem que afirmam que o não reconhecimento do afeto, do cuidado e do respeito

entre os intervenientes no processo de “adoção à brasileira” traduz um profundo desrespeito pelos princípios que regem, ou que, pelo menos, deveriam reger, a justiça, nomeadamente o princípio da dignidade humana e o princípio do superior interesse da criança. Estes autores consideram mesmo que o facto de não se reconhecer o afeto é estar-se a ir contra o atual sistema do Direito da Família e da parentalidade, assente na não-discriminação, na diversidade, no não-preconceito e no bem-estar familiar.

A verdade é que a “adoção à brasileira”, como se pode concluir pelo que já foi referido, está intimamente relacionada com o afeto, com o cuidado e com o vínculo socioafetivo entre a família e a criança. Forma-se uma “família de afeto”, desligada de vínculos biológicos ou genéticos e de qualquer ficção jurídica criada através de decisões judiciais, como acontece no caso da adoção legal. Note-se que certos autores afirmam mesmo que a “adoção à brasileira” não é nada mais do que uma adoção sem as formalidades legais, contudo com o mesmo fundamento: o afeto, o respeito, o amor e a vontade de cuidar de uma criança como se de um filho biológico se tratasse.

Deve ressaltar-se que, na “adoção à brasileira”, a família que se forma não surge de uma obrigação. A família que se forma tem na sua base o afeto e o amor, a vontade de cuidar de outrem, a vontade de educar, de amar e de criar uma criança como se de um filho biológico se tratasse. Sendo que a pessoa que pratica este tipo de adoção certamente não a pratica de ânimo leve, tendo consciência de todas as implicações e responsabilidades que dela advêm.

O reconhecimento da “adoção à brasileira” e da família por ela formada traz muitos benefícios a muitas situações da vida real: desde logo, crianças que, por diversos motivos, são abandonadas

⁵¹ OLIVEIRA, G., (nota 2), 283.

⁵² A adoção à brasileira também pode ocorrer nos casos em que o companheiro da mãe da criança pretende perfilhá-la, mesmo sabendo que esta não é sua filha biológica.

⁵³ LÓBO, P., (nota 40), 251 e 252.

⁵⁴ É de se notar que estes processos de “adoção à brasileira” consistem em processos jurídicos extremamente complexos, em que os juízes não facilitam o reconhecimento e a validade da relação estabelecida entre os pais e a criança e em que, consequentemente, nem sempre se reconhece a validade da “adoção à brasileira”.

pelos pais e que passam sérias dificuldades, tendo nas famílias que, por generosidade e altruísmo, os adotam o abrigo, o afeto e o cuidado que nunca tiveram ou que nunca teriam, se não fossem essas mesmas famílias. Contudo, a “adoção à brasileira” pode ter também uma faceta mais negativa, na medida em que existe um maior risco de tráfico de crianças, para os mais variados fins. Para prevenir tal situação, a lei brasileira tipifica como crime a ofensa contra o estado de filiação, através da promoção do registo de nascimento inexistente, ou da promoção do parto suposto, como já se referiu.

De facto, delimitar as relações familiares e as formas de família exclusivamente aos casos de consanguinidade, de parentesco civil ou de afim é estar a dar uma solução simplista ao problema da socioafetividade no seio das famílias. A verdade é que aquilo que une, inicialmente, os pais e os filhos são os laços consanguíneos. Contudo, é a sua convivência que faz desenvolver o afeto, o amor, o cuidado e o respeito entre pais e filhos. Daí que se afirme que os vínculos socioafetivos e o afeto não podem ser negados ou ignorados pelo Direito, devendo o legislador e os juristas adaptarem-se a esta nova realidade (que, em boa verdade, não é assim tão nova), avaliando sempre o superior interesse da criança, assim como o seu bem-estar e o bem-estar da família e da sociedade, não pondo fim ao vínculo socioafetivo por meras questões procedimentais, não ouvindo a criança nem observando os seus direitos.

Note-se que a aplicação destes conceitos é frequente também nos chamados “filhos de criação” que, abandonando as suas famílias, “são inteiramente acolhidos em outra, onde são construídos laços estáveis de afetividade recíproca”⁵⁵, não sendo alterado o seu registo civil.

5.1.5.2. Apesar da falta de vínculo biológico entre o filho e o presumido pai, a posse de estado obsta à impugnação da paternidade pelo marido da mãe, nos casos em que o estado de filiação de natureza socioafetiva foi estabelecido⁵⁶.

Para impugnar a paternidade registada por força da presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, o marido da mãe tem de provar que não é o progenitor biológico, nomeadamente através de um teste de ADN, e, por esse motivo, não se ter constituído o estado de filiação socioafetiva. E, caso tenha sido o próprio declarante no registo de nascimento, deverá também comprovar que agiu induzido em erro, coagido ou dolosamente.

Existem algumas dúvidas no que diz respeito à questão de saber se o conhecimento superveniente de que o pai não foi o genitor lhe dá o direito a impugnar o estado de filho que se constituiu. Segundo Paulo Lôbo, ninguém, nem o próprio Estado, pode impugnar a paternidade afetiva, se esta e o superior interesse da criança forem maiores⁵⁷.

Por motivos semelhantes e também por motivos relacionados com o direito probatório, a ideia de que a recusa de submissão a exames científicos fazia presumir a paternidade do réu, sempre que essa presunção contrariasse uma paternidade socioafetiva já constituída, foi rejeitada⁵⁸.

Por outro lado, a perfilhação não pode ser revogada, exceto se tiver ocorrido vício de consentimento ou se se demonstrar a inexistência total de relação socioafetiva entre pai e filho. Isto quer dizer que, mesmo não existindo vínculo biológico, o registo que tenha sido feito conscientemente consolida a filiação socioafetiva, devendo esta ser reconhecida e tutelada juridicamente. Para além disso,

⁵⁶ LÔBO, P., (nota 40), 246.

⁵⁷ LÔBO, P., (nota 40), 248.

⁵⁸ LÔBO, P., (nota 37), 1754 e 1755.

⁵⁵ LÔBO, P., (nota 40), 287.

a ausência de vínculo biológico não significa, por si só, que a declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento seja falsa, relevando, para o Direito, a relação socioafetiva.

Nos casos em que exista dissenso familiar, onde a relação socioafetiva se extinguiu ou nunca existiu, a jurisprudência brasileira tem dado prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação. A verdade é que os deveres de cuidado, de afeto e de sustento não podem ser impostos a alguém que, não sendo pai biológico, também não pretende ser o pai socioafetivo⁵⁹.

Concluindo, enquanto alguns sistemas jurídicos europeus valorizavam a estabilidade das relações constituídas no interesse do filho — criando obstáculos à impugnação da filiação —, o sistema jurídico brasileiro estendeu o valor da verdade socioafetiva⁶⁰, assentando a constituição dos vínculos na prova de que se criou um laço afetivo duradouro, ou baseando a impugnação da filiação na prova de que não chegou a nascer — ou se extinguiu — uma convivência familiar. Note-se, ainda, que a paternidade biológica e o estabelecimento da paternidade pertencem a domínios diferentes: a primeira trata-se de uma questão do âmbito da tutela da personalidade, enquanto a segunda, de forma a ser um assunto de Direito da Família, requer a comprovação de uma convivência familiar socioafetiva.

Posto isto, pode afirmar-se que a parentalidade, nas últimas décadas, no direito brasileiro, baseia-se, essencialmente, na convivência familiar — na verdade socioafetiva — e “*não na verdade biológica nem na simples vontade de assumir o estatuto de pai ou de mãe*”⁶¹.

⁵⁹ RECURSO ESPECIAL Nº 878.941 — DF (2006/0086284-0).

⁶⁰ Segundo Maria Clara Sottomayor, “o direito brasileiro está mais avançado do que o português, por exemplo, na tutela judicial da parentalidade sócio-afetiva, (...). O Direito da Família brasileiro evoluiu pela criatividade da jurisprudência, enquanto Portugal evoluiu através da lei.”

⁶¹ OLIVEIRA, G., (nota 8), 28.

5.2. O direito português e a sua evolução

Como se pode concluir do que foi sendo dito nos últimos pontos, o direito português, no que diz respeito à maternidade e à paternidade, foi-se alterando com o decorrer dos tempos. Veja-se, então, em jeito de síntese, o percurso que o sistema jurídico português percorreu, até chegar à atualidade, e as principais alterações que marcaram o direito português, relativamente à maternidade e à paternidade.

O Código Civil de 1966 conservou os traços gerais do direito tradicional em relação à maternidade e à paternidade, prevalecendo, enquanto critérios da parentalidade, a “*defesa do casamento e da “legitimidade” e a vontade arbitrária do progenitor*”⁶².

A maternidade dentro do casamento era estabelecida de forma automática e obrigatória, ao passo que a maternidade fora do casamento decorria de um ato de perfilhação. Ou seja, existia uma grande diferença entre a “legitimidade” e a “ilegitimidade”, com o desprezo típico do sistema pela sorte das mulheres que não seguiam a norma matrimonial.

A paternidade dentro do casamento era estabelecida por meio de uma presunção de paternidade que, devido à sua extrema força, se assemelhava a uma norma imperativa, sendo que os casos em que se podia afastar uma paternidade atribuída eram raros.

Em relação à paternidade fora do casamento, esta decorria da perfilhação tradicional, isto é, um ato “livre”, cujo interesse e oportunidade cabiam ao homem ajuizar. Contudo, e em aparente discórdância, o Código Civil inseriu no sistema jurídico português a chamada “averiguação oficiosa” — por influência dos sistemas nórdicos —, que exigia aos serviços do Estado averiguar os vínculos biológicos das crianças que fossem registadas com omis-

⁶² OLIVEIRA, G., (nota 61), 28 a 31.

são de qualquer um desses vínculos. Esta novidade significou a adoção de um instituto próprio de um sistema assente na busca pela verdade biológica, no seio de um contexto tributário dos valores tradicionais anteriores.

No que lhe concerne, a ação de investigação da paternidade, fixando requisitos excessivos, continuava a impedir que os filhos demonstrassem os vínculos biológicos que os pais não tinham voluntariamente reconhecido, mesmo que eles fossem conhecidos e até manifestos.

Uma grande mudança no quadro jurídico português deu-se aquando da Reforma de 1977, no sentido do critério biologista.

No que diz respeito à maternidade — onde sempre foi mais fácil o critério biológico prosseguir, devido ao carácter claro do vínculo em causa —, a acentuação da verdade biológica notou-se, essencialmente, na extinção da perflilhação pela mãe: a maternidade passou a resultar do facto do nascimento e a estabelecer-se através da simples indicação da identidade da mãe.

Já no que respeita à determinação jurídica da paternidade, esta continuou a seguir a velha máxima do *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, embora a impugnação da paternidade do marido da mãe tenha passado a seguir o regime geral da “prova do contrário”, com base em qualquer facto e sujeita às mesmas práticas de convicção judicial. A negação da paternidade derivava da demonstração de que o marido nada tinha que ver com a concepção. Os filhos nascidos fora do casamento, por sua vez, eram livres para investigar a paternidade, ora provando diretamente o facto biológico da progenitura, ora tirando partido de presunções que traduziam a probabilidade de o réu ser o progenitor.

O esforço probatório exigido, nas duas situações, já não expressava quaisquer preconceitos,

passando a ser racional e proporcionado. O sistema — que, até aí, atribuía o estatuto de pai por motivos distintos da humilde verificação da progenitura subjacente — já não podia ser acusado de dar preferência à instituição matrimonial ou à arbitrariedade dos homens. O facto de o vínculo nascer de relações sexuais lícitas ou ilícitas e o facto de o progenitor querer, ou não, assumir o estatuto jurídico correspondente deixaram de relevar. O vínculo jurídico da paternidade passou a basear-se no vínculo prévio da progenitura, coincidindo, a partir daí, a paternidade jurídica com a paternidade biológica — “cada um tem o pai que a biologia lhe deu”⁶³.

E foi, assim, que o regime português justificou a qualificação de “biologista”.

O instituto da adoção, conhecido em Portugal desde 1967, nasce da vontade de assumir o papel de pai ou de mãe e justifica-se pela perspectiva de criar um vínculo igual àquele que tem por base a progenitura, no interesse do adotando. No regime em questão, não se afirma um fundamento biológico da paternidade ou da maternidade. Somente a vontade de ser pai ou mãe e o compromisso de assumir as responsabilidades correspondentes suportam a parentalidade jurídica que é estabelecida. A introdução do instituto da adoção no sistema jurídico português demonstra, desde logo, a preocupação deste na criação de mecanismos de integração de crianças, sem uma família legítima, no seio de uma família acolhedora ou de substituição.

Mais recentemente, o sistema jurídico português aceitou, igualmente, a concorrência do critério da vontade de assumir um projeto parental, no plano do estabelecimento da filiação com procriação medicamente assistida, com a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho⁶⁴.

⁶³ OLIVEIRA, G., (nota 61), 30.

⁶⁴ Lei disponível e consultada em www.dre.pt.

De acordo com o art. 20.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, o filho que venha a nascer em resultado do recurso a técnicas de procriação medicamente assistida é “havido como filho do marido ou daquele vivendo em união de facto com a mulher inseminada, desde que tenha havido consentimento na inseminação”. Sendo que, e segundo o art. 21.º da mesma lei, o dador não pode ser havido como pai, nem lhe cabem quaisquer poderes ou deveres em relação à criança nascida.

Note-se que estas normas valem quer para a fertilização *in vitro* com gâmetas de dador (art. 27.º) quer para outras técnicas de procriação medicamente assistida (art. 47.º), como é o caso da “injeção intracitoplasmática de espermatozóides, a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos e a outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias”.

Aparentemente, a vontade de assumir a paternidade na sequência da inseminação com dador, manifestada de acordo com a lei, é suficiente. Isto quer dizer que, a demonstração de atos reiterados de cuidado não é exigida. Contudo, a manifestação da vontade demonstra um comportamento típico de pai e a partilha de responsabilidades parentais com a mãe.

Mais tarde, o direito português, através da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho⁶⁵ — que alterou a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho -, veio alargar o âmbito dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida. A partir da entrada em vigor da referida lei, “os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivem em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orien-

tação sexual” podem recorrer às técnicas de procriação medicamente assistida (art. 6.º, n.º 1). Esta nova lei veio, também, garantir o acesso de todas as mulheres à procriação medicamente assistida (art. 1.º), independentemente do seu diagnóstico de infertilidade (art. 4.º, n.º 3).

A nova lei veio alterar, ainda, a redação do n.º 1 do art. 20.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, passando a ler-se: “Se do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida previstas na presente lei vier a resultar o nascimento de uma criança, é esta também havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, nos termos do artigo 14.º, nomeadamente a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato de registo”.

Isto quer dizer que a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, veio reconhecer que também a maternidade pode basear-se na vontade de assumir o estatuto de mãe. Isto é, quando uma mulher recorre a inseminação com dador (ou fertilização *in vitro* correspondente) a mulher que está casada com ela ou que vive em união de facto com ela pode consentir no projeto maternal e, neste caso, assume um estatuto igual ao de mãe. Assim como sucede no caso do marido da mãe, ou do homem com quem a mãe vive em união de facto, como decorria da Lei de 2006, esta consequência funda-se na simples manifestação da vontade de participar no recurso às técnicas de procriação medicamente assistida, ao lado da mãe biológica.

Por fim, no caso de a mulher recorrer a fertilização *in vitro* com doação de um ovócito por terceira (art. 10.º e art. 27.º) ou a maternidade de substituição⁶⁶ (art. 8.º), esta acabará por ser tida

⁶⁵ Lei disponível e consultada em www.dre.pt.

⁶⁶ Art. 8.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho — “Entende-se por “maternidade de substituição” qualquer situação em que a mulher

como mãe jurídica da criança, sendo o fundamento desta maternidade jurídica a sua vontade de iniciar um projeto parental.

Note-se que, no que diz respeito ao regime de confidencialidade dos dados, o art. 2.º, da Lei n.º 47/2019, de 8 de julho⁶⁷, veio alterar o art. 15.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, prevendo que as pessoas nascidas em consequência de processos de procriação medicamente assistida, com recurso a dâdiva de gâmetas ou embriões, podem obter informações acerca da natureza genética, que lhes digam respeito, assim como, caso tenham idade igual ou superior a dezoito anos, obter informações acerca da identificação civil do dador, isto é, o nome completo do dador.

VI. Reconhecimento da vontade e do afeto como critérios da parentalidade

Como se pode concluir do que foi sendo dito até agora, atualmente, em Portugal, parece assistir-se a uma (ainda que lenta) substituição do critério biológico da determinação da parentalidade por um critério ligado ao amor e ao afeto, sob a forma da vontade de cuidar da criança e da assunção voluntária da responsabilidade pelo cuidado — o que se pode concluir, desde logo, pelos casos admitidos pela lei em que o estabelecimento da parentalidade não se funda em laços sanguíneos.

Um desses casos — que se traduzem em exceções claras ao critério biológico — é, como se viu, o caso da procriação medicamente assistida, que demonstra a aceitação pelo sistema jurídico português do critério da vontade de assumir um projeto parental. De facto, no caso do estabelecimento da

filiação com recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, a criança que venha a nascer, resultado das referidas técnicas, “é havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa”, mesmo não havendo laços de sangue entre elas.

Para além do caso da procriação medicamente assistida, o direito português também confere relevo ao afeto noutras circunstâncias, nomeadamente no art. 1978.º, do CC, onde, apesar de requerer a verificação de situações objetivas para uma decisão judicial, deixa ao critério do tribunal a valoração de alguns daqueles critérios; ou, por exemplo, na alínea f) do art. 2009.º, do CC, onde se estabelece que se encontram vinculados a uma prestação de alimentos o padrasto e a madrasta, relativamente a “enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste”; ou, ainda, o art. 1887.º A, do CC⁶⁸, no qual se prevê que “os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes”, cujo sentido tem vindo a ser o da valorização do afeto e do desenvolvimento da personalidade da criança, alargando-se o direito de convívio a outras pessoas, para além dos irmãos e dos ascendentes, com quem a criança tem laços afetivos estabelecidos⁶⁹.

Não é apenas na legislação nacional que parece poder encontrar-se a referida crescente tendência de valorização do afeto, do amor e do cuidado das famílias para com as crianças, também a nível europeu parece poder notar-se esta tendência, nomea-

⁶⁸ Júlio Barbosa e Silva propõe mesmo uma alteração à atual redação do art. 1887.º A, do CC, de modo a alargar o convívio da criança aos “seus ascendentes, irmãos, outros familiares ou com qualquer outra pessoa com quem a criança tenha criado uma relação afetiva forte e significativa” — SILVA, J. (2015). “O Direito da Criança na Manutenção das suas Relações com Terceiros Afetivamente Significativos”. In *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. Lisboa: Almedina, 155.

⁶⁹ A este propósito veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de janeiro de 2013 — disponível e consultado em www.dgsi.pt.

se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.” — Lei disponível e consultada em www.dre.pt.

⁶⁷ Lei disponível e consultada em www.dre.pt.

damente através de decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), como acontece nos seguintes casos: *caso Zaiet c. Roumanie*, de 24 de março de 2015, ou do *caso Nazarenko c. Russia*, de 16 de julho de 2015, ou ainda do *caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, de 27 de janeiro de 2015.

Embora exista esta tendência de valorização do afeto, é verdade que também é possível notar-se uma certa resistência, da parte do TEDH, em relação à retirada das crianças das suas famílias biológicas, mesmo quando aquelas se encontram em perigo — como se pode observar através do *caso Soares Melo c. Portugal*, de 16 de fevereiro de 2016. A este respeito, Guilherme de Oliveira conclui que “A “verdade sociológica” podia servir para proteger as situações de convivência consolidadas e favoráveis ao interesse do filho, contra a ação da impugnação”⁷⁰.

A verdade é que o afeto tem um papel de extrema relevância na relação entre um pai ou uma mãe e um filho, sendo demonstrado através dos mais variados atos e comportamentos daqueles para com este. Segundo Júlio Barbosa e Silva, os pais “São, antes de mais, aqueles para quem a criança tem um significado afetivo muito especial e que estão dispostos a assumir, apaixonadamente, todas as consequências disso”⁷¹. Estes comportamentos e a sua avaliação e valorização são do maior interesse para os tribunais, que, muitas das vezes, não se encontram suficientemente preparados para lidarem e tratarem de algumas questões, que lhes são apresentadas, que envolvem crianças e as suas famílias.

Apesar de se poder apontar, por vezes, esta falha na preparação dos tribunais e dos juízes, não se pode negar a atual tendência, cada vez maior, de valorização pelos tribunais de certas emoções,

como o amor, o carinho ou o afeto, fundamentando as suas decisões nessas mesmas emoções. Mesmo a própria legislação, nos últimos tempos, tem vindo a sofrer alterações no sentido de acolher a ideia do afeto, como acontece com a Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, com a Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro, e com a Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, e as suas respetivas alterações. As leis referidas e as suas alterações fazem todas, de algum modo, referência “à preservação das relações afetivas estruturantes” desenvolvidas pela criança⁷².

Embora a filiação socioafetiva não seja reconhecida pelo sistema jurídico português, a verdade é que os juristas e a doutrina portugueses não andam distraídos no que diz respeito à socioafetividade e ao reconhecimento da vontade e do afeto como critérios da parentalidade, trazendo estas questões, muitas vezes, a debate. Segundo Maria Clara Sottomayor, “as sociedades que adotam a conceção biológica da parentalidade não valorizam a criança como pessoa e as suas necessidades”⁷³. Para a autora, “o afeto é digno de ser considerado um conceito jurídico e de aplicação comprovável, podendo ser “objetivado em atos de cuidado demonstráveis em Tribunal pelos processos tradicionais de produção de prova”⁷⁴. Mais, “as emoções têm sido, ao longo da história, a força motora das mudanças dos sistemas políticos, das religiões, da justiça, da luta contra a escravatura e contra todas as formas de opressão”⁷⁵.

⁷² ALMEIDA. E., (nota 4), 384.

⁷³ SOTTOMAYOR, M. (2008). “Qual é o Interesse da Criança? Identidade Biológica versus Relação Afetiva”. In *Centro de Direito da Família*, n.º 12, *Volume Comemorativo dos 10 Anos de Curso de Pós-Graduação “Proteção de Menores — Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*”. Coimbra: Coimbra Editora, 33 e 34.

⁷⁴ SOTTOMAYOR, M. (2016). *Temas de Direito das Crianças*. Coimbra: Almedina, 319.

⁷⁵ SOTTOMAYOR, M., (nota 74), 310.

⁷⁰ OLIVEIRA, G. (1998). *Crítério Jurídico da Paternidade*. Coimbra: Almedina, 299.

⁷¹ SILVA. J., (nota 68), 126.

De facto, as crianças devem ser uma das prioridades da sociedade e dos sistemas jurídicos. Nesse sentido — e com o objetivo final da sua proteção -, deve ser dado espaço à criança para que esta se possa exprimir, valorizando-se aquilo que são os seus pontos de vista, os seus interesses e as suas vontades, não se ignorando tudo isto aquando das tomadas de decisões e da elaboração das leis e das políticas sociais.

Para além dos juristas e da doutrina portuguesa, importa também referir que, em 2018, deu entrada na Assembleia da República uma petição que solicitava a legislação da parentalidade socioafetiva⁷⁶. Com esta petição, pretendia-se “o reconhecimento legal da parentalidade socio-afetiva, enquanto relação de facto “despida de ascendência genética”, merecedora de tutela “idêntica aos demais vínculos advindos da filiação”, pelo direito da família, no Ordenamento Jurídico Português”. De acordo com a peticionante, “A visão moderna do direito da família é a da existência de um núcleo familiar unido por relações de afeto, solidariedade e amor, visando a realização da dignidade da pessoa humana através de outras formas de família que igualmente merecem a proteção do Estado”, reclamando que “deve ser dada primazia ao vínculo afetivo e aos cuidados de quem age como se pai ou mãe fosse”.

Na nota de admissibilidade da referida petição⁷⁷, para além de se fazer referência ao Professor Guilherme de Oliveira e a algumas das suas obras — nomeadamente, “Sobre a verdade e a ficção no direito da família” -, transparecendo-se aquela que é a sua opinião e que já tem vindo a ser referida no presente relatório, faz-se, ainda, referência ao sis-

tema jurídico brasileiro, que “reconhece(m) legalmente a parentalidade socio-afetiva, podendo esta ocorrer, durante a vida do pai ou da mãe socio-afetivos, ou mesmo após a sua morte”.

Em suma, a filiação socioafetiva não é reconhecida no sistema jurídico português. Contudo, como se constatou, é possível identificar-se a socioafetividade paterno-filial em vários contextos normativos, como é o caso da procriação medicamente assistida ou da gestação de substituição. Assim, é de se crer que, atendendo não só aos contextos normativos mencionados mas também à posição da doutrina e à opinião e vontade dos cidadãos, existe a possibilidade de se proceder às necessárias adaptações e alterações na legislação portuguesa, no sentido de se permitir que, na investigação da maternidade ou da paternidade, em vez de se investigar a origem biológica da criança, se investigue o seu estado de filho, reservando-se o património genético a questões de saúde e de impedimentos matrimoniais, caso surjam. Ou seja, o vínculo biológico deverá ser desconsiderado, ou, pelo menos, o seu valor deverá ser diminuído, devido à ligação afetiva inexistente entre a criança e os seus progenitores, consoante a compreensão do intérprete, valorizando-se os vínculos afetivos nos casos em que esses vínculos existem e os vínculos biológicos não existem.

VII. Considerações Finais:

Ao longo do tempo, a família, a sua estrutura e os seus valores foram-se alterando, acompanhando as transformações pelas quais a sociedade ia passando. Certo é que a família de antigamente já pouco tem que ver com a família atual, tanto na sua estrutura, como na sua organização, no seu funcionamento e nas suas funções, estando os seus membros cada vez mais ligados por vínculos socioafetivos, deixando para trás os simples vínculos biológicos ou genéticos que os uniam.

⁷⁶ Petição n.º 451/XIII/3.^a. A petição em causa deu entrada na Assembleia da República a 17 de janeiro de 2018, com o seguinte assunto: “Solicita que seja legislada a parentalidade socio-afetiva”, disponível e consultada em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs>.

⁷⁷ Disponível e consultada em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs>.

O afeto entre os membros da família, bem como o cuidado e o respeito entre estes, tem vindo a ganhar um novo, e cada vez maior, relevo no seio da família e na própria sociedade, repercutindo-se essa valorização no âmbito do Direito, em especial no domínio do Direito da Família e no que diz respeito, em específico, às questões relacionadas com o estabelecimento da filiação. Exemplos claros dessa valorização são o estabelecimento da filiação com recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, a gestação de substituição ou, ainda, a adoção — que vêm sendo aceites pelo sistema jurídico português.

Daqui pode concluir-se, desde logo, que o critério biológico ou da verdade biológica da determinação da parentalidade, pelo qual o sistema jurídico português se guiava (e continua a guiar, atualmente), começa a sofrer algumas debilidades, não conseguindo dar resposta em várias situações — como as mencionadas anteriormente — em que a filiação se estabelece sem que existam vínculos biológicos ou genéticos entre pais e filhos.

De facto, o afeto representa, atualmente, um papel muito importante no seio familiar, especialmente nas relações entre pais e filhos, sendo o vínculo que assimila tanto as famílias biológicas unidas afetivamente como também as famílias que, embora não possuam vínculos biológicos, possuem fortes laços afetivos entre os seus membros⁷⁸. E a verdade é que os laços biológicos não traduzem, necessariamente, melhores famílias ou melhores ambientes familiares; as melhores famílias são aquelas que, independentemente dos laços que as unem — biológicos ou não -, são marcadas pelo afeto, pelo amor, pelo respeito e pelo cuidado entre os seus membros.

A doutrina nacional e internacional não têm ignorado essa importância do afeto, havendo muitos

autores que defendem a valorização e o reconhecimento do afeto, do respeito e da vontade de cuidar, enquanto critérios jurídicos da parentalidade, nomeadamente e desde logo Maria Clara Sottomayor e Guilherme de Oliveira, em Portugal, e João Batista Vilela e Paulo Lôbo, no Brasil.

Neste sentido, os juristas e os tribunais portugueses, seguindo o exemplo do que acontece noutros sistemas jurídicos, não devem ignorar o afeto e o seu papel no seio das relações familiares e da sociedade, devendo tê-lo em conta, valorizando-o, de forma a proteger a criança e o seu superior interesse — tal como acontece, por exemplo, no sistema jurídico brasileiro.

A verdade é que o direito brasileiro, nas últimas décadas, vem acolhendo o afeto, reconhecendo o seu valor e considerando-o como elemento jurídico, embora a lei não o reconheça diretamente⁷⁹. Nesta medida, o sistema brasileiro estendeu o valor da verdade socioafetiva e assentou a constituição dos vínculos na prova de que se criaram laços afetivos duradouros entre a criança e os seus pais e a restante família, podendo afirmar-se que a parentalidade, no referido sistema jurídico, assenta, essencialmente, na convivência familiar.

Assim, embora, atualmente, o sistema jurídico português não reconheça, diretamente, a filiação socioafetiva, parece ser de acreditar que existe a possibilidade de este, num futuro próximo, a vir a reconhecer juridicamente, procedendo-se a alterações e a adaptações legislativas nesse sentido. Permitindo-se, assim, a valorização do afeto, do cuidado e do respeito entre pais e filhos e investigando-se o estado de filho, em vez de se investigar apenas a origem biológica ou genética, sempre com o objetivo de se proteger o superior interesse da criança.

⁷⁸ ALMEIDA, E., (nota 4), 408.

⁷⁹ ALMEIDA, E., (nota 4), 397.

— A DATA OU A VIDA!¹

Guilherme de Oliveira

Professor Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra

A. Preliminares

Em 02/09/2021, a 1.^a secção do Supremo Tribunal de Justiça, (Rel. Maria Clara Sottomayor) julgou um caso de revista excepcional (proc. n.º 211/20.2T8STC.E1.S1) que incidiu sobre o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 07/14/2020 (proc. n.º 211/20.2T8STC.E1).

Resumo da questão:

“[...] os autores interpõem recurso de revista excepcional, ao abrigo dos artigos 672.º, n.º 1, alíneas a), b) e c) e 674.º, n.º 1, alínea a), tendo a formação prevista no artigo 672.º, n.º 3, do CPC admitido o mesmo, por entender que é manifesto o relevo jurídico da questão suscitada, nos termos do artigo 672.º, n.º 1, do CPC. A questão de direito, cuja resolução os recorrentes solicitam, liga-se à interpretação da norma constante no artigo 1980.º, n.º 1, al. a) e n.º 3, do Código Civil, por forma a verificar se a alusão feita à “confiança” da criança, relativamente à qual é pedida a adoção, é suscetível de abarcar realidades diversas daquela que foi declarada no acórdão recorrido. Neste contexto, considera-se ainda, no Acórdão da Formação, que, em face do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de junho de 2017, invocado para sustentar a contradição de acórdãos, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça reveste-se de uma potencialidade expansiva

para os demais tribunais, por se tratar de matéria do Direito da Família atinente a aspetos essenciais à vida em sociedade.” (Extrato do ac. do STJ)

Acórdãos em contradição:

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 07/14/2020 (proc. n.º 211/20.2T8STC.E1)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06.08.2017 (proc. n.º 4692-16.0T8VFX.L1-8)

A questão jurídica a decidir:

Pode constituir-se *validamente* uma adoção, apesar de a decisão de confiança administrativa em favor dos adotantes ter sido proferida já *depois* de a adotanda ter completado os 15 anos de idade? (Cfr. o art. 1980.º, n.º 3, CCiv).

Apreciações precedentes:

Na jurisprudência, *a favor* da validade da constituição do vínculo:

- Sentença do Tribunal de Família e de Menores do Porto (proc. n.º 1650/07)²
- Ac.do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06/08/2017 (proc. n.º 4692-16.0T8VFX.L1-8)³
- Ac. do STJ, de 02/09/2021 (proc. n.º 211/20.2T8STC.E1.S1)

² 5.^a Bienal de Jurisprudência, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2012, p. 53.

³ Este – e os acórdãos seguintes – encontram-se na base de jurisprudência *dgi*.

¹ As datas dos acórdãos seguem a ordem mês – dia – ano.

Na jurisprudência, *contra* a validade da constituição do vínculo:

- Ac. do Tribunal da Relação de Évora, de 09/03/2017 (proc. n.º 3939/16.8T8STB.E2)
- Ac. do Tribunal da Relação de Évora, de 07/14/2020 (proc. n.º 211/20.2T8STC.E1)

Na doutrina, *a favor* da validade da constituição do vínculo:

- Helena Bolieiro e Paulo Guerra, *A Criança e a Família – uma questão de direitos*, 2.ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 399, nota 111.
- Ana Rita Alfaiate, [Anotação ao art. 1980.º], in «Clara Sottomayor coord., Código civil anotado, Livro IV, Direito da Família», Coimbra, Almedina, p. 1020-1.

B. Comentário

O texto do art. 1980.º CCiv é o seguinte:

“Quem pode ser adotado

1 – Podem ser adotadas as crianças:

a) Que tenham sido confiadas ao adotante mediante confiança administrativa ou medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção;

b) Filhas do cônjuge do adotante.

2 – O adotando deve ter menos de 15 anos à data do requerimento de adoção.

3 – Pode, no entanto, ser adotado quem, à data do requerimento, tenha menos de 18 anos e não se encontre emancipado quando, desde idade não superior a 15 anos, tenha sido confiado aos adotantes ou a um deles ou quando for filho do cônjuge do adotante.”

a) O n.º 1 do artigo estabelece a necessidade de haver uma decisão de confiança administrativa ou

uma medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção, antes da constituição do vínculo; e o n.º 2 impõe que a constituição do vínculo ocorra antes dos 15 anos da criança que se pretende adotar. Estas duas exigências são pacíficas.

O n.º 3 prevê uma espécie de *tolerância* relativamente à idade máxima da criança. Por um lado, é consensual que, no nosso sistema jurídico, não pode haver adoção de maiores – e, portanto, o limite da tolerância para a constituição do vínculo fixou-se nos 18 anos. Por outro lado, determinou-se que o adotando deve ter sido confiado aos adotantes ou a um deles, desde idade não superior a 15 anos. Esta exigência não parece ter uma razão clara, mas pode admitir-se que, sendo a adoção mais interessante para a criança na proporção inversa da idade em que ocorre, é conveniente – ao menos – que a realidade familiar em que a criança vive, e que se pretende reconhecer, já exista desde antes dos 15 anos.

Dito isto, segundo o regime do art. 1980.º, n.º 3, CCiv, é possível iniciar a convivência familiar algum tempo antes dos 15 anos, fazer um juízo de prognose favorável sobre o sucesso da relação familiar e, por fim, constituir o vínculo antes dos 18 anos do adotando. Resta a dúvida sobre a natureza, e o momento, do ato de “confiança” em que se funda a relação que se pretende transformar em um vínculo adotivo.

b) Nada do que ficou dito suscitaria dificuldades se não fosse esta relativa discrepância das expressões utilizadas nos n.ºs 1 e 3, quanto à natureza da “confiança” – o n.º 1 especifica que, quando se diz “confiança”, quer dizer-se “confiança administrativa ou medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção”; o n.º 3 apenas exprimiu a necessidade de o adotando ter sido “confiado aos adotantes ou a um deles”, sem especificar o tipo de ato de confiança.

Nestas condições, discute-se se a “confiança” referida neste n.º 3 tem de ser de algum dos (dois) tipos que são referidos no n.º 1; ou se esta “confiança” pode ser de um tipo diferente daqueles dois porque, na verdade, o sistema jurídico não prevê só os dois tipos de decisão de confiança mencionados no n.º 1.

c) Podemos agrupar as decisões conhecidas de “confiança” pelo menos em três grupos, que têm um âmbito diverso.

Em primeiro lugar, encontramos, *no âmbito de proteção mínima*, no quadro do art. 35.º LPCJP⁴ e no quadro do art. 1918.º CCiv, a menção de decisões de confiança cujo fim é restrito – elas visam produzir efeitos de proteção da criança, mas tendem a limitar moderadamente as responsabilidades parentais e durante um período de tempo curto (cfr. os arts. 37.º e 60.º a 63.º LPCJP).

Em segundo lugar, podem distinguir-se algumas decisões de confiança com um valor mais intenso no quadro dos *processos tutelares cíveis* – na regulação das responsabilidades parentais (cfr. o art. 34.º e segs RGPTC⁵), na confiança a terceira pessoa (cfr. o art. 1907.º CCiv), no estabelecimento da tutela (cfr. o art. 67.º RGPTC), na constituição do apadrinhamento civil (cfr. a Lei n.º 103/2009, e art. 66.º RGPTC) – estas decisões de confiança incidem muito sobre as responsabilidades parentais e podem traduzir-se em uma transferência completa, ou quase completa, para a titularidade de pessoas diferentes dos pais. Por outras palavras, estas decisões de confiança *criam* (ou *reconhecem*) *realidades familiares substanciais*, na medida em que tendem a gerar ou a confirmar relações de residência e de convivência típicas de uma família “normal”, tal como costumamos identificá-la.

Em terceiro lugar, podemos agrupar os dois tipos de decisões de confiança que estão previstos no art. 1980.º, n.º 1, CCiv (“Quem pode ser adotado”) – aqui, as decisões destinam-se, especificamente, a vir a *constituir relações de filiação entre o adotando e os adotantes*, em tudo equivalentes às relações de filiação biológica⁶.

d) Deve agora repetir-se a pergunta: no art. 1980.º, n.º 3, a palavra “confiança” significa *algum dos dois* tipos mencionados no n.º 1, ou pode significar *qualquer outro* tipo de confiança dos referidos acima?

A meu ver, a resposta não é nenhuma destas duas. Além disto, a resposta não pode encontrar-se na mera interpretação das simples palavras, ou mesmo de todo o texto do artigo citado.

B-1 Interpretação da lei aplicável, de acordo com a doutrina tradicional

a) Segundo as regras tradicionais da interpretação – depois de eleger a norma interpretanda – é próprio começar por atribuir um significado aos **termos utilizados** pelo legislador, supondo que ele “soube exprimir o seu pensamento em termos adequados” (art. 9.º CCiv).

Este primeiro passo, no entanto, revelou-se pouco convincente – afinal, os acórdãos das Relações envolvidas (o acórdão recorrido e o acórdão fundamento) não estiveram de acordo sobre o sentido dos textos. A verdade é que, no art. 1980.º, n.º 1, CCiv, o preceito está a considerar o *quadro normal da capacidade* do adotando, e define *os dois tipos de “confiança”* que considera relevantes; já o n.º

⁴ *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo* (Lei n.º 147/99, de 1 de setembro).

⁵ *Regime Geral do Processo Tutelar Cível* (Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro).

⁶ Não se considera agora uma situação que ainda se encontra num *patamar mais elevado de intensidade e de responsabilidade*: a adoção do filho do cônjuge que, por se presumir a mais sólida e estável, nem carece de ser alvo de uma decisão de confiança administrativa verdadeira e própria, e basta-se com uma simples “*avaliação favorável*” do caso [cfr. o art. 34.º, n.º 1, c), do *Regime Jurídico do Processo de Adoção*, RJPA, Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro].

3, que prevê uma *situação excepcional* quanto à capacidade do adotando, abandonou a especificação que fez no n.º 1, para referir apenas, *genericamente*, um ato de “confiança” em favor dos adotantes.

O elemento gramatical, porém, é desde logo desvalorizado pelo texto do art. 9.º quando afirma que “a interpretação não deve cingir-se à letra da lei”; é necessário reconstituir o pensamento legislativo tendo em conta vários outros elementos.

Designadamente, é preciso procurar conhecer **a razão de ser da lei** (*ratio legis*), “o fim visado pelo legislador ao elaborar a norma”⁷. É este passo que nos permite ponderar os interesses que a norma visa satisfazer, e assim selecionar os casos que ela deve regular – quer por aplicação direta, quer por alguma forma de restrição ou de extensão; ou mesmo recorrendo à analogia. Ora, é sabido que o instituto da adoção visa promover a integração de crianças e jovens dentro de uma família, nos casos em que a família natural, por qualquer razão, deixa de poder garantir o seu cuidado. Sabemos também que o sistema português – tal como a maioria – reservou o instituto da adoção para as crianças e jovens mais novos, supondo que a integração em uma família tem um interesse inversamente proporcional à idade em que a integração é feita. Daí que tenha desenhado o regime de “quem pode ser adotado” estabelecendo o limite máximo absoluto dos 18 anos (a maioridade); e tenha procurado garantir que, antes desse limite, seja estabelecido um período de contacto suficiente para experimentar as relações entre os adotandos e os adotantes, por forma a permitir um juízo de prognose favorável, antes da constituição definitiva do vínculo.

As considerações precedentes também ajudam a definir o **contexto da lei** – as outras disposições

que concorrem para gerar e caracterizar a nova relação familiar que se pretende intensa, frutuosa, duradoura, e mesmo irrevogável. Neste momento, é forçoso considerar as várias normas que garantem a prossecução do interesse da criança que, em muitos casos, coincide com o seu desenvolvimento integral, e com o respeito e a preservação das suas vinculações profundas – designadamente, a Convenção dos Direitos da Criança, (art. 3.º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, (art. 24.º, n.º 2), a Constituição da República Portuguesa (art. 69.º, n.º 1), a LPCJP [art. 4.º, g)] e o RGPTC (art. 4.º, n.º 1, por remissão para a LPCJP).

Acrescenta-se o **elemento histórico** que, no caso da adoção, mostra com grande significado o regresso histórico do instituto ao direito português, com a feição renovada da satisfação do interesse da criança e do jovem, na sequência do recurso amplo que foi empreendido na altura da primeira guerra mundial, em que muitas crianças perderam as suas famílias; e mostra a evolução do instituto no sentido do alargamento da capacidade para ser adotado – partindo dos órfãos e abandonados da primeira versão do código civil de 1966 até às crianças em perigo com famílias conhecidas. Em suma, a evolução das leis da adoção é uma parte da história geral da ascensão do valor social das crianças e jovens, e da sua proteção efetiva.

Deve notar-se, ainda, que o instituto da adoção é um dos que tem sido alvo de atenções frequentes por parte dos legisladores, sempre com o intuito de promover a sua constituição e de garantir o seu sucesso, em homenagem ao reconhecimento das vantagens que tem para o cuidado das crianças e para a respetiva socialização. Note-se, sobretudo, que a reforma constitucional de 1982 deu a maior dignidade ao instituto quando promoveu a sua inclusão no art. 36.º, n.º 7, consagrando a sua “garantia institucional”.

⁷ J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 182.

Dado por assente que a letra da lei não foi suficiente para pôr de acordo os importantes operadores da lei que já intervieram, parece justo dizer-se que, de todos os elementos, *avulta* o que se conhece das *finalidades da lei*: a intenção de fomentar a adoção como o grande remédio para integração de crianças privadas de meio familiar. Este objetivo deve primar sobre todas as dúvidas de interpretação, desde que se respeite a necessidade de encontrar no resultado obtido um mínimo de correspondência no texto da norma (cfr. o art. 9.º, n.º 2, CCiv).

b) Chegados a este ponto, ponderemos os resultados que as instâncias atingiram: *ou* entendemos que o sentido da “confiança” referida no art. 1980.º, n.º 3, é igual ao sentido que está expresso no n.º 1; *ou* entendemos que o sentido da “confiança” referida no n.º 3 é diferente – e muito mais amplo – daquele que está expresso no n.º 1.

Na primeira hipótese, o art. 1980.º, n.º 3, não permite constituir validamente a adoção nos casos sujeitos a apreciação – por interpretação declarativa e aplicação direta – porque não foi respeitado o requisito de ter havido uma confiança administrativa (a forma que importa nestes casos) antes dos 15 anos da adotanda. Apenas poderá aplicar-se o artigo 1980.º, n.º 3, através de uma *interpretação extensiva* que tome em consideração o seu propósito de alargar até onde puder o seu âmbito de aplicação, para absorver todos os casos em que se formou, na realidade, um vínculo filial a que só falta uma formalização legal por via da sentença de adoção – e que foi o que aconteceu em ambos os casos que estão em apreço.

Na segunda hipótese – se entendermos que o sentido da “confiança” referida no n.º 3 permite abranger todos os outros tipos de confiança para além dos dois tipos específicos referidos no n.º 1 –

creio que ainda devemos distinguir duas hipóteses. Assim, julgo que não devem relevar as situações de confiança de natureza cautelar e provisória, limitadas no tempo e no conteúdo, no âmbito da LP-CJP e do art.º 1918.º CCiv, que não se destinaram a gerar vínculos robustos de carácter familiar. Pelo contrário, devem ser relevantes as confianças implicadas nos processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais, de instauração da tutela e de constituição de apadrinhamento civil, que geram ou reconhecem convivências familiares plenas de responsabilidade e com um carácter duradouro, senão tendencialmente perpétuo; nestes casos, deve fazer-se uma *interpretação restritiva* do n.º 3, de modo a excluir a relevância das decisões de confiança cautelares e provisórias, menos intensas e menos duradouras, e aplicar o n.º 3 no sentido de validar a constituição do vínculo adotivo apenas em casos como os que estiveram em confronto (onde as decisões de confiança prévias tiveram a robustez que me parece necessária).

B-2 Aplicação do método da realização concreta do Direito⁸

Apreciemos, em primeiro lugar, a *matéria de facto provada*, em ambos os casos.

a) O caso apreciado pelo Tribunal da Relação de Évora (07/14/2020)

Neste caso – considerado na revista excecional do STJ como o “acórdão recorrido” – o Tribunal da Relação de Évora deliberou a *invalidade* da adoção *porque* a decisão de confiança administrativa foi tomada *depois* dos 15 anos da adotanda.

⁸ Segue-se, de perto, o ensino de A. Castanheira NEVES, designadamente em *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito/Studia Iuridica/Coimbra Editora, n.º 1, 1993.

Neste caso, sublinhe-se, as responsabilidades parentais foram atribuídas, em exclusivo, em 2013, à agora candidata a adotante.

Foram os seguintes os factos considerados adquiridos pelas instâncias:

«1 – CC nasceu no dia07.2002, sendo filha de DD e de EE.

2 – Por sentença proferida em 02.2005, foi regulado o poder paternal da adotanda, que ficou a ser exercido em conjunto por ambos os pais, embora a menor tivesse ficado aos cuidados da aqui requerente.

3 – Por sentença proferida em 01.2013, no âmbito do processo de alteração do exercício das responsabilidades parentais, as responsabilidades parentais foram atribuídas, em exclusivo, à requerente, e, fixado o pagamento de uma prestação alimentícia a favor da jovem, por banda dos progenitores.

4 – Os requerentes apresentaram a sua candidatura a adotantes em10.2019, a qual veio a ser deferida pelo Instituto de Segurança Social, I.P.

5 – Os progenitores nunca foram inibidos do exercício das responsabilidades parentais.

6 – Por decisão de confiança administrativa com vista a futura adoção, de04.2020, foi confirmada a permanência da jovem a cargo dos requerentes ao abrigo dos artigos 34.º, n.º 2, al. b) e 36.º n.º 8 al. a) do Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015 de 08/09.

7 – A presente acção foi instaurada no pretérito dia05.2020».

Do processo referido em 2, e dos presentes autos, consideram-se ainda relevantes as seguintes incidências processuais:

8 – Na acta da conferência de pais realizada no dia02.2005, no processo referido em 2, consta

que foi obtido acordo entre os requeridos e as intervenientes acidentais, nos seguintes termos:

«1. Os pais DD e EE exercerão em conjunto o poder paternal relativo à menor CC.

A menor ficará confiada à guarda e cuidados de AA, que assegurará os cuidados necessários à mesma, e suportará os respectivos encargos; em caso de impedimento temporário de AA a menor poderá ficar com FF, mãe daquela.

2. Não se fixam alimentos a pagar pelos progenitores dado que a sua situação económica não lhes permite prestar; os pais poderão contudo contribuir com roupas ou prendas se lhes for possível.

3. Os pais poderão visitar a CC sempre que o entenderem, sem prejuízo do descanso e das futuras obrigações escolares da menor, e desde que para tanto avisem a AA, tal como vem acontecendo.----

Dada a palavra à Digna Curadora de Menores, junto deste Tribunal, por esta foi dito:--"Satisfeitos os interesses da menor, na medida do possível, e atendendo à posição dos pais, promovemos a homologação por sentença do acordo que antecede".

Seguidamente a Mma. Juiz proferiu a seguinte SENTENÇA:

Quer pelo seu objecto, quer pela qualidade dos intervenientes, e ainda por acautelar suficientemente os interesses da menor, homologo por sentença o acordo a que os pais chegaram e supra referido, condenando-os a cumpri-lo nos seus precisos termos».

9 – Na acta da conferência de pais realizada no dia01.2013, no processo referido em 3, consta que foi obtido acordo (entre os progenitores e a interveniente acidental ora requerente), nos seguintes termos: «1.º - A menor CC fica à guarda e cuidados de AA com quem residirá, sendo as responsabilidades parentais exercidas em exclusivo

por esta; - 2.º - Cada um dos progenitores pagará a título de pensão de alimentos, a favor da menor CC a quantia de €50,00 (cinquenta euros), a entregar a AA até ao dia 8 de cada mês a que disser respeito, através de transferência bancária para a conta cujo NIB a mesma indicará;-

Quanto ao regime de visitas mantém-se o já acordado a folhas 20 e 21 da regulação do poder paternal.

Considerando o Ministério Público e o Tribunal que por via deste acordo se encontravam “salvaguardados os superiores interesses da menor”, o Ministério Público nada teve a opor ao acordado, seguindo-se a sentença homologatória do transcrito acordo.

11 – No Relatório de Acompanhamento e Avaliação da Pré-Adoção, junto com o requerimento inicial, consta o seguinte PARECER:

«A motivação subjacente ao projeto de adoção por parte do casal, encontra-se relacionada com o desejo de tornar CC sua filha do ponto de vista legal, já que em termos de vinculação a mesma foi estabelecida desde que esta vive no seu agregado. Por outro lado, CC veio manifestar o interesse em ser adotada por aqueles que reconhece como pais.

Numa primeira fase, foi a mãe da candidata que assumiu esta criança desde os 9 dias de vida, sempre com o acompanhamento de AA, tratando-a como filha, prestando-lhe todos os cuidados e afeto necessários ao seu saudável desenvolvimento. O candidato conhece CC desde que iniciou relacionamento com AA, contava CC 4 anos, tendo-se estabelecido uma relação filial quando passa a viver com o casal aos 6 anos.

Verifica-se que CC é uma jovem desejada e feliz, reconhecendo no casal as figuras de referência primordiais, encontrando-se vinculada a ambos.

O casal sente CC como sua filha, desejando ver esta situação regularizada em termos jurídicos.

A família do candidato tem conhecimento da sua intenção de adotar CC, manifestando igualmente o desejo de que o processo seja regularizado.

BB e AA têm uma situação habitacional, profissional e económica estável e manifestam ter uma relação equilibrada.

Considera-se que estão estabelecidos os vínculos próprios da filiação entre os candidatos e CC, os quais se sentem respetivamente “pais” e “filha”, sendo esta adoção a forma de legalizar um vínculo afetivo há muito tempo estabelecido e uma forma de verem os seus direitos assegurados.

Face ao exposto, consideramos que os candidatos reúnem as condições para poder vir a adotar CC, sendo este o projeto de vida que melhor defende o superior interesse desta jovem, além de corresponder às expectativas das partes interessadas».

[A pretensão de adoção foi indeferida na 1.ª instância, e o indeferimento foi confirmado pela Relação de Évora pois, apesar de a adotanda ter menos de 18 anos (tinha 17 anos), a decisão de confiança administrativa que promovia a adoção fora proferida depois de ela completar 15 anos, não satisfazendo, portanto, a exigência prevista no art. 1980.º, n.º 3.]

b) O caso apreciado pelo Tribunal da Relação de Lisboa (06/08/2017)

Neste caso – considerado na revista excecional do STJ como o “acórdão fundamento” – o Tribunal da Relação de Lisboa admitiu a *validade* da adoção *apesar* de a decisão de confiança administrativa ter sido tomada *depois* dos 15 anos da adotanda.

Neste caso, sublinhe-se, fora instaurada uma tutela, em 2010, em favor da agora candidata a adotante.

«1 – A menor nasceu em 19.12.2000 na freguesia e concelho de Vila Franca de Xira e é filha biológica de V e de S.

2 – A menor M foi acolhida, em 10.04.2001, no Centro de Emergência Social – Fundação CEBI, em Alverca, na sequência de ter sido vítima de maus tratos infligidos pelo progenitor, onde veio também a ser acolhida, logo após o seu nascimento, 24.03.2003, a sua irmã Mi.

3 – Face ao desinteresse manifestado pelos pais e à falta de condições em que viviam, por acordo de promoção e protecção proferido em 24.03.2004 no Processo no 1866/03.8TBVFX que correu termos neste Tribunal, a menor e a sua irmã Mi foram confiadas à ora Requerente (tia das menores) e ao seu marido V (tio da menores), entretanto falecido, no âmbito da medida de apoio junto de outro familiar.

4 – Em 05.05.2005 o marido da ora Requerente, V, e a menor Mi faleceram num trágico acidente de viação onde também seguiam a Requerente e a menor M.

5 – No âmbito do processo tutelar comum que correu termos com o n.º 2119/05.2TBVFX neste Tribunal foi proferida sentença, em 24.05.2005, nos termos da qual “A menor M fica entregue à guarda e cuidados da sua tia, P (ora Requerente), com quem residirá.” e ainda “Na parte restante do poder paternal o mesmo será exercido pelo pai.”

6 – Posteriormente, e considerando o total alheamento relativamente à vida das menores, a ausência de laços de afecto, a debilidade mental relativa à progenitora S e o alcoolismo do progenitor V, o Ministério Público requereu a inibição total do exercício do poder paternal dos progenitores das menores que correu termos neste Tribunal com o n.º de processo 6502/05.5TBVFX, tendo em 27.10.2006 sido proferida sentença decretando a inibição.

7 – De seguida, o Ministério Público requereu a instauração de tutela a favor da menor M que correu termos no 1.º Juízo de Família e Menores deste Tribunal com o n.º 2119/05.2TBVFX-A,

nos termos do qual, por sentença proferida em 07.10.2010, foi instituída a tutela e a ora Requerente nomeada como tutora da menor.

8 – Desde que deu entrada no Centro de Emergência Social – Fundação CEBI, em Alverca, e após a sua saída, mas com a continuação da frequência no Jardim de Infância da Fundação a menor foi sendo seguida, nomeadamente, a nível psicológico.

9 – Dos relatórios de fls. 31 a 34 resulta que a estabilidade da relação existente entre a ora Requerente e a menor é fundamental, sendo a ora Requerente o elemento de vinculação parental e de suporte que garante a segurança e o equilíbrio psicoafectivo da menor.

10 – A Requerente sempre revelou as necessárias e adequadas competências parentais e uma boa estruturação sócio-afectiva e relacional na interacção com a menor.

11 – A ora Requerente tem actualmente 49 anos, no estado de viúva.

12 – Reside com o seu companheiro, P, no estado de solteiro, de 53 anos.

13 – Vive com o requerente em união de facto desde 01.09.2011.

14 – Os Requerentes não têm filhos biológicos.

15 – Habitam em casa própria da ora Requerente, com 3 assoalhadas, com boas condições de habitabilidade, onde a M tem um quarto só para si.

16 – A Requerente está actualmente desempregada e o Requerente é servente auxiliar na empresa Garcias, S.A., auferindo mensalmente o valor líquido de 550,00€.

17 – Os Requerentes são considerados e respeitados no meio social onde vivem.

18 – Os Requerentes têm demonstrado capacidade e idoneidade no desempenho da função parental e tratam a menor como sua filha e a menor trata-os como mãe e pai.

19 – A menor tem actualmente 15 anos e frequenta o 10.º ano no Agrupamento de Escolas do Forte da Casa.

20 – É uma criança feliz e perfeitamente integrada no agregado familiar dos Requerentes, tratando-os como pais e tendo um bom relacionamento com estes.

21 – Os Requerentes são pessoas saudáveis, formam um casal feliz e pretendem continuar a educar a M como o têm efeito até à presente data, dedicando-lhe todo o amor e carinho como se de uma filha biológica se tratasse.

22 – A menor encontra-se bem integrada nesta família e é nela que tem vindo a moldar as suas estruturas afectivas, sociais e psicológicas, apresentando um excelente desenvolvimento físico, psicológico e emocional.

23 – Os Requerentes foram notificados pelo Centro de Adopções do C.D.S.S. Lisboa, cumprindo o disposto no n.º 6 do artigo 50.º do RJPA, do relatório previsto no n.º 4 do referido normativo legal, em 15.12.2016, nos termos do qual estão em condições para formularem o pedido de adopção da menor M.

24 – Os Requerentes foram ainda notificados que foi proferida decisão de confiança a administração da Menor.

25 – A requerente toma conta da M desde 2004 e o requerente assumiu funções de pai da mesma desde 2005 após a morte do marido da requerente.»

c) Confronto entre a **norma-hipótese** e os **casos jurídicos**

Apesar de as normas serem por natureza incompletas – afinal elas foram previstas num certo contexto histórico e visam regular situações típicas e previsíveis – e poderem não ser suficientes para fazer a justiça adequada que o caso reclama, sem-

pre se poderá admitir que uma norma avulte no sistema jurídico como a *norma-hipótese* que propõe a solução apropriada.

Depois – tal como no esquema conhecido que sempre se aplicou ao método científico – é necessário operar uma *experimentação* que pode resultar num juízo positivo ou negativo de aplicação conveniente.

Em primeiro lugar, a norma-hipótese tem de satisfazer o requisito de mostrar que o caso a decidir cabe nas valorações do sistema – é assimilável pelo sistema; em segundo lugar, a norma-hipótese deve fazer acreditar que é capaz de assimilar o caso de tal forma que se atinja, ao cabo do procedimento, a justiça material que o caso reclama.

Esta operação, no entanto, não se faz simplisticamente através da dedução a partir da norma para o caso, como se cada um destes não pudesse exibir, na sua densidade material, elementos que se acrescentam à intencionalidade prevista pela norma que, portanto, afinal, lhes deve ser aplicada ou, pelo contrário, acrescentam elementos de relevância que os torna merecedores de ser excluídos da aplicação daquela norma-hipótese. É que, se é verdade que quase sempre os casos contêm os elementos significativos da hipótese legal – para estes é que se pensou, diretamente, a norma – também se apresentam casos que contêm especificidades que os torna diferentes dos casos habituais, estandarizados e pensados pela norma. Não é outra coisa que se quer exprimir quando se mencionam as “circunstâncias do caso” e se afirma que “cada caso é um caso”; quer dizer-se que cada caso pede uma solução à sua exata medida, e quanto mais o intérprete se aproximar disto mais próximo ficará de produzir um juízo justo, ou seja, adequado ao caso.

Tendo estes dados em consideração, torna-se oportuno *confrontar* os dois âmbitos de relevância

– o da *norma-hipótese*, concebida em abstrato para os casos típicos; e do *caso a decidir*, com a sua relevância material específica.

Na situação que agora comento – o acórdão do STJ de 02/09/2021 – o confronto mostra-nos que os *casos jurídicos* (que foram apreciados em revista excecional por terem recebido soluções incompatíveis) têm um sentido intencional *nuclearmente* assimilável à relevância material da *norma-hipótese*. Na verdade, o problema que os casos apresentam é o de se pretender tornar jurídica uma relação filial que não assentou na verdade biológica e que precisa, para tanto, de ser enquadrada no âmbito do instituto da adoção. A *norma-hipótese*, por sua vez, prevê, em abstrato, os casos típicos em que pode estabelecer-se o vínculo de adoção, ainda que se cumpram prazos ligeiramente alargados relativamente aos prazos habituais.

Ou seja, *nuclearmente*, tanto os *casos jurídicos* quanto a *norma-hipótese* coincidem nas suas intenções. É verdade, por um lado, que os casos apresentam circunstâncias que ficam aquém das exigências formais da norma, não satisfazem a *relevância material típica da norma* – as decisões de “confiança administrativa” foram tomadas *depois* dos 15 anos das adotandas; mas, por outro lado, os *casos jurídicos* exibem circunstâncias que lhes dão uma *relevância material que satisfaz nuclearmente o sentido da norma* – as relações semelhantes à filiação, entre as adotandas e as adotantes, estavam há muito radicadas na vida de todos os intervenientes, num caso através de atos de *regulação das responsabilidades parentais*, e no outro caso através da *instauração da tutela*. Ou seja, a densidade material dos casos exige a assimilação pela *norma-hipótese* e tornam relativamente irrelevante a data em que se praticou a decisão de confiança administrativa.

A confrontação parece mostrar uma hipótese de *assimilação por adaptação restritiva*.

d) As considerações precedentes mostram que os *casos jurídicos* têm uma analogia clara com a relevância material da *norma-hipótese* e, por esta razão, devem caber no sentido normativo do art. 1980.º, n.º 3, com a virtualidade de o alargar, num sistema aberto e dinâmico.

Na verdade, nos casos presentes, as relações familiares de filiação são comprovadamente consolidadas e duradouras, mais do que qualquer outra que o respeito pela data da confiança administrativa (anterior aos 15 anos da adotanda) possa garantir. Aliás, o valor do ato administrativo da “confiança” – nos presentes casos – é muito limitado. De facto, os interesses prosseguidos pelo regime dos arts. 34.º e 36.ª RJP A encontram-se satisfeitos: em primeiro lugar, pela persistência comprovada judicialmente, em processos de regulação das responsabilidades parentais ou em processo de instauração da tutela, das vantagens das relações entre as crianças e as candidatas a adotantes, desde há muitos anos; em segundo lugar, pela concordância expressa e reiterada de todos os intervenientes (incluindo os pais biológicos) do exercício de todas as responsabilidades parentais, em exclusivo, pela candidata a adotante, no caso julgado pelo Tribunal da Relação de Évora. Nestas condições, a prática da “confiança administrativa” resultaria sempre em pouco mais do que uma simples formalidade, com escassa relevância material.

Deve notar-se, também, que a entrega da criança no âmbito da regulação das responsabilidades parentais, feita por um juiz, com o acordo de todos os interessados (incluindo os pais biológicos), é a forma mais elevada e garantida que o sistema prevê para que possa prosseguir um processo de adoção; algo de semelhante pode afirmar-se quanto à confiança que se pratica da atribuição de uma tutela. Aliás, o ato de confiança administrativa só pretende

certificar a realidade material de um vínculo de filiação real preexistente; certificação que o tribunal – com a superior legitimidade da sua função – de todo o modo, nos casos presentes, já praticou há vários anos.

Nestas condições, a solução do caso levado a revisão excecional do STJ (como aliás o outro caso que estabeleceu a contradição que propiciou a revisão excecional) resultou de um confronto bem-sucedido que assimilou o caso pela norma e que permitiu a adoção que ambas as hipóteses reclamavam.

Poderia, igualmente, alegar-se a pertinência de uma operação metodológica típica – uma *extensão teleológica* – que, ultrapassando o déficit formal resultante de uma data mal cumprida (uma decisão de confiança administrativa *posterior* aos 15 anos da adotanda), valoriza muito mais a intenção da lei e a relevância material específica dos casos a decidir.

C. Ainda duas notas

Acrescentam-se, ainda, observações que, de certo modo, são comuns às duas formas de encarar a aplicação da norma adequada.

Em primeiro lugar, em face de mais do que um sentido que caiba nos termos da lei, deve preferir-se aquele que se mostre mais conforme ao *projeto contido na Constituição da República*. E tem de reconhecer-se, neste momento, que o art. 36.º, n.º 7, CREP, foi introduzido para dar mais valor ao instituto da adoção – para proteger e desenvolver o instituto, no interesse das crianças privadas de um ambiente familiar. Ora, isto significa que deve privilegiar-se aquela interpretação possível que facilite a constituição dos vínculos adotivos, em vez de preferir uma outra interpretação possível que obste à validade dos vínculos.

Em segundo lugar, em face de mais do que um sentido possível, o processo de interpretação não

deve ignorar o impacto do “*resultado social da decisão*”. Ora, manter uma jovem sob o alcance de uma regulação de responsabilidades parentais, ou sob o enquadramento de uma tutela, é socialmente mais limitado do que elevá-la à qualidade de filha – pois os dois primeiros instrumentos cessam logo que a criança atinja a maioridade, enquanto o vínculo de adoção é permanente e irrevogável. Os efeitos da filiação – como o nome, a nacionalidade, os deveres recíprocos de respeito reforçado, de auxílio e de assistência, e os efeitos sucessórios – só perduram relativamente a quem tiver o estatuto de filho⁹.

D. Conclusão

Neste comentário, acompanho, no fundamental, a decisão do acórdão do STJ, que sublinha o princípio da primazia do interesse da criança, englobando a garantia do seu desenvolvimento integral e do direito à manutenção das suas relações afetivas profundas.

Pretendi – a propósito deste caso – testar brevemente a aplicação das orientações mais relevantes obre a interpretação e a aplicação do Direito.

Se entendi bem o acórdão, apenas divirjo no ponto em que o coletivo do STJ admite a relevância de qualquer tipo de confiança para efeitos de preencher a exigência do art. 1980, n.º 3, CCiv, como “a confiança da criança a uma terceira pessoa, ao abrigo de uma medida de proteção (por exemplo, apoio junto de outro familiar ou confiança a pessoa idónea)”¹⁰; na verdade, *creio que não se deve aceitar a relevância de tipos de decisão de confiança menos intensas e duradouras do que as confianças proferidas em processos tutelares cíveis, como em ação de regulação*

⁹ Afinal, foi neste sentido que o acórdão do STJ invocou o princípio do respeito e da “continuidade das relações psicológicas profundas” que a LPCJP claramente impõe [art. 4.º, al. g)].

¹⁰ Extrato do sumário do acórdão do STJ.

de responsabilidades parentais, de instauração da tutela ou de constituição de apadrinhamento civil.

Em conclusão, julgo que o regime do art. 1980.º, n.º 3, CCiv, deve ser aplicável aos *casos jurídicos* em que – mesmo na ausência de uma “confiança administrativa” *anterior* aos 15 anos da adotanda – tenha havido “*confianças*” *praticadas em processos tutelares cíveis* relativos a essa adotanda. Designadamente, no *caso jurídico* que esteve expressamente submetido a revista excecional pelo STJ.

O Tempo – esse carcereiro implacável – povoa o Direito de prazos e sanções. O jurista tem de saber respeitá-los, quase sempre; mas também tem de ser capaz de dar oportunidades à Vida que sempre vai florescendo entre a secura das datas.

RECONHECIMENTO EM PORTUGAL DE ACTO (ESCRITURA PÚBLICA) DECLARATÓRIO DE UNIÃO ESTÁVEL DE DIREITO BRASILEIRO

Rui Manuel Moura Ramos

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (7.^a SECÇÃO) DE 10 DE DEZEMBRO DE 2019

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça

I – RELATÓRIO

AA e BB, residentes na Rua ..., ..., ..., ..., ..., instauraram conjuntamente a presente acção de revisão de sentença estrangeira.

Alegaram, em síntese, que por escritura pública celebrada no dia 27 de Abril de 2018, no 15.º Ofício de Notas ..., ..., Brasil, “foi reconhecida a união de facto de AA e BB, desde 2013 (...) nutrem uma relação familiar, social, afectiva e sexual, e residem na mesma casa desde então”.

Requerem que seja confirmada a sentença – aludindo à mencionada escritura – “para todos os efeitos legais, designadamente para que a união de facto, que a mesma decreta, produza os seus efeitos em Portugal com a posterior notificação da Conservatória do Registo Civil para que seja providenciado o averbamento da união de facto no assento de nascimento de CC.”

Cumprido o disposto no artigo 982.º n.º 1, do CPC, o Ministério Público não deduziu oposição ao requerido.

Por decisão sumária de 20 de Fevereiro de 2019, foi julgada improcedente a pretensão do requerente, negando-se a peticionada revisão e confirmação.

Os requerentes reclamaram para a Conferência que, por acórdão de 26 de Março de 2019, manteve na íntegra a decisão sumária.

Não se conformando com tal acórdão, os requerentes dele recorreram de revista excepcional, tendo formulado as seguintes *CONCLUSÕES*:

1.^a – O tribunal violou o disposto no artigo 762.º 1 a) do CPC, pois está em causa uma questão cuja apreciação, pela sua relevância jurídica, seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito. Nas razões acima, restou demonstrada as disposições legais (Provimento n.º 37 de 07 de Julho de 2014 brasileiro e artigo 69.º, r) do Código de Registo Civil português) que confira às declarações prestadas numa escritura declaratória de estável o poder de autorizar uma mudança na ordem jurídica.

2.^a – O tribunal violou o disposto no artigo 762.º 1, b do CPC pois está em causa interesses de particular relevância social, de elevado grau de complexidade que apresenta, pela controvérsia que gera na doutrina e/ou na jurisprudência ou ainda quando, não se revelando de natureza simples, se revista de ineditismo ou novidade que aconselhem a respectiva apreciação pelo Supremo. A revisão da escritura da união de facto ainda não foi discutida

no Supremo e juntamos inúmeras decisões favoráveis de tribunais diferentes.

3ª – O tribunal violou o disposto no artigo 762º n.º 1, c) do CPC pois o acórdão da Relação está em contradição com outros, logo a decisão é susceptível de contribuir para a formação de uma orientação jurisprudencial, tendo em vista, tanto quanto possível, a consecução da sua tarefa uniformizadora.

Em face dos elementos constantes dos autos não se suscita qualquer dúvida sobre a autenticidade do instrumento notarial revidendo, nem sobre a inteligibilidade do seu conteúdo.

A escritura de união de facto foi lavrada pela entidade brasileira legalmente competente para esse efeito e tal competência não foi provocada em fraude à lei, sendo válida segundo o ordenamento do país onde foi proferida e para que possa produzir os seus efeitos em Portugal, porquanto vincula um cidadão português.

Nestes termos, deve ser revogada a decisão recorrida, com a procedência do pedido para confirmação da união de facto celebrada através da escritura pública.

Por acórdão de 11.07.2019, a Formação a que alude o artigo 672º n.º 3 do Código de Processo Civil, rejeitou o recurso de revista excepcional e ordenou a remessa dos autos à distribuição nos termos gerais.

O Ministério Público junto deste Supremo Tribunal de Justiça contra-alegou, pugnando pela procedência do recurso e consequente rejeição do acórdão recorrido.

Colhidos os vistos, cumpre decidir.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A) Fundamentação de facto

Mostram-se provados os seguintes factos:

1º – O requerente nasceu a ... de Novembro de 1973, ..., Brasil – (doc. fls. 8).

2º – A requerente nasceu a ... de Setembro de 1981, ... – (doc. fls 11).

3º – No dia 27 de Abril de 2018, no 15º Ofício de Notas ..., ..., Brasil, em Escritura Declaratória de União Estável, os ora requerentes declararam, além do mais, que “mantêm, sob o mesmo tecto, convivência pública, contínua e duradoura com o objectivo de constituição de família, desde o mês de Julho do ano de dois mil e treze (...)”; que “optam para essa união pelo regime de separação de bens, de acordo com o artº 1687º do Código Civil Brasileiro”; que “é intenção de ambos que cada um, goze de todos os benefícios previdenciários (...)” – (doc. junto a fls. 12 e 13)

B) Fundamentação de direito

A questão colocada e que este tribunal deve decidir, nos termos dos artigos 663º n.º 2, 608º n.º 2, 635º n.º 4 e 639º n.ºs 1 e 2 do Código de Processo Civil, consiste em saber se estão reunidos os requisitos legais de que depende a revisão e confirmação da Escritura Pública Declaratória de União Estável.

Seguiremos de perto o nosso acórdão de 21.03.2019, proferido no processo n.º 559/18.6YRLSB.S1¹.

Antes de darmos directamente resposta a esta questão, diremos o nosso sistema de reconhecimento das sentenças estrangeiras é informado pelo princípio da revisão predominantemente formal, ou seja, pelo controlo da regularidade formal ou extrínseca

¹ In www.dgsi.pt/jsti

da sentença estrangeira, que dispensa a apreciação dos seus fundamentos de facto e de direito.

Deve tão-somente tomar-se em linha de conta a decisão contida na sentença estrangeira e não os respectivos fundamentos, como era geralmente entendido na vigência da versão anterior do preceito, por ser mais compatível com o nosso sistema de controlo das sentenças estrangeiras, que é fundamentalmente de revisão formal (ou de delibação)².

O nosso sistema de revisão de sentenças estrangeiras é, em regra, de revisão meramente formal.

Assim, o tribunal português competente para a revisão e confirmação, deve verificar se a sentença estrangeira satisfaz certos requisitos de forma, não conhecendo, pois, do fundo ou mérito da causa.

Nessa perspectiva, se o tribunal nacional verificar que tem perante si uma verdadeira sentença estrangeira, deve reconhecer-lhe os efeitos típicos das decisões judiciais, não fazendo sentido que proceda a um novo julgamento da causa³.

Este princípio de revisão formal é atenuado pelo estatuído no art.º 983º do Código de Processo Civil:

O sistema do direito português, como o do direito brasileiro, é, portanto, o do reconhecimento das sentenças estrangeiras mediante revisão ou controlo prévio (homologação). Antes de confirmada (homologada), a sentença não opera na ordem jurídica nacional os efeitos que lhe correspondem como acto jurisdicional. Ela é simplesmente um facto jurídico, cuja eficácia está pendente até que sobrevenha a condição legalmente requerida (*conditio iuris*), que é a decisão de confirmação ou homologação proferida no referido processo espe-

cial de revisão de sentença estrangeira⁴.

O princípio do reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras tem por finalidade a garantia da estabilidade, uniformidade e certeza da regulamentação das situações jurídicas interindividuais da vida internacional, tendendo à realização do mesmo tipo de justiça do Direito Internacional Privado, ou seja, de uma justiça formal, sob pena de adesão a um sistema de justiça material, que implicaria a sujeição sistemática de todas as sentenças estrangeiras a uma revisão de mérito ou de fundo⁵.

Nas palavras de Ferrer Correia, “reconhecer uma sentença estrangeira é atribuir-lhe no Estado do foro (Estado requerido, Estado ad quem) os efeitos que lhe competem segundo a lei do Estado onde foi proferida (Estado de origem, Estado a quo), ou pelo menos alguns desses efeitos”⁶.

Na génese das razões que podem explicar o reconhecimento de uma decisão estrangeira, radica uma necessidade de “assegurar a continuidade e estabilidade das situações da vida jurídica internacional, a fim de que os direitos adquiridos e as expectativas dos interessados não sejam ofendidos.”

Quanto ao sistema de reconhecimento, Portugal adoptou o sistema “segundo o qual o reconhecimento da sentença pressupõe a verificação prévia da sua regularidade, isto é, pressupõe a verificação no caso concreto das condições de que segundo a lei do país requerido depende a atribuição de eficácia às decisões dos tribunais estrangeiros. O sis-

² António Marques dos Santos, “Revisão e Confirmação de Sentenças Estrangeiras”, in “Aspectos do Novo Processo Civil”, Lex, Lisboa, 1997, pág 141

³ Alberto dos Reis – “Processos Especiais”, vol. II, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, pág.141

⁴ Ferrer Correia “O Reconhecimento das Sentenças Estrangeiras no Direito Brasileiro e no Direito Português”, in “Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado”, Almedina, 1989, pág.267.

⁵ Ferrer Correia, Aditamentos às Lições de Direito Internacional Privado, Do Reconhecimento e Execução das Sentenças Estrangeiras, 1973, 17 e 18.

⁶ Lições de Direito Internacional Privado, I, Almedina, 2000, p. 454. “Os efeitos próprios da sentença considerada como tal – os que derivam da sua natureza de acto de jurisdição – são o efeito de caso julgado e o efeito executivo”.

tema apresenta duas modalidades conforme seja ou não admitida a revisão de mérito. No segundo caso fala-se de sistema de delibação. É este o sistema seguido em Portugal, no Brasil e na Suíça⁷.

O princípio da harmonia jurídica internacional limita-se a afirmar que o direito aplicável deve ser definido, por forma a que a solução a encontrar seja, tanto quanto possível, idêntica à assumida pelos outros Estados, em especial, por aqueles que, em relação ao mesmo litígio, reclamam a competência dos seus Tribunais, não assumindo, portanto, o conteúdo da decisão qualquer importância na determinação da lei aplicável.

O conteúdo da decisão a proferir não releva, em particular, para a finalidade das regras materiais em causa, logo que se tenha atingido o desígnio fundamental de atenuar, na medida do possível, a proliferação de conflitos com outros Estados.

O princípio da harmonia jurídica internacional, que mais não é do que um princípio do mínimo de conflitos, propicia uma oportunidade singular de evitar decisões discordantes entre o Estado do foro e o Estado cujo direito material é aplicável à questão principal⁸.

O sistema de revisão de sentenças estrangeiras, estabelecido nos artigos 978º e seguintes de Código de Processo Civil, é um sistema que aponta para um reconhecimento facilitado das sentenças estrangeiras, dependente da mera verificação de determinados pressupostos simples, de ordem formal ou quase formal.

Não se trata de um sistema em que o tribunal nacional tenha que examinar o processo estrangeiro no qual foi proferida a sentença revidenda

e, achando-a conforme, confirmá-la, dando-lhe o “*exequatur*”, o que implicaria maior morosidade e, levado até ao fim, inutilizaria a sentença estrangeira, obrigando à repetição de todo o processo, no foro nacional.

Não há, propriamente, um exame da sentença revidenda, no sentido de que o tribunal de revisão não aprecia o seu mérito, ou seja, se naquela sentença o julgamento foi ou não acertado.

No entanto, existe sempre um limite para esta subserviência perante decisões estrangeiras: a não violação dos princípios de ordem pública internacional do Estado Português⁹.

O Acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça, de 21.2.2006¹⁰, considerou:

“A excepção de ordem pública internacional ou reserva de ordem pública prevista na alª) do artº 1096º (actual artº 980º) do Código de Processo Civil só tem cabimento quando da aplicação do direito estrangeiro cogente resulte contradição flagrante com o atropelo grosseiro ou ofensa intolerável dos princípios fundamentais que enformam a ordem jurídica nacional e, assim, a concepção de justiça do direito material, tal como o Estado a entende.

Só há que negar a confirmação das sentenças estrangeiras quando contiverem em si mesmas, e não nos seus fundamentos, decisões contrárias à ordem pública internacional do Estado Português – núcleo mais limitado que o correspondente à chamada ordem pública interna, por aquele historicamente definido em função das valorações económicas, sociais e políticas de que a sociedade não pode prescindir, e que opera em cada caso concreto para afastar os resultados chocantes eventualmente advenientes da aplicação da lei estrangeira.

⁷ Ac STJ 26.05.2015, Proc.º n.º 657/13.2YRLSB.S1, in www.dgsi.pt/jstj

⁸ Ferrer Correia, Lições de Direito Internacional Privado, Coimbra, 1973, 40 e 41

⁹ Ac STJ de 27.04.2017, Proc.º n.º 93/16.9YRCBR.S1, in www.dgsi.pt/jstj

¹⁰ Proc. 05B4160, in www.dgsi.pt/jstj

O cabimento da reserva de ordem pública só, por conseguinte, se verifica quando o resultado da aplicação do direito estrangeiro contrarie ou abale os princípios fundamentais da ordem jurídica interna, pondo em causa interesses da maior dignidade e transcendência”.

Como se escreveu no Acórdão deste Supremo de 3.7.2008¹¹:

“Perante o direito processual anterior, entendia, maioritariamente, a jurisprudência que o nosso “sistema está enformado pelo princípio da revisão formal, só admitindo a revisão de mérito no caso da referenciada al. g) do art. 1096º do Código de Processo Civil, pelo que as disposições que esta alínea quer salvaguardar são aquelas que definem o respectivo direito e não as disposições que disciplinam a tramitação processual para que esse direito seja declarado pelos tribunais.

Esta mesma alínea visa proteger o próprio interesse do súbdito português, desobrigando-o de suportar as consequências de uma decisão proferida segundo uma lei diferente da sua lei natural” – (Acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 5.6.86, 19.6.86 e 31.1.2002, in BMJ 358º, págs. 428 e 460 e CJ, I, pág. 68, respectivamente).

Isto significa que a revisão de mérito só teria lugar quando a decisão no tribunal estrangeiro fosse proferida contra português.

No preâmbulo do DL n.º 329-A/95, sobre este artigo, foi dito que se aperfeiçoou o teor da al. f), pondo-se a tónica no carácter ofensivo da incompatibilidade da decisão com a ordem pública internacional do Estado Português.

Daí que, na situação actual, o obstáculo à revisão e confirmação não é mais o ser proferida contra português, mas apenas a salvaguarda dos prin-

cípios da ordem pública internacional do Estado Português.

A exigência deste requisito está em consonância com o art.º 22º do Código Civil, que estabelece que não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português.

No caso de revisão de sentença, a mesma só não será concedida quando contiver decisão que conduza a um resultado manifestamente incompatível com esses princípios”.

Não compete ao tribunal português apreciar do bem fundado da decisão e se a sua execução importa dificuldade para as partes; o critério é, em princípio, como dissemos, um critério de controlo formal¹².

Feita esta resenha sobre o princípio da revisão predominantemente formal, que informa o nosso sistema de reconhecimento das sentenças estrangeiras, voltamos ao caso concreto.

No caso dos autos, os requerentes apresentaram na petição inicial a Escritura Pública Declaratória de União Estável lavrada no Cartório do 15º Ofício de Notas da Tabelião DD, ..., perante entidade com competência para o efeito, segundo a lei brasileira – (docfls 12 e 13).

Dispõe o artigo 1723º do Código Civil brasileiro, que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objectivo de constituição de família”.

O artigo 978º do Código de Processo Civil

¹¹ Proc.08B1733, in www.dgsi.pt/jsti

¹² Ac STJ de 29.03.2011, Proc.º n.º 214/09. 8YRERVR.S1, in www.dgsi.pt/jsti

estabelece a necessidade da revisão nos seguintes termos:

1 – Sem prejuízo do que se ache estabelecido em tratados, convenções, regulamentos da União Europeia e leis especiais, nenhuma decisão sobre direitos privados, proferida por tribunal estrangeiro, tem eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, sem estar revista e confirmada.

2 – Não é necessária a revisão quando a decisão seja invocada em processo pendente nos tribunais portugueses, como simples meio de prova sujeito à apreciação de quem haja de julgar a causa.

Sobre a amplitude do conceito de decisão para efeitos deste processo especial, Luís de Lima Pinheiro¹³ escreveu: “por “decisão” entende-se qualquer acto público que segundo a ordem jurídica do Estado de origem tenha força de caso julgado. Há que aferir perante o Direito do Estado de origem se a decisão foi proferida por um órgão de justiça e se tem força de caso julgado”.

O acórdão do STJ de 25-06-2013¹⁴ – a propósito da escritura pública prevista no artigo 1124º-A do Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº 5869, de 11-01-1973), através da qual se pode realizar a separação consensual dos cônjuges, e prevista no artº 1580º do Código Civil Brasileiro -, decidiu que “os outorgantes não declaram a dissolução do vínculo conjugal. Pedem-na e o tabelião (notário) não se limita a testar as suas declarações, declara (decide) a dissolução, depois de verificados e preenchidos os requisitos legais”.

O caso dos presentes autos é diferente. Os requerentes não obtiveram na escritura uma decisão homologatória por parte da tabelião que possa ser-

vir de base à presente revisão. Apenas declararam que “mantêm, sob o mesmo tecto, convivência pública, contínua e duradoura com o objectivo de constituição de família, desde o mês de Julho do ano de dois mil e treze (...)” – (docfls 12).

Por conseguinte, estamos perante um simples meio de prova sujeito à apreciação de quem haja de julgar a causa, ou seja, de quem haja de decidir sobre os direitos atribuídos ou reconhecidos em Portugal, pelo que a mencionada escritura invocada pelos requerentes, fica excluída do processo de revisão de sentença estrangeira – artigo 980º nº 2 do CPC.

Num caso muito similar ao dos presentes autos, o Acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça de 28-02-2019¹⁵ decidiu:

“O direito brasileiro não exige uma decisão judicial para o reconhecimento da união de facto¹⁶ e o direito português não exige que a prova seja feita por uma declaração da junta de freguesia competente. Em todo o caso, a prova feita por uma declaração da junta de freguesia não tem uma força superior à de uma escritura pública.

Como escrevem os Professores Francisco Manuel Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, “A prova da união de facto é normalmente testemunhal; mas a possibilidade de prova documental não deve excluir-se. Interpretando com largueza o termo vida no artº 34º nº 1, do Decreto-Lei

¹⁵ Proc.º nº 106/18.0YRCBR.S1, in www.dgsi.pt/jstj (Nuno Manuel Pinto Oliveira).

¹⁶ Como se escreve em Ricardo Fiúza / Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.), *Código Civil comentado*, 8.ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2012, “[é] indispensável a demonstração da existência de união estável, em acção própria, em caso de litígio entre os interessados, sob pena de serem atribuídos direitos, inclusive sucessórios, sem que estejam presentes os respectivos requisitos. No entanto, com os instrumentos processuais da tutela antecipada e das acções cautelares, liminarmente, poderá haver o provimento jurisdicional, para acautelar direitos, como, p. ex., em acção de reconhecimento e dissolução de união estável com pedido cumulado de alimentos”.

¹³ Direito Internacional Privado, Volume III, Almedina 2002, página 240

¹⁴ Proc.º nº 623/12.5YRLSB.S1, in www.dgsi.pt/jstj (Granja da Fonseca)

nº 135/99, de 22 de Abril, que regula o modo como “os atestados de residência, vida e situação económica dos cidadãos” devem ser passados pelas juntas de freguesia, pode admitir-se que a junta de freguesia da residência dos interessados passe atestado comprovativo de que uma pessoa vive ou vivia em união de facto com outra. [...]

Não se tratando, porém, normalmente, de facto atestado “com base nas percepções da entidade documentadora” (artº 371º nº 1, C.Civ), o documento não faz prova plena, podendo provar-se que o facto não é verdadeiro, pois a união de facto não existiu ou não existiu durante determinado período. O documento prova que os interessados fizeram perante o funcionário a afirmação de que conviviam maritalmente desde certa data, mas não prova que seja verdadeira a afirmação”¹⁷[17].

Entre a força probatória da declaração emitida pela junta de freguesia e da escritura pública há uma relação de semelhança – como a declaração emitida pela junta de freguesia, a escritura “prova que os interessados fizeram perante o funcionário a afirmação de que conviviam maritalmente desde certa data, mas não prova que seja verdadeira a afirmação”.

E continua o referido acórdão de 28.02.2019, “nem a declaração da junta de freguesia prevista pelo direito português nem (muito menos) a escritura declaratória de união estável prevista pela lei brasileira fazem com que o acto composto pelas declarações dos requerentes seja “caucionado administrativamente pela ordem jurídica em que foi produzido” – com a consequência de que a escritura declaratória de união estável apresentada pelos Requerentes não pode ser confirmada / revista”.

¹⁷ Cf. Francisco Manuel Pereira Coelho / Guilherme de Oliveira (com a colaboração de Rui Manuel de Moura Ramos), *Curso de Direito da Família*, vol. I – *Introdução. Direito matrimonial*, 5.ª ed., Imprensa da Universidade, Coimbra, 2016, págs. 71-72.

SUMÁRIO¹⁸

A declaração dos requerentes numa Escritura Pública Declaratória de União Estável, perante uma autoridade administrativa estrangeira (tabelião) de que vivem em união de facto desde Julho de 2013, não deve ser considerada como abrangida pela previsão do artigo 978º nº 1, do CPC, não podendo ser revista e confirmada para produzir efeitos em Portugal.

III – DECISÃO

Atento o exposto, nega-se provimento à revista, confirmando-se o acórdão recorrido.

Custas pelos recorrentes.

Lisboa, 10 de Dezembro de 2019

ANOTAÇÃO

1. *Introdução.* O acórdão acima transcrito resolve, no sentido que cremos tem vindo a ser o maioritariamente seguido pela nossa jurisprudência¹⁹, uma questão com que, nos últimos tempos, os tribunais portugueses foram crescentemente confrontados: a da possibilidade de revisão e confirmação em Portugal, para produção de efeitos na nossa ordem jurídica, de um acto determinado: na circunstância, uma Escritura Pública Declaratória de União Estável, isto é, um acto em que os seus

¹⁸ Da responsabilidade do relator – artigo 663º nº 7 do CPC.

¹⁹ Sem que com isto se pretenda afirmar a inexistência de pronunciamentos em contrário. Cfr., por exemplo, os acórdãos do mesmo Supremo de 29 de Janeiro de 2019 (relatado pelo Conselheiro Alexandre Reis e igualmente subscrito pelos Conselheiros Lima Gonçalves e Fátima Gomes), e 13 de Outubro de 2020 (relatado pela Conselheira Maria Clara Sottomayor e também subscrito pelos Conselheiros Alexandre Reis e Pedro de Lima Gonçalves).

No sentido da decisão aqui comentada, veja-se ainda, posteriormente, o acórdão da mesma jurisdição de 12 de Novembro de 2020, relatado pela Conselheira Maria do Rosário Morgado e igualmente subscrito pelos Conselheiros Oliveira Abreu e Ildio Sacarrão Martins.

autores declaram perante uma autoridade administrativa estrangeira²⁰ que vivem em união de facto, e que, na ordem jurídica do Estado em que é exarado²¹ constitui prova da existência, entre duas pessoas, de uma «convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família», a que a lei²² reconhece a natureza de entidade familiar.

Pretendendo os companheiros usufruir em Portugal dos direitos que a ordem jurídica brasileira liga a este estatuto, têm para o efeito lançado mão do processo especial de reconhecimento daquele acto, o que igualmente ocorreu na situação que esteve na base do pedido que suscitou a controvérsia a que o presente acórdão põe termo. Começaremos por descrever a pretensão que a este respeito tem ocupado os tribunais portugueses e os termos em que estes a têm decidido (I) para analisar em seguida a situação em que ficam, entre nós, os companheiros uma vez negada, como o foi, aquela pretensão (II). Após o que ensaiaremos algumas considerações conclusivas.

1. A PRETENSÃO E OS TERMOS EM QUE OS TRIBUNAIS PORTUGUESES A TÊM DECIDIDO

2. Começaremos por situar brevemente a figura em causa e os seus contornos, antes de referir os termos em que a pretensão é apresentada aos tribunais portugueses, para apreciar em seguida criticamente os termos em que estes a têm resolvido.

²⁰ O tabelião.

²¹ O Brasil.

²² Na verdade, de acordo com o artigo 1723 do Código Civil de 2002, «É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família».

A) O Instituto da União Estável no Direito Brasileiro, a hipótese dos autos e a posição das instâncias.

3. Na ordem jurídica brasileira, o instituto da união estável encontra acolhimento no parágrafo 3 do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, onde se pode ler que «Para efeito da protecção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento». Successivamente regulado pelas leis n.ºs 8.971, de 29 de Dezembro de 1994, e 9.278, de 29 de Maio de 1996²³, o instituto é depois contemplado no Código Civil de 2002²⁴, que regula as condições daquele reconhecimento, os efeitos pessoais e patrimoniais dele decorrentes, a possibilidade de conversão daquela situação em casamento e a sua distinção em

²³ Para o percurso assim feito, cfr. João Baptista Marques, «A União estável e a família», *Revista de Informação Legislativa*, Ano 37 (jan./mar. 2000), n.º 145, p. 171-184.

²⁴ Aprovado pela Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. A sua regulamentação consta dos artigos 1.723 a 1.727, que constituem o Título III (Da União Estável) do Livro IV (Do Direito da Família) da Parte Especial do Código. Cfr., por exemplo, Afifi Habib Cury, «A União estável analisada sob o aspecto processual entrelaçado com o direito material», in *Novo Código Civil. Interfaces no Ordenamento Jurídico Brasileiro* (Coordenadora e co-autora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka), Belo Horizonte, 2004, Del Rey, p. 387-425.

Para a evolução posterior do instituto [a cujo respeito é de salientar o reconhecimento jurisprudencial de uma união estável homoafetiva (por acção do Supremo Tribunal Federal em julgamento conjunto de acção directa de inconstitucionalidade e de arguição de descumprimento de preceito fundamental) e a admissibilidade da existência de uma união estável poliafetiva], cfr. Cláudia do Nascimento Domingues, «União Estável: Do Concubinato às Uniãoes Poliafetivas. Panorama Atual e Avanços», in *Famílias Internacionais: Seus Direitos, Seus Deveres* (Gustavo Ferraz de Campos Monaco/Hugues Fulchiron, Organizadores), São Paulo, 2016, Intellecto Editora, p. 87-113. Em particular sobre as uniões homoafetivas, cfr. José Luiz Sousa de Moraes, «Uniãoes entre Pessoas do Mesmo Sexo, a Ordem Pública Brasileira e o Direito Internacional Privado», *ibidem*, p. 133-166; e, para uma perspectiva comparatística, cfr. Camila Biral Vieira da Cunha, «A União Estável Formal no Brasil e o *Partenariat Enregistré* na França», *ibidem*, p. 114-132, e Marcelo Leandro Pereira Lopes/Sarah Maria Veloso Pires, «União Estável no Direito Brasileiro e Português: O Reconhecimento das Uniãoes Homoafetivas como Entidade Familiar», in *RIDB*, Ano 2 (2013), n.º 10, p. 11011-11045.

relação ao concubinato.

Muito embora o direito brasileiro não exija qualquer formalidade para a respectiva celebração, prevê-se que as relações patrimoniais entre os companheiros sejam ajustadas por contrato escrito²⁵, que não carece de forma específica, podendo ser feito por escritura pública. E, por razões de segurança dos interessados e de publicidade também se contempla o registo desta escritura, quer no Cartório de Títulos e Documentos, quer, em certos Estados²⁶, no Registro Civil de Pessoas Naturais.

4. Em 27 de Abril de 2018, A e B celebraram no Brasil uma Escritura Pública Declaratória de União Estável, em que declararam, além do mais, que «mantêm, sob o mesmo tecto, convivência pública, contínua e duradoura com o objectivo de constituição de família, desde o mês de Julho do ano de dois mil e treze (...), optam para essa união pelo regime de separação de bens, de acordo com o artº 1687º do Código Civil Brasileiro (...), é intenção de ambos que cada um, goze de todos os benefícios previdenciários», o que, no seu entender, importaria no reconhecimento da existência

de uma união de facto. E, mais tarde, instauraram conjuntamente, em Portugal, uma acção de revisão de sentença estrangeira, requerendo, por referência àquele documento, a confirmação do que designam por sentença «para todos os efeitos legais, designadamente para que a união de facto, que a mesma decreta, produza os seus efeitos em Portugal com a posterior notificação da Conservatória do Registo Civil para que seja providenciado o averbamento da união de facto no assento de nascimento de CC.»

Negada a pretendida confirmação por decisão sumária, reclamaram os requerentes, vindo posteriormente a conferência a manter o inicialmente decidido. E é deste acórdão que os requerentes interpuseram recurso de revista excepcional, nos termos do artigo 672.º do Código de Processo Civil, concluindo pela «revogação da decisão recorrida com a procedência do pedido para confirmação da união de facto celebrada através da escritura pública». Negada a revista excepcional foram os autos remetidos à distribuição normal, vindo posteriormente o Ministério Público a contra-alegar, pugnando pela procedência do recurso e pela consequente revogação do acórdão recorrido.

No acórdão em anotação, o Supremo identifica a questão decidida como consistindo em «saber se estão reunidos os requisitos legais de que depende a revisão e confirmação da Escritura Pública Declaratória de União Estável», e louva-se no decidido no seu acórdão de 21 de Março de 2019²⁷. Depois de ter caracterizado o sistema português de revisão de sentenças estrangeiras como um sistema de revisão formal (ou delibação) em que apenas há que atender ao teor da decisão estrangeira e não aos respectivos fundamentos, o Supremo reconhe-

²⁵ Na falta do qual, e nos termos do artigo 1.725 do Código Civil, se lhes aplica, «no que couber, o regime da comunhão parcial de bens» (regulado nos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil). O mesmo se passa, aliás, com o casamento, nos termos do artigo 1.640 do mesmo diploma, que prescreve que «Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial».

Igual paralelismo se verifica em matéria sucessória, desde o acórdão do Supremo Tribunal Federal de 10 de Maio de 2017, onde se afirmou, com repercussão geral, que «No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil». Para a situação anteriormente a esta decisão, cfr. Gustavo Ferraz de Campos Monaco, «Direito Sucessório no Novo Código Civil: Problemática dos cônjuges, conviventes e concubinos», in *Contribuições ao Estudo do Novo Direito Civil* (Organizadores: Frederico A. Paschoal e José Fernando Simão), Campinas, 2004, Millenium Editora, p. 325-340.

²⁶ Por exemplo no Estado de São Paulo. Cfr. o Provimento n.º 37, do Corregedor Nacional de Justiça, de 7 de Julho de 2014, em vigor após a respectiva publicação oficial a onze do mesmo mês.

²⁷ Relatório pelo Conselheiro Nuno Manuel Pinto Oliveira e subscrito pelos Conselheiros Paulo Sá Fernandes e Maria dos Prazeres Beleza.

ce que se lhe cabe apenas verificar se a sentença estrangeira satisfaz certos requisitos de forma, não conhecendo, pois, do fundo ou mérito da questão nem procedendo a qualquer novo julgamento da causa²⁸, não deixa de ser verdade que este princípio é hoje atenuado pelo disposto na regra actualmente contida no artigo 983.º do Código de Processo Civil²⁹. E, depois de algumas considerações algo desgarradas sobre o princípio da harmonia jurídica internacional e do seu sentido, afirma que «o sistema de revisão de sentenças estrangeiras, estabelecido nos artigos 978º e seguintes de Código de Processo Civil, é um sistema que aponta para um reconhecimento facilitado das sentenças estrangeiras, dependente da mera verificação de determinados pressupostos simples, de ordem formal ou quase formal», e que se não trata «de um sistema em que o tribunal nacional tenha que examinar o processo estrangeiro no qual foi proferida a sentença revidenda e, achando-a conforme, confirmá-la, dando-lhe o “*exequatur*”, o que implicaria maior morosidade e, levado até ao fim, inutilizaria a sentença estrangeira, obrigando à repetição de todo o processo, no foro nacional», pelo que se não poderia falar propriamente de «um exame da sentença revidenda, no sentido de que o tribunal de revisão não aprecia o seu mérito, ou seja, se naquela sentença o julgamento foi ou não acertado». Considera depois que esta tolerância (que chega a apelidar de subserviência) perante decisões estrangeiras conhece um limite, «a não violação dos princípios de ordem pública internacional do Estado Português», cuja caracteri-

zação procura fazer, essencialmente por referência ao decidido no acórdão do mesmo tribunal de 2 de Fevereiro de 2006³⁰. Retorna em seguida à regra hoje contida no n.º 2 do artigo 983.º do Código de Processo Civil, procurando esclarecer o respectivo alcance, servindo-se para o efeito da jurisprudência consolidada no acórdão de 3 de Julho de 2008³¹, para concluir que «não compete ao tribunal português apreciar do bem fundado da decisão e se a sua execução importa dificuldade para as partes; o critério é, em princípio, como dissemos, um critério de controlo formal».

Passando em seguida à consideração do caso concreto, depois de observar que a Escritura Pública Declaratória de União Estável havia sido lavrada por entidade com competência para o efeito, reportou-se ao conceito de decisão constante do artigo 978.º do Código de Processo Civil para, acolhendo o entendimento de Lima Pinheiro, considerar que por tal se entende «qualquer acto público que segundo a ordem jurídica do Estado de origem tenha força de caso julgado»³². E interrogou-se sobre se a Escritura Pública Declaratória de União Estável invocada nos autos constituiria, para os efeitos do referido artigo 978.º do CPC, uma decisão.

²⁸ Entendimento comumente seguido entre nós, e que podemos ver plasmado, entre tantos outros, no acórdão da mesma jurisdição de 29 de Março de 2011, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos e igualmente subscrito pelos Conselheiros Salazar Casanova e Fernandes do Vale.

²⁹ Em particular sobre a regra contida no n.º 2 deste artigo, cfr., por exemplo, o acórdão do Supremo de 27 de Abril de 2017, relatado pelo Conselheiro Oliveira Vasconcelos e também subscrito pelos Conselheiros Fernando Bento e João Trindade.

³⁰ Relatado pelo Conselheiro Oliveira Barros, e também subscrito pelos Conselheiros Salvador da Costa e Ferreira de Sousa. É extensíssima a lista de decisões do Supremo a este respeito, podendo ainda salientar-se, por exemplo, as de 29 de Março de 2011 (em matéria de divórcio, e citada *supra*, na nota 10), 26 de Maio de 2015, relatada pelo Conselheiro Gabriel Catarino e igualmente subscrita pelos Conselheiros Maria Clara Sottomayor e Sebastião Póvoas (em matéria de adopção), e 27 de Abril de 2017 (em matéria contratual, e citada na nota anterior).

³¹ Relatado pelo Conselheiro Oliveira Rocha, e igualmente subscrito pelos Conselheiros Oliveira Vasconcelos e Serra Baptista. Vide também o acórdão citado *supra*, na nota 11.

³² Assim Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. III – Tomo II – Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, 3ª edição refundida, Lisboa, 2019, AAFDL Editora, p. 199.

Neste contexto, o Supremo recordou que no seu acórdão de 25 de Junho de 2013³³ considerara as decisões de uma autoridade administrativa estrangeira sobre direitos privados como abrangidas pela previsão do então artigo 1094.º, n.º 1³⁴, do CPC, carecendo de revisão para produzir efeitos em Portugal. Estava em causa, na circunstância, a escritura pública prevista no artigo 1124º-A do Código de Processo Civil Brasileiro³⁵, através da qual se pode realizar a separação consensual dos cônjuges prevista no artigo 1580º do Código Civil do mesmo país³⁶, a propósito da qual o acórdão entendera que «os outorgantes não declaram a dissolução do vínculo conjugal. Pedem-na e o tabelião (notário) não se limita a testar as suas declarações, declara (decide) a dissolução, depois de verificados e preenchidos os requisitos legais». Mas conside-

rou que a mesma qualificação não valia para a situação dos autos, uma vez que na Escritura Pública Declaratória de União Estável os declarantes não obtêm *uma qualquer decisão homologatória por parte da tabelião que possa servir de base à presente revisão*³⁷, limitando -se a declarar que «*mantêm, sob o mesmo tecto, convivência pública, contínua e duradoura com o objectivo de constituição de família, desde o mês de Julho do ano de dois mil e treze*». Pelo que se estaria perante «um simples meio de prova sujeito à apreciação de quem haja de julgar a causa, ou seja, de quem haja de decidir sobre os direitos atribuídos ou reconhecidos em Portugal», como tal excluído, nos termos do n.º 2 do referido artigo 978.º, do processo de revisão de sentença estrangeira. E invocou o acórdão do mesmo tribunal de 28 de Fevereiro de 2019³⁸ onde, a propósito de um acto do mesmo tipo, se declarara não ser tal acto, com posto pelas declarações dos Requerentes, «caucionado administrativamente pela ordem jurídica em que foi produzido», o que excluiria a possibilidade da sua confirmação. O que o levou a concluir que aquele acto se não encontrava por isso, abrangido pela previsão do artigo 978.º, n.º 1, do CPC, e, a, consequentemente, negar provimento à revista, confirmando o acórdão impugnado.

B) Apreciação crítica da decisão

5. A recusa de fundamento à revista baseia-se, como acaba de se dizer, no entendimento de que o acto cuja confirmação havia sido requerida se não encontrava abrangido pelo âmbito material da disposição que se referia a este instituto. Tal disposição (o n.º 1 do artigo 978.º do actual Código

³³ Relatado pelo Conselheiro Granja da Fonseca e igualmente subscrito pelos Conselheiros Silva Gonçalves e Pires da Rosa. No mesmo sentido, cfr., por último, o acórdão do mesmo Supremo de 9 de Março de 2021, relatado pelo Conselheiro António Magalhães e igualmente subscrito pelos Conselheiros Jorge Dias e Maria Clara Sottomayor.

³⁴ Disposição a que corresponde hoje o artigo 978.º, n.º 1.

³⁵ Trata-se do Código de 1973. Dispunha este preceito (a que corresponde o artigo 733 do Código de 2015) que «A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. § 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei».

³⁶ Nos termos desta disposição, «Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio. § 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou. § 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos».

³⁷ Sublinhado nosso.

³⁸ Relatado pelo Conselheiro Nuno Pinto de Oliveira, e igualmente subscrito pelos Conselheiros Maria dos Prazeres Beleza e Olindo Geraldes.

de Processo Civil), exige na verdade a confirmação para a produção de efeitos em Portugal de qualquer «decisão sobre direitos privados, proferida por tribunal estrangeiro». Mas o círculo das decisões sujeitas a confirmação vai para além do que é sugerido por esta fórmula.

Na verdade, na sequência de um movimento de desjurisdicionalização que atravessou a generalidade das ordens jurídicas, numerosas situações de resolução tradicionalmente judicial de conflitos privados passaram a ser da competência de outras autoridades. É o que acontece, designadamente entre nós³⁹, com o divórcio, em que, nos casos em que ambos os cônjuges dão o seu consentimento a esta forma de extinção da relação matrimonial, ela é da competência do conservador do registo civil⁴⁰. Tratando-se aqui também de actos públicos sobre direitos privados, a sua eficácia entre nós deve igualmente depender da respectiva confirmação (como acontece com as decisões judiciais, explicitamente mencionadas, como vimos, na letra da lei)⁴¹, e tal encontra-se inclusivamente expressamente previsto, ainda que não no reconhecimento de decisões regulado autonomamente pelo nosso direito mas naquele que é regido por regras de direito da União Europeia. Com efeito, o Regulamento (UE) 2019/1111, do Conselho, de 25 de Junho de 2019, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em

matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças, no n.º 1 do parágrafo 2 do seu artigo 2.º, expressamente considera como tribunais «as autoridades que em qualquer Estado-Membro têm competência nas matérias abrangidas pelo âmbito de aplicação do presente regulamento», assim assimilando expressamente, para os efeitos do reconhecimento das suas decisões, todas estas entidades a órgãos judiciais⁴².

Simplesmente, muitos sistemas jurídicos tratam também da mesma forma decisões (naturalmente, «sobre direitos privados») de entidades privadas, designadamente em matéria de extinção da relação matrimonial. Falamos dos divórcios privados, isto é, daqueles em que o casamento não é dissolvido por uma decisão judicial ou de uma autoridade pública, mas por um acto jurídico privado⁴³. Em tais casos,

⁴² Como de resto o haviam feito os documentos que o precederam: o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação a filhos comuns do casal, onde se dispõe, no parágrafo 2 do seu artigo 1.º, que «São assimilados aos processos judiciais os demais processos oficialmente reconhecidos nos Estados-Membros. O termo «tribunal» abrange quaisquer autoridades dos Estados-Membros competentes na matéria»; e o Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, onde a definição de tribunal constante do n.º 1 do artigo 2.º é praticamente igual à reproduzida em texto.

⁴³ O exemplo de escola é constituído pelo *talak* de direito muçulmano [somente à disposição de cônjuges do sexo masculino, e por isso, suscitando problemas de violação do princípio da não discriminação – sobre este instituto, cfr., por exemplo, Lakshmi Swaminathan, «Recognition of Foreign Unilateral Divorces in the English Conflict of Laws», *The Modern Law Review*, v. 28 (Sept. 1965), p. 540-550, David Pearl, «Recognition of the Talak; Some recent cases», *The Cambridge Law Journal*, vol. 43, N.º 1 (Apr. 1984), p. 49-54, James Young, «The recognition of extra-legal divorces in the United Kingdom», *Legal Studies*, v. 7, 1 (Mar 1987), p. 78-91, e Florian Heindler, «The Austrian Public Policy Clause and Islamic Family Law», *Elte Law Journal*, 2016, 2, p. 167-180]. Mas diversos sistemas europeus (o italiano, o francês, o espanhol, o grego, o romeno e o esloveno) conhecem hoje situações em que a decisão sobre o divórcio não cabe a uma autoridade pública (judicial ou administrativa), resultando antes, como se diz em texto, de um acto privado, no qual as autoridades públicas podem porém estar envolvidas, ou porque

³⁹ Mas também, por exemplo, em Itália. Cfr. o *Decreto lege* n.º 132, de 12 de Setembro de 2014.

⁴⁰ Cfr. os artigos 12.º e 14.º do Decreto-lei n.º 271/2001, de 13 de Outubro, e Guilherme de Oliveira (com a colaboração de Rui Moura Ramos), *Manual de Direito da Família*, Coimbra, 2020, Almedina, p. 270.

⁴¹ Lima Pinheiro [*Direito Internacional Privado*, v. III – Tomo II – Reconhecimento de Decisões Estrangeiras (*cit. supra*, nota 14), p. 201] sustenta expressamente que «o regime de reconhecimento deve ser aplicado *analogicamente* às decisões de autoridades administrativas estrangeiras que, em Portugal, são da competência dos tribunais (...) quando a decisão da autoridade administrativa estrangeira tiver os mesmos efeitos que uma decisão jurisdicional».

tem-se defendido entre nós que esses actos podem produzir, no nosso ordenamento, os efeitos jurídicos que lhe sejam reconhecidos pela lei considerada competente pelo sistema português de direito internacional privado⁴⁴, devendo ser sujeitos a registo (que é de resto obrigatório entre nós na matéria)⁴⁵.

Voltando ao caso dos autos, não estamos perante uma decisão em matéria de divórcio, mas, aparentemente, de um acto de uma entidade pública (um notário) que certifica que dois cidadãos privados declaram a existência entre si de um determinada relação, reconhecida como entidade familiar no direito brasileiro onde se encontra tipificada como «união estável», que produz nesse sistema jurídico, efeitos muito semelhantes aos do casamento; e que, no uso da autonomia que para o efeito lhes é reconhecida nesse sistema jurídico, disciplinam alguns dos seus efeitos. Simplesmente, o acto público em questão (uma escritura pública) não homologa a declaração dos cidadãos privados, nem traduz, como o assinala numa fórmula mais assertiva uma outra decisão judicial já referida⁴⁶, qualquer caução administrativa dada àquela declaração «pela ordem jurídica em que foi produzido». Limita-se, ao invés, a dar fé pública a esta declaração, certificando a sua emissão pelos

interessados, mas não já a correspondência dessa declaração com a realidade.

Trata-se, pois, de um acto autêntico, no sentido de que é exarado por oficial público, *maxime* por notário⁴⁷, ou, nas palavras da nossa lei civil, de um «documento exarado, com as formalidades legais, pelas autoridades públicas nos limites da sua competência ou, dentro do círculo de actividade que lhe é atribuído, pelo notário ou outro oficial público provido de fé pública»⁴⁸. Mas de um acto que foi exarado no estrangeiro por uma autoridade estrangeira, o que não exclui a sua eficácia em Portugal, como meio de prova; na verdade, e segundo o n.º 1 do artigo 365.º do nosso Código Civil, «os documentos autênticos ou particulares passados em país estrangeiro, na conformidade da respectiva lei, fazem prova como o fariam os documentos da mesma natureza exarados em Portugal»⁴⁹.

O nosso direito reconhece, pois, em geral, eficácia em Portugal aos documentos autênticos estrangeiros, limitando, porém, essa eficácia a uma eficácia probatória. Já nos termos do direito internacional privado da União Europeia vigente entre nós, diferentemente, a situação se coloca em termos distintos, uma vez que o artigo 46.º do Regu-

ele apenas pode ter lugar perante elas ou porque elas deverão obrigatoriamente proceder ao respectivo registo.

Sobre os problemas suscitados pelo reconhecimento dos divórcios privados no contexto do direito internacional privado da União Europeia, cfr., recentemente, Málte Kramme, «Private Divorce in Light of the Recast of the Brussels IIbis Regulation», in *GPR – Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, v. 18 (2021), N.º 3, 15 Juni 2021, p. 101-106.

⁴⁴ Assim Ferrer Correia, por último nas suas *Lições de Direito Internacional Privado*, I (com a colaboração de Luís Barreto Xavier), Coimbra, 2000, Almedina, p. 457-460.

⁴⁵ Neste sentido Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*. v. III – Tomo II – Reconhecimento de Decisões Estrangeiras (*cit. supra*, nota 14), p. 203-204.

⁴⁶ O acórdão do Supremo de 28 de Fevereiro de 2019 [*cit. supra*, D, A), junto à nota 20].

⁴⁷ Assim já Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II – Facto Jurídico, em Especial Negócio Jurídico, 2.ª Reimpressão, Coimbra, 1966, Livraria Almedina, p. 49, e Luís Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, 4.ª Edição, Coimbra, 1995, Almedina, p. 806-810.

⁴⁸ Cfr. o artigo 363.º, n.º 2, do Código Civil. Veja-se ainda o artigo 35.º, n.º 2, do Código do Notariado (Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto) nos termos do qual «são autênticos os documentos exarados pelo notário nos respectivos livros, ou em instrumentos avulsos, e os certificados, certidões e outros documentos análogos por ele expedidos».

⁴⁹ Nos termos do n.º 1 do artigo 371.º da nossa lei civil, «os documentos autênticos fazem prova plena dos factos que referem como praticados pela autoridade ou oficial público respectivo, assim como dos factos que neles são atestados com base nas percepções da entidade documentadora; os meros juízos pessoais do documentador só valem como elementos sujeitos à livre apreciação do julgador».

lamento n.º 2201/2003⁵⁰ é claro ao dispor que «os actos autênticos exarados e com força executória num Estado-Membro, bem como os acordos entre partes com força executória no Estado-Membro em que foram celebrados, são reconhecidos e declarados executórios nas mesmas condições que as decisões»⁵¹.

Na circunstância, e tendo o documento em questão sido emitido no âmbito do sistema jurídico

⁵⁰ *Cit. supra*, na nota 24.

⁵¹ A disposição tem a sua origem no n.º 3 do artigo 13.º do Regulamento n.º 1347/2000 (*cit. supra*, na nota 24), nos termos do qual, «Para efeitos do presente regulamento, os actos autênticos exarados e dotados de executoriedade num Estado-Membro, bem como as transacções celebradas perante o juiz no decurso de um processo e executórias no Estado-Membro de origem, são reconhecidos e declarados executórios nas mesmas condições que as decisões indicadas no n.º 1». E é desenvolvida no artigo 65.º do Regulamento n.º 2019/1111 (que constitui uma reformulação do acto citado em texto e que será aplicável, nos termos do seu artigo 105.º, n.º 2, a partir de 1 de Agosto de 2022), onde se dispõe que «1. Os actos autênticos e os acordos em matéria de separação e divórcio que tenham efeito jurídico vinculativo no Estado-Membro de origem são reconhecidos noutros Estados-Membros sem necessidade de qualquer formalidade específica. A secção 1 do presente capítulo é aplicável em conformidade, salvo disposição em contrário da presente secção. 2. Os actos autênticos e os acordos em matéria de responsabilidade parental que tenham efeito jurídico vinculativo e sejam executórios no Estado-Membro de origem são reconhecidos e executados noutros Estados-Membros sem que seja necessária qualquer declaração de executoriedade. As secções 1 e 3 do presente capítulo são aplicáveis em conformidade, salvo disposição em contrário da presente secção». O artigo 68.º do mesmo acto legislativo da União prevê os fundamentos de recusa do reconhecimento ou da execução.

Encontramos, além disso, disposições semelhantes noutros instrumentos legislativos da União: assim o artigo 48.º do Regulamento (CE) n.º 2/2009, do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares, os artigos 59.º a 61.º do Regulamento (UE) n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu, e os artigos 58.º a 60.º dos Regulamentos (UE) n.º 2016/1103 e 2016/1104, do Conselho, de 24 de Junho de 2016, que implementam, respectivamente, a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais, e a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas. Em todos eles é reconhecida num outro Estado-Membro aos actos autênticos exarados num Estado-Membro a mesma força probatória que têm no Estado-Membro de origem.

brasileiro, há apenas que considerar o regime geral, que se limita a prever uma eficácia probatória dos documentos estrangeiros. É certo que a nossa jurisprudência tinha já, pelo acórdão do Supremo de 25 de Junho de 2013⁵², em relação a um documento específico [a escritura pública, prevista no artigo 1124.º-A do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, através da qual se pode realizar a separação consensual dos cônjuges (esta prevista no artigo 1580.º do Código Civil, e que, passado um ano de separação, se pode converter em divórcio)] procedido à sua equiparação às sentenças que decretam a separação consensual ou a conversão da separação judicial dos cônjuges em divórcio⁵³, admitindo por isso a sua revisão e confirmação. Mas o acórdão que comentamos, introduzindo um *distinguo*, afasta qualquer identidade entre essa situação e aquela a que se refere o caso que nos ocupa, ao sublinhar que, no documento em questão naquele primeiro acórdão, os outorgantes «não declaram a dissolução do vínculo conjugal», que é pelo contrário decidida e declarada pela entidade pública depois de verificados e preenchidos os requisitos legais; em razão do que, em tal situação, estaríamos perante uma decisão, para os efeitos do artigo 978.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.

Diferentemente, no caso dos autos, não existe qualquer acto de hetero-determinação, uma vez que, no acto que pratica, a entidade que lavrou a escritura pública se limita a recolher as declarações dos companheiros, dando-lhes fé pública e não emitindo, por sua parte, qualquer declaração ou determinação. E, quanto às declarações destes, elas visam, por uma parte, atestar a existência da união estável (quando as partes referem que «mantêm,

⁵² *Cfr. supra*, I), A), n.º 4, e nota 15.

⁵³ Por ter sido exarada pela entidade brasileira legalmente competente para o efeito.

sob o mesmo tecto, convivência pública, contínua e duradoura com o objectivo de constituição de família, desde o mês de Julho do ano de dois mil e treze»), enquanto por outra contribuem, dentro do permitido pela lei, para a fixação do seu regime (ao especificarem que «optam para essa união pelo regime de separação de bens, de acordo com o artº 1687º do Código Civil Brasileiro», e que «é intenção de ambos que cada um goze de todos os benefícios previdenciários». A escritura pública visa assim objectivos a um tempo probatórios e de regulação, mas não envolve qualquer elemento de hetero-determinação, diferentemente do que acontecera na situação sobre que se pronunciou o acórdão de 2013 do mesmo Supremo.

Nestes termos, o entendimento do Supremo no acórdão em comentário segundo o qual «a declaração dos requerentes numa Escritura Pública Declaratória de União Estável, perante uma autoridade administrativa estrangeira (tabelião) de que vivem em união de facto desde Julho de 2013, não deve ser considerada como abrangida pela previsão do artigo 978º, nº 1, do CPC, não podendo ser revista e confirmada para produzir efeitos em Portugal» merece a nossa concordância⁵⁴. Pelo que sufragamos a sentença acima reproduzida quando ela nega provimento à revista e confirma o acórdão recorrido.

⁵⁴ Ademais, na parte em que essas declarações têm intuitos probatórios, sempre a revisão e confirmação pretendida seria inútil, uma vez que, como o acórdão também o refere, o n.º 2 daquele artigo é claro ao afirmar que «não é necessária a revisão quando a decisão seja invocada em processo pendente nos tribunais portugueses, como simples meio de prova sujeito à apreciação de quem haja de julgar a causa» (no mesmo sentido, cfr. o acórdão do Supremo de 28 de Fevereiro de 2019, citado *supra*, na nota 20).

II. A TUTELA DA CONFIANÇA DOS COMPANHEIROS APÓS A SITUAÇÃO CRIADA PELA DECISÃO DO SUPREMO

6. Importa agora atentar na situação em que ficam os companheiros (membros da união estável reconhecida pela ordem jurídica brasileira) quando pretendem exercer em Portugal os direitos dela decorrentes.

A circunstância de, ao recusar provimento ao recurso, o Supremo negar em definitivo a pretensão dos requerentes impede-os de utilizar, para o efeito pretendido, o acto autêntico (a Escritura Pública Declaratória de União Estável) exarado no Brasil, impedindo assim o seu reconhecimento processual. Outra coisa, no entanto, é saber se a situação jurídica a que aquele acto se refere (a União estável de direito brasileiro, com os efeitos que lhe associam os artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil daquele país) poderá ser reconhecida entre nós.

É este um problema diverso, em que está em causa o reconhecimento de uma situação conformada por uma lei estrangeira, e a respeito do qual se problematiza a produção, entre nós, dos efeitos jurídicos que lhe sejam reconhecidos pela lei considerada competente pelo sistema português de direito internacional privado. Distinto, pois, do chamado reconhecimento processual, orientado para a recepção de actos de carácter processual e visando a produção de um vínculo desta última natureza, que «tem lugar por força de uma norma do foro que determina a recepção da sentença enquanto acto jurisdicional e se encontra formulada em termos de indicar os requisitos cujo preenchimento possibilita o reconhecimento»⁵⁵. Ao invés, estamos agora perante o chamado reconhecimento interna-

⁵⁵ Assim Elena d'Alessandro, *Il Riconoscimento delle Sentenze Straniere*, Torino, 2007, G. Giappichelli Editore, p. 12.

cional privatístico, em que o reconhecimento da situação existente no estrangeiro «tem lugar através das regras de direito internacional privado do foro, que recebem os valores normativos presentes no ordenamento *ad quem*, que assim vêm produzir efeitos inovadores na realidade jurídico-material do Estado do foro»⁵⁶.

Neste entendimento, a situação conformada juridicamente pela ordem jurídica brasileira produzirá efeitos em Portugal desde logo se esta ordem jurídica for aquela a que o sistema de direito internacional privado português reconhecer competência para a regular. Desde logo, e em primeiro lugar, através das suas regras de conflitos. É certo que não existe entre nós uma regra de conflitos especificamente pensada para a união estável, mas a forma como este instituto se encontra configurado no sistema jurídico brasileiro autoriza-nos a considerá-la no âmbito da que entre nós se refere às relações matrimoniais⁵⁷. Neste contexto, se a lei brasileira for a lei nacional comum dos companheiros seria a este ordenamento jurídico que, em princípio, haveria que reconhecer a competência para disciplinar a união estável de que se trata nos autos⁵⁸. Dizemos em princípio porque, ao admitir, ainda que apenas em certos termos, o reenvio, o nosso direito prevê igualmente que, caso essa lei se não considere competente para o efeito, a competência, segundo o nosso sistema, caberá à lei designada pelo direito internacional privado deste ordenamento (sendo tal lei uma terceira lei, se ela aceitar tal competência, e, caso se trate da *lex fori*, se a referência que

lhe é feita for uma referência material)⁵⁹.

Por outro lado, mesmo que à lei brasileira não fosse por esta forma reconhecida a competência, sempre a situação (de união estável) existente no Brasil lograria ser eficaz entre nós, caso os companheiros residissem habitualmente naquele país, uma vez que ela aí havia já produzido os seus efeitos⁶⁰. A admissibilidade de um tal resultado resulta da ideia, que hoje tende a concitar o apoio de vastos sectores da doutrina, de que «la reconnaissance d'une situation crée à l'étranger en application de la loi reconnue compétente dans l'État où elle a été créée n'est pas soubordonnée à la conformité de cette situation à la loi qu'aurait désignée le système de droit international privé de l'État de la reconnaissance»⁶¹. E esta ideia força pode ser posta em prática por múltiplas formas⁶², ou através de

⁵⁹ Cfr. o n.º 1 dos artigos 17.º e 18.º do Código Civil. Tenha-se presente que, tratando-se de matéria de relações de família (e, como tal, nos termos do artigo 25.º do nosso Código Civil, integrada no que esta disposição designa por «estatuto pessoal») haverá igualmente que considerar o disposto nos n.ºs 2 tanto do artigo 17.º como do artigo 18.º (e, ainda, eventualmente, também o n.º 3 do artigo 17.º) deste diploma.

⁶⁰ Cfr. o artigo 31.º, n.º 2, da nossa lei, onde, depois de se ter afirmado, no n.º 1, que «a lei pessoal é a da nacionalidade do indivíduo», se acrescentou, que «São, porém, reconhecidos em Portugal os negócios jurídicos celebrados no país da residência habitual do declarante, em conformidade com a lei desse país, desde que esta se considere competente». Sobre esta disposição, por último, Moura Ramos, «La méthode de la reconnaissance à l'intérieur du système conflictuel: l'article 31.º, n.º 2, du Code Civil Portugais de 1966», in *Relaciones Transfronterizas, Globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozás*, Thomson-Reuters, 2020, Editorial Aranzadi, p. 417-433.

⁶¹ Assim Paul Lagarde, «La reconnaissance mode d'emploi», in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, Dalloz, p. 481-501 (490).

⁶² Cfr. Pierre Mayer, «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le Droit International Privé: Esprit et Méthodes*, Paris, 2005, Dalloz, p. 547-573; Heinz-Peter Mansel, «Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums: Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung staat Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts?», *RabelsZ*, v. 70 (2006), p. 651-731; Roberto Baratta, «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales», *Revue des Cours*, 348 (2010), p. 253-500; Patrick Kinsch, «Recognition in

⁵⁶ *Op. cit.* na nota anterior, p. 6.

⁵⁷ Sobre esta questão, na doutrina portuguesa, cfr. Sofia Oliveira Pais/António Prada de Sousa, «A União de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo – Uma análise de direito material e conflitual», 59 *Revista da Ordem dos Advogados* (1999), p. 693-752.

⁵⁸ Cfr. o n.º 1 do artigo 52.º do Código Civil.

regras que, como a do artigo 31.º, n.º 2, do nosso Código Civil, se aproximam de regras de conflitos de conexão plúrima alternativa, ou por recurso à formulação de uma espécie de «exception générale de reconnaissance»⁶³ (também designada por «exception de prévisibilité»⁶⁴, quando se atenta na teleologia que a informa), como a que viria a ser recentemente introduzida no artigo 9 de uma lei holandesa de 19 de Maio de 2011⁶⁵, ou ainda por regras de outro tipo⁶⁶, para além de iniciativas de

carácter convencional⁶⁷.

No presente caso, o acórdão não nos permite avançar muito mais. Na verdade, dele apenas decorre que um dos companheiros tem nacionalidade portuguesa, nada se sabendo sobre o estatuto nacional do outro ou sobre a residência habitual de ambos⁶⁸, conhecendo-se ainda o ano em que nasceram (irrelevante, para os nossos propósitos) e o facto de um deles ter nascido no Brasil. Não nos é, pois, possível avançar mais sobre a determinação da lei competente, segundo o direito internacional privado português, para disciplinar esta particular situação de união estável, como também não poderemos adiantar mais sobre os termos do seu reconhecimento, caso aquela lei não fosse a lei brasileira e esta fosse, pelo contrário, a lei da residência habitual comum dos companheiros⁶⁹. Resta-nos

the Forum of a Status acquired abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law», in *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr* (K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides, eds), The Hague, 2010, Eleven International Publishing, p. 232-275, o conjunto de estudos reunidos em *La Reconnaissance des situations en droit international privé* (sous la direction de Paul Lagarde), Paris, 2013, Éditions A. Pedone, Hugues Fulchiron, «La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen», in *Les Relations Privées Internationales. Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audt*, Paris, 2014, L.G.D.J., p. 359-381, e Emmanuelle Bonifay, *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé. Contribution à l'édification d'un espace de liberté, de sécurité et de justice*, 2017, Institut Universitaire Varenne.

⁶³ Cfr. Louis D'Avout, «La reconnaissance dans le champ des conflits de lois», in *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, Année 2014-2016, Paris, 2017, Éditions Pedone, p. 215-262 (232).

⁶⁴ Cfr. Gerard Goldstein, «L'exception de prévisibilité. Vers une localisation subjective dans la résolution des conflits de lois?», *Rev. crit. DIP*, 107 (janvier-mars 2018), p. 3-29.

⁶⁵ Nos termos desta disposição, «Lorsque des effets juridiques sont attachés à un fait par un État étranger concerné en application de la loi désignée par son droit international privé, ces mêmes effets peuvent être reconnus à ce fait aux Pays-Bas, même par dérogation à la loi applicable en vertu du droit international privé néerlandais, dans la mesure où le refus de reconnaissance de tels effets constituerait une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique». Para o contexto em que surgiu esta disposição, cfr. A. (Teun) V. M. Struycken, «*Locus regit actum*, un nouvel avatar hollandais», in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le Droit International Privé: Esprit et Méthodes* (cit. supra, nota 44), p. 765-779.

⁶⁶ Algumas das quais não passaram do estágio de meras propostas. Cfr., neste sentido, o artigo 78 do Ante-Projecto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, redigido no Brasil, onde não obteria força de lei, por Haroldo Valladão a 29 de Dezembro de 1963 e que dispunha que «São reconhecidos no Brasil direitos adquiridos no estrangeiro, de boa-fé, em virtude de acto ou julgamento ali realizados, de acordo com o direito estrangeiro vigorante, salvo se for caso de competência exclusiva do direito brasileiro, e observadas sempre as reservas estabelecidas no art. 79» [soberania nacional, ordem pública, equidade, moral e bons costumes].

⁶⁷ Cfr. o n.º 1 do artigo 9 da Convenção da Haia de 14 de Março de 1978 sobre a celebração e o reconhecimento da validade dos casamentos, que prevê o reconhecimento, em todos os Estados contratantes, de «um casamento validamente celebrado sob a lei do Estado da celebração ou que subsequentemente se torna válido sob aquela lei» (reconhecimento porém que, para além das situações de manifesta incompatibilidade com a ordem pública, pode ser afastado em certos casos previamente determinados – os previstos no artigo 11 deste texto), e o artigo 2 da Convenção de Munique de 5 de Setembro de 2007 sobre o reconhecimento das parcerias registadas, segundo o qual, sob reserva do artigo 7 (onde se elencam os casos em que a recusa do reconhecimento é possível), «uma parceria registada num Estado é reconhecida como válida nos Estados contratantes».

⁶⁸ Como também sobre os dados da situação que poderiam ser relevantes para a determinação da lei que apresenta com a situação (de união estável) uma conexão mais estreita.

⁶⁹ Não se alegue contra o relevo nesta sede do disposto no artigo 31.º, n.º 2, da nossa lei civil com a circunstância de este se referir ao reconhecimento de negócios jurídicos constituídos no estrangeiro e a união estável não poder ser considerada fruto de um negócio jurídico entre as partes, resultando antes da conformação directa de uma situação pelo sistema jurídico. Na verdade, não só a protecção da confiança dos interessados na estabilidade da situação cristalizada pela ordem jurídica (ainda que com dispensa da intervenção da vontade dos interessados) se impõe da mesma forma nestes casos, como, na modelação da união estável, o direito brasileiro dá relevo a negócios jurídicos (as relações patrimoniais entre os companheiros dependem, como no casamento, da vontade daqueles no que respeita à sua regulação – cfr. o artigo 1.725 do Código Civil Brasileiro, e Sílvio de Salvo Venosa, «Introdução ao direito conjugal patrimonial: Eficácia do casamento. Direitos

assim identificar, como acima se deixou feito, o quadro geral de soluções a este respeito disponível, sem nos podermos pronunciar sobre os termos em que ele poderá, em concreto, ser mobilizado.

Adiantar-se-á ainda que se as vias acima abertas sempre se revelassem inconclusivas sempre restaria aos interessados recorrer em Portugal à prova da existência de uma união de facto, nos termos previstos na lei portuguesa, isto é, hoje, da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio. Uma vez que, na actualidade⁷⁰, se admite entre nós a prova da união de facto por todos os meios, e sendo este instituto definido (no n.º 2 do artigo 1.º) como «a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos», a prova da convivência, naquelas condições e por aquele prazo, pode naturalmente abranger o período em que ela se processou em território brasileiro e envolver o recurso, mediado pelo critério do julgador, a qualquer meio de prova, desde logo a declaração produzida notarialmente⁷¹, e a que se reconhecerá o valor que o juiz entenda

que lhe seja devido⁷².

7. *Considerações conclusivas.* Da reflexão precedentemente feita decorre o nosso acordo com a posição que o Supremo tomou no presente acórdão e que subtrai do regime do n.º 1 do artigo 978.º do Código de Processo Civil, e, portanto, do regime aplicável ao reconhecimento das sentenças estrangeiras, um documento autêntico como a «Escritura Pública Declaratória de União Estável» de direito brasileiro. Pelo que o reconhecimento processual deste documento se encontra entre nós excluído, não podendo por isso ser considerado, para estes efeitos, equiparável a uma sentença estrangeira⁷³. De todo o modo, tal não significa necessariamente, como cremos ter deixado demonstrado, que a situação de união estável criada na ordem jurídica estrangeira (brasileira) não possa ser reconhecida em Portugal, ou pelos mecanismos normais do direito internacional privado (o chamado reconhecimento internacionalprivatístico, decorrente do facto de a situação ter sido “construída” pela lei que seria a competente para a regular segundo o direito internacional privado português (assim resultando de uma aplicação do método conflitual) ou através da particular aplicação do método do reconhecimento que o nosso sistema consagrou no artigo

e deveres dos cônjuges», in *Contribuições ao Estudo do Novo Direito Civil* (cit. *supra*, nota 7), p. 199-274 (267-271)) cujo reconhecimento entre nós se impõe nos termos daquela disposição se a lei brasileira for a lei da residência habitual comum dos companheiros, sendo que esse reconhecimento apenas logra sentido no quadro do reconhecimento da situação de união estável como um todo. No caso que esteve na base da decisão do Supremo, os companheiros celebraram realmente um negócio jurídico pelo qual optaram pelo regime de separação de bens como quadro regulador, no plano patrimonial, da união estável entre eles existente (cfr. *supra*, I), A), n.º 4).

⁷⁰ Isto é, depois das modificações operadas naquele diploma pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto. Cfr. o n.º 1 do artigo 2.º-A, introduzido por este diploma na lei referida em texto: «Na falta de disposição legal ou regulamentar que exija prova documental específica, a união de facto prova-se por qualquer meio legalmente admissível».

⁷¹ Nesta circunstância, e uma vez que a escritura aparece aqui apenas como simples meio de prova, sujeito à apreciação de quem haja de julgar a causa, sempre inexistiria aqui qualquer necessidade de reconhecimento processual deste documento, como de resto ocorre igualmente com as próprias sentenças estrangeiras que sejam invocadas com esta finalidade (cfr. neste sentido, o n.º 2 do artigo 978.º do Código de Processo Civil).

⁷² Valor que a nossa jurisprudência (cfr. o acórdão de 28 de Fevereiro de 2019, citado *supra*, na nota 20) aproxima do que é reconhecido à declaração da junta de freguesia referida no n.º 2 do artigo 2.º-A da Lei n.º 7/2001 (que, nos termos desta disposição, deve ser acompanhada por uma declaração, sob compromisso de honra, feita pelos interessados, de que vivem em união de facto há mais de dois anos).

⁷³ O que de algum modo resulta da assumpção de que estas são dotadas de um «effet normatif particulièrement digne de considération» que justificaria, em razão do seu valor intrínseco, a sua não sujeição ao método conflitual e que a produção dos seus efeitos fosse regida pelo método do reconhecimento. Assim já Pierre Mayer, «Le Phénomène de la Coordination des Ordres Juridiques Étatiques en Droit Privé. Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 327 (2007), p. 11-377 (316-323), e Yves Lequette, «De la “proximité” au “fait accompli”», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, 2015, L.G.D.J., p. 481-518 (495-498).

31.º, n.º 2, do Código Civil. E, finalmente, mesmo que ainda por essa via tal reconhecimento não fosse possível, sempre a situação criada no Brasil poderia relevar, em termos probatórios, para o reconheci-

mento de uma situação de união de facto, por dois anos, em convivência análoga à dos cônjuges, tal como esta é configurada entre nós.

O que diz o Supremo

Fernanda Isabel Pereira

Juíza Conselheira Jubilada

O Supremo Tribunal de Justiça proferiu vasta jurisprudência durante o primeiro semestre de 2021 sobre temas diversificados no âmbito do direito da família e menores.

Suscitam-nos particular interesse, pela actualidade e relevância jurídica da temática tratada, os Acórdãos que passaremos a destacar.

Adopção

1. O Acórdão de 09/02/2021, proferido na revista excepcional 221/20.2T8STC.E1.S1 — 1ª secção cível, centrou-se na interpretação do normativo inserto no artigo 1980º, nº 1, al. a) e nº 3, do Código Civil.

Concretamente, na questão de saber se a «*confiança*» da criança relativamente à qual é pedida a adopção ao abrigo do disposto no nº 3 está condicionada à prévia existência de confiança administrativa ou medida de promoção e protecção de confiança com vista a futura adopção, exigidas pelo nº 1, ou abarca realidades diversas, designadamente a «*confiança*» atribuída no âmbito de processo de regulação e alteração do exercício das responsabilidades parentais.

A dúvida interpretativa emerge da redacção do citado artigo 1890º, o qual determina, no que ora releva, que:

«1. Podem ser adotadas as crianças:

a) Que tenham sido confiadas ao adotante mediante confiança administrativa ou medida de promoção e protecção de confiança com vista a futura adopção;

(...)

2.O adotando deve ter menos de 15 anos à data do requerimento de adopção.

3.Pode, no entanto, ser adotado quem, à data do requerimento, tenha menos de 18 anos e não se encontre emancipado quando, desde idade não superior a 15 anos, tenha sido confiado aos adotantes ou a um deles...».

A regra é a de que o adoptando tenha menos de 15 anos na data da entrada do pedido de adopção e que tenha sido confiado aos adoptantes ou a um deles através de confiança administrativa ou judicial.

A excepção, contemplada no nº 3, permite que a adopção se verifique se o requerimento for apresentado entre os 15 e os 18 anos de idade do adoptando, mas só se tiver havido confiança da criança ou jovem aos adoptantes desde idade não superior a 15 anos.

Perante o mesmo texto legal confrontam-se duas interpretações quanto ao sentido a atribuir à palavra «*confiança*» ínsita no nº 3.

Uma, defende que lhe deve ser atribuído um sentido técnico-jurídico restrito e entender-se que só a confiança administrativa ou judicial podem permitir a adopção à luz da regra excepcional contida no nº 3. A outra, sustenta que deve proce-

der-se a uma interpretação em sentido técnico-jurídico amplo, podendo a «confiança» abarcar outras situações além da confiança administrativa ou decidida como medida de promoção e protecção com vista a futura adopção.

No caso em análise, afastada a possibilidade da adopção pela não verificação do pressuposto da idade máxima de 15 anos estabelecido no n.º 2 do mesmo preceito, visto a adoptanda ter já 17 anos na data de entrada do pedido de adopção, cumpria verificar se a mesma seria possível à luz da excepção contida no n.º 3, que a permite quando a criança ou jovem tenha sido confiado aos adoptantes *desde idade não superior a 15 anos*.

As instâncias, seguindo o critério interpretativo mais restrito, concluíram pela inaplicabilidade da excepção por não ter ocorrido «confiança» com o sentido normativo plasmado no n.º 1, considerando que só a confiança administrativa ou decretada como medida de promoção e protecção pode conduzir à adopção. Recusaram, em consequência, liminarmente o pedido com tal fundamento.

No Supremo Tribunal de Justiça prevaleceu o sentido normativo mais amplo da «confiança» a que se refere o n.º 3 do artigo 1980.º.

Sem postergar os critérios interpretativos ínsitos no artigo 9.º do Código Civil, não descurou também o princípio fundamental do *primado do interesse da criança* consagrado tanto no direito internacional (artigo 3.º da Convenção das Nações Unidas) e europeu (artigo 24.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), como no direito interno (artigo 4.º, al. a), da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo — Lei n.º 147/99, de 01/09), aplicável a todos os processos tutelares cíveis (artigo 4.º, n.º 1, do Regime Geral dos Processos Tutelares Cíveis -), e o *primado da continuidade das relações psicológicas profundas* (artigo

4.º, al. g), da LPCG, na versão da Lei n.º 142/2015, de 08/09).

A natureza do instituto da adopção e os fins que visa prosseguir justificam uma atitude cautelosa por parte do aplicador do Direito quando aprecia a verificação ou não dos requisitos do decretamento da adopção quer no que tange ao(s) adoptante(s) — artigo 1979.º -, quer no respeito ao adoptando — artigo 1980.º.

Os riscos inerentes à entrega directa de uma criança pelos pais biológicos, sem controle da administração, através da segurança social, ou dos tribunais é impensável à luz da garantia dos direitos das crianças, não só pelo perigo de mercantilização, mas pela falta de avaliação dos candidatos à adopção em termos de permitir, com a segurança possível, zelar pelo bem estar físico e afectivo futuro da criança no seio da família que a recebe e que se tornará a sua.

Assim, a salvaguarda do superior interesse da criança justifica a intervenção obrigatória quer da segurança social quer dos tribunais, bem como o recurso a todos os mecanismos de protecção e controle de que dispõem.

Contudo, parece-nos que na interpretação do normativo em causa (n.º 3 do artigo 1980.º) não podem aplicar-se os critérios da hermenêutica interpretativa consagrados no artigo 9.º dissociados de um olhar atento ao superior interesse da criança e à salvaguarda das relações psico-afectivas profundas que já fazem parte da sua vida, sentido em que caminhou a doutrina do Supremo Tribunal de Justiça, a nosso ver bem.

Note-se que os factos provados evidenciavam que “*desde os 9 dias de vida da criança, que a requerente cuidou daquela. Desde os dois anos de vida da criança, nos termos do acordo homologado no processo de regulação das responsabilidades parentais em 01-02-2005*”

(facto provado n.º 8), que a requerente assume a guarda e os cuidados da adotanda, com o reconhecimento do tribunal, que lhe veio a atribuir também o exercício exclusivo das responsabilidades parentais através da homologação de novo acordo entre a requerente e os pais biológicos, em 14-01-2013 (facto provado n.º 9).”

A homologação judicial de acordo em processo que visa regular as responsabilidades parentais envolve e pressupõe a prévia apreciação de todos os factores, com destaque para o superior interesse da criança e o contexto afectivo, social e económico que a rodeia e no qual passará a ficar inserida.

Essa decisão homologatória procede a uma avaliação global da situação da criança, dos pais biológicos e do adulto a quem é confiada para dela passar a cuidar, juízo que pode ter-se por idóneo e suficiente para integrar o conceito de «confiança» para a adopção a que alude a previsão do n.º 3 do artigo 1980º.

Uma nota final para referir que este Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça foi objecto de douto e aprofundado comentário do Senhor Professor Guilherme de Oliveira e para o qual não podemos deixar de chamar a atenção.

2. O Acórdão de 29/04/2021, proferido na revista excepcional n.º 3733/20.1T8CBR.C1.S1 — 2ª secção cível, incidiu, igualmente, sobre a temática da adopção e a interpretação do n.º 3 do artigo 1980º do Código Civil, mas numa vertente não totalmente coincidente com a colocada no anterior.

Neste estava em causa, como questão essencial, a definição do limite máximo da idade do adoptando para efeitos de aplicação do disposto no n.º 3.

O problema não se coloca quanto à adopção de filho do outro cônjuge em relação ao qual a lei admite a sua adopção até aos 18 anos sem restrições.

A dúvida surge quanto aos demais adoptandos e advém do facto de o legislador ter utilizado no

n.º 2 a expressão «ter menos de 15 anos à data do requerimento de adopção», a regra geral, enquanto que no n.º 3, a excepção, consente a adopção de quem tenha menos de 18 anos a essa data e não se encontre emancipado quando tenha sido confiado aos adoptantes ou a um deles, «desde idade não superior a 15 anos».

Questiona-se se com esta diversa formulação o legislador quis significar requisitos etários diferentes para o adoptando.

O Supremo Tribunal de Justiça decidiu, na interpretação conjugada do n.º 3 com o n.º 2 do mencionado artigo 1980º, que a expressão legal «idade não superior a 15 anos» referida no n.º 3 corresponde à previsão de «menos de 15 anos» contida no n.º 2, sendo à sua luz que deve averiguar-se a verificação do requisito máximo da idade do adoptando para efeitos de confiança juridicamente relevante aos adoptantes.

Parece-nos que outro entedimento criaria uma desarmonia injustificada, porquanto o legislador pretendeu garantir, em qualquer dos casos, que estivessem criadas as condições para ser requerida a adopção antes de a criança ou jovem atingir os 15 anos, ou seja, com menos de 15 anos, salvo tratando-se de filho(a) de um dos adoptantes.

Existe a consciência de que quanto mais idade tiver a criança mais difícil e problemática poderá, naturalmente, ser a sua integração afectiva na família de adopção porque trará consigo mais “bagagem afectiva” e muito provavelmente um maior número de vivências para ultrapassar. A janela aberta pela excepção contida no n.º 3, que se fecha totalmente logo que atingida a emancipação ou a maioridade (artigo 122º do Código Civil), está dependente de terem sido criadas até àquela idade (15 anos) condições, sob tutela administrativa ou judicial, para a criação de vínculos entre o adoptando e os adoptantes.

E, por isso, também o prolongamento da possibilidade de ser requerida a adopção até aos 18 anos ou à emancipação só pode verificar-se desde que o adptando tenha sido confiado administrativa ou judicialmente aos adoptantes com menos de 15 anos.

Rapto internacional de criança

O Acórdão de 09/06/2021, proferido na revista excepcional nº 1677/20.6T8PTM-A.E1.S1 — 6ª secção cível, decidiu questão sobre a qual não existe total consenso na doutrina e na jurisprudência e que se prende com a interpretação dos artigos 12º e 13º da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, concluída na Haia em 25/10/1980 e vigente em Portugal desde 01/12/1983.

Na revista, proferida em processo tutelar comum, estava em causa a deslocação ilícita de uma criança para Portugal com pedido imediato de regresso ao Reino Unido, o Estado da sua residência habitual.

A questão jurídica nuclear consistia em saber se as excepções previstas nas alíneas a) e b) do artigo 13º da Convenção só têm aplicação no caso da hipótese prevista no segundo parágrafo do artigo 12º, isto é, quando a criança tiver sido deslocada do Estado de residência habitual há mais de um ano ou se podem abranger também a situação prevenida no primeiro parágrafo do mesmo artigo.

Para melhor compreensão da questão colocada transcrevemos os normativos referidos.

Artigo 12º

«Quando uma criança tenha sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3º e tiver decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da deslocação ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o regresso imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após a expiração do período de 1 ano referido no parágrafo anterior, deve ordenar também o regresso da criança, salvo se for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo ambiente (...).».

Artigo 13º

«Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o regresso da criança se a pessoa, instituição organismo que se opuser ao seu regresso provar:

a) Que a pessoa, instituição, organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efectivamente o direito de custódia na época da transferência ou retenção, ou que, havia consentido ou concordado posteriormente com essa transferência ou retenção; ou

b) Que existe um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

(...).

O Supremo Tribunal de Justiça interpretou-os da forma mais correcta, em nosso entender, ao decidir que as excepções previstas nas alíneas a) e b) do artigo 13º podem aplicar-se também na hipótese prevista no primeiro parágrafo do artigo 12º, ou seja, mesmo quando a criança tenha permanecido menos de um ano no país contratante para onde foi ilicitamente deslocada.

Restringir a aplicação das excepções contidas no artigo 13º às situações de permanência da criança por um período mínimo de 1 ano, contado entre a data da deslocação ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado contratante onde a criança se encontra, traduziria, a nosso ver, uma limitação que a Convenção não contempla.

Por um lado, não se compreenderia a ressalva feita no segundo parágrafo do artigo 12º quando se refere à hipótese de a criança se encontrar integra-

da no seu novo ambiente decorrido um ano sobre a sua deslocação, como se argumentou na revista. Por outro, o texto do artigo 13º não aponta no sentido de uma interpretação restritiva ao utilizar logo no início a expressão: «*Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior*». Esta formulação legal não inculca qualquer sinal de restrição na sua aplicabilidade por forma a poder-se afirmar que a sua previsão se cinge apenas à situação prevista no parágrafo segundo do artigo 12º.

É certo que na metodologia interpretativa desenhada no artigo 9º do Código Civil o elemento literal não é determinante, mas o intérprete sempre terá de encontrar um sentido que tenha o mínimo de correspondência verbal na letra da lei.

Acresce que, como se evidencia no Acórdão a que nos referimos, a apreciação não pode cingir-se a critérios de legalidade estrita, devendo equacionar-se na interpretação da norma o sentido que melhor salvaguarda o superior interesse da criança, critério norteador incontornável em decisões que envolvem o destino da criança.

União de facto

No Acórdão de 14/01/2021, proferido na revista nº 142/11.2.TBBCL.1.G1-S1 — 2ª secção cível, em incidente de liquidação, foi decidido que a prestação de trabalho doméstico e, bem assim, a prestação de cuidados, acompanhamento e educação dos filhos, exclusiva ou essencialmente, por um dos membros da união de facto sem qualquer contrapartida é susceptível de gerar o empobrecimento deste e o respectivo enriquecimento do outro, na medida em que lhe permite beneficiar do resultado dessas actividades sem custos ou contributos.

Considerou-se que o desequilíbrio manifesto na repartição daquelas tarefas não deve reconduzir-se à figura da obrigação natural, antes devendo ser

visto como um enriquecimento sem causa legítima a contabilizar nas contribuições que permitiram ao outro membro adquirir património na vigência da união de facto.

Posição diversa havia sido seguida nos Acórdãos de 06/07/2011 (revista 3084/07) e de 4/10/2017 (revista nº 3712/15), nestes se tendo decidido que os serviços domésticos prestados por um dos elementos do casal de facto mais não eram do que uma contribuição para a comunhão de vida, integradora de obrigação natural, «*de coercitividade e repetição impossíveis*», atenta a natureza da relação instituída, como tal, não seria passível de valorização para efeitos de contabilização depois de cessada a união de facto.

Subscrevemos, por inteiro, a fundamentação e decisão do Acórdão sob anotação no qual é distinguida a realização partilhada e equilibrada das tarefas domésticas e, bem assim, no cuidar dos filhos pelos dois parceiros da união de facto, daquela outra situação em que apenas um dos membros se ocupa das múltiplas tarefas que o trabalho doméstico envolve, apesar de invisível do ponto de vista económico, e do encargo de tratar e cuidar dos filhos com as exigências que lhe são inerentes para garantir o seu bem-estar físico e psicológico e, bem assim, proporcionar acompanhamento escolar.

No contexto geográfico e sociológico em que vivemos esta ocupação exclusiva de um dos elementos da união não pode deixar de ser considerada na economia do casal de facto e valorizada como contribuição relevante e a ter em conta quando se dá a ruptura da união de facto.

Ciente desta realidade o legislador veio consagrar na reforma do regime do divórcio de 2008 (Lei nº 61/2008, de 31/10) «*mecanismos de compensação*», deixando bem claras na Exposição de Motivos do Projecto de Lei nº 509-X, que lhe serviu de base, as razões subjacentes a esta alteração le-

gislativa, das quais se relembra a necessidade do «... reconhecimento da importância decisiva para as condições de vida e equilíbrio da vida familiar dos contributos da chamada esfera reprodutiva, isto é, dos cuidados com os filhos e do trabalho doméstico».

O artigo 1676º, nº 2 e nº 3, do Código Civil passou a estabelecer as regras dessa compensação, a operar no momento da partilha dos bens do casal excepto se vigorar o regime da separação.

Como é natural, a união de facto não se confunde com o casamento, embora tenha alguns pontos de contacto com o regime deste, particularmente em normas de protecção, como sucede com o regime de protecção da casa de morada de família, de acesso às pensões por morte e da adopção (artigos 4º, 5º, 6º e 7º da Lei nº 7/2001, de 1/05).

O legislador não consagrou expressamente qualquer regime relativamente às relações patrimoniais entre os membros da união de facto.

Tal não significa, necessariamente, que não sejam de considerar e não exista na lei instituto capaz de conferir tutela jurídica às situações em que, como no caso do Acórdão em questão, foi um dos membros da união de facto quem, ao longo do período de vivência em comum de quase trinta anos, tratou e cuidou da casa onde ambos viviam e preparou as refeições para ambos.

O instituto do enriquecimento sem causa tem, como foi decidido, virtualidade para dar resposta a esta problemática (artigo 473º e seguintes do Código Civil), conforme se vem desenhando, aliás, na jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal de Justiça e é defendido abundantemente na doutrina.

Inexistência/anulabilidade de casamento

No Acórdão de 18/02/2021, proferido na revista nº 1613/17.7T8VRL.G1.S1 — 7ª secção cível, afirmou-se como questão nuclear a distinção entre falta de declaração expressa de vontade (artigo 1628º, al. c), do Código Civil) e falta de vontade no casamento (artigo 1631º, al. b), do Código Civil), geradoras, a primeira, da sanção mais severa da inexistência do casamento e, a segunda, da anulabilidade do mesmo.

Debruçou-se também o Acórdão sobre a força probatória de documento autêntico, no caso certidão do assento de casamento, em consonância com a doutrina pacífica do Supremo Tribunal de que, não demonstrada a sua falsidade, o documento autêntico conserva a sua força probatória plena quanto aos factos nele referidos como praticados pelo oficial público, bem como quanto aos factos naquele atestados como tendo sido percebidos pelo mesmo (artigo 371º, nº 1, do Código Civil).

Essa força probatória plena abrange, por conseguinte, a declaração de vontade dos nubentes no sentido de que querem contrair matrimónio e subsiste se não for ilidida com fundamento na falsidade do documento que a corporiza (artigo 372º do Código Civil).

No que tange à eventual falta de perfeição da declaração de vontade do nubente, apesar de ser passível de conduzir à anulabilidade do casamento, não afecta a produção dos correspondentes efeitos na ordem jurídica antes de reconhecida judicialmente em acção especificamente intentada para esse fim (artigos 1631º a 1645º do Código Civil).

Investigação de paternidade

1. O Acórdão de 26/01/2021, proferido na revista nº 2151/18.6T8VCT.G1.S1 — 6ª secção cível,

vel, recaiu sobre a problemática da (in)constitucionalidade do prazo estabelecido no artigo 1817º, nº 1, do Código Civil (aplicável por força do disposto no artigo 1873º do Código Civil) para a propositura de acção de investigação de paternidade.

Trata-se de um prazo de caducidade que, no segmento normativo que aqui releva, apenas permite ao investigador propor a acção respectiva nos dez anos posteriores à sua maioridade ou emancipação.

Declarada a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do prazo de dois anos para a propositura da acção (Acórdão do Tribunal Constitucional nº 23/2006), o legislador manteve o claro prósito de manter um prazo de caducidade, alargando-o para dez anos (artigo 1º da Lei nº 14/2009, de 01/04).

No Acórdão do Supremo Tribunal decidiu-se que tal limitação temporal do exercício do direito de acção pelo investigador, pretendo filho do investigado, assente num princípio de proporcionalidade de direitos e interesses conflitantes, não está conforme com os valores emergentes da Constituição, pondo em causa o equilíbrio que aquele normativo pretende instituir ao colocar no mesmo patamar interesses/valores que não podem ser tutelados de igual forma.

Com efeito, entendeu-se que a segurança jurídica do investigado e das suas relações familiares, protegidas com o decurso do prazo de caducidade de qualquer iniciativa do pretendo filho para averiguar a sua identidade biológica, não pode equivar-se ao direito ao conhecimento da paternidade biológica, já consensualmente erigido em direito fundamental constitucionalmente protegido, consubstanciando essa equiparação restrição intolerável do direito do investigador.

Diz-se no Acórdão que só o «princípio de im-

prescritibilidade do direito de cada indivíduo investigar e conhecer as suas origens genéticas, com os efeitos daí decorrentes em termos de estabelecimento de relação de filiação (no caso, de paternidade)» conferiria a tutela necessária que o direito fundamental em causa merece, permitindo alcançar de forma eficaz «a concidência entre o vínculo jurídico e o biológico».

Em consequência, recusou-se a aplicação do normativo inserto no nº 1 do artigo 1817º com fundamento na sua inconstitucionalidade material por violar, de forma desproporcionada, aquele direito, contrariando, entre outros, os artigos 16º, nº 1, 18º, nº 2 e 26º, nº 1, da Constituição.

No Acórdão em causa sustentou-se posição contrária à preponderante no Supremo Tribunal de Justiça e no Tribunal Constitucional, a qual defende a conformidade constitucional da norma ínsita no nº 1 do artigo 1817º e aplica o prazo de caducidade do direito de acção ali previsto, obstando à sua propositura se excedido o limite temporal de dez anos

Esta posição maioritária foi sempre por nós seguida com base no entendimento de que o aludido prazo de caducidade concretizaria a desejável observância do princípio da constitucional da proporcionalidade e garantiria, adequadamente, a salvaguarda dos interesses em confronto (artigo 18º, nº 2, da Constituição).

Hoje, porém, propendemos para aceitar que o valor da segurança jurídica, traduzido na estabilização a longo prazo das relações familiares, sobretudo na sua componente patrimonial, não tem a densidade constitucional do direito à identidade pessoal de que faz parte a sua identidade biológica.

Propendemos a aceitar a razoabilidade da tese que é minoritária e entender que os interesses que se opõem não se situam ao menos nível constitucional. O direito à «verdade da paternidade biológica», no sentido de concidência entre o vínculo jurí-

dico e o biológico, parece-nos colocar-se, ao nível dos direitos fundamentais, num plano mais elevado daquele outro atribuível ao direito à segurança e estabilidade patrimonial e afectiva do investigado e seus familiares.

O futuro se encarregará de fazer luz e trazer mais contributos para esta controversa questão.

2. O Acórdão proferido na revista nº 293/08.5TBVLC.P2.S1 — 6ª secção, tem subjacente a doutrina da inaplicabilidade do nº 1 do artigo 1817º, por materialmente inconstitucional, embora não tenha apreciado concretamente essa questão.

Afirmado na segunda instância, com força de caso julgado, que a acção de investigação de paternidade não está sujeita à compressão temporal do nº 1 do artigo 1817º, estava apenas em causa decidir da possibilidade de cisão dos efeitos do reconhecimento da paternidade e, bem assim, da existência, no caso, do abuso de direito invocado como fundamento da cisão.

Neste particular, reiterou-se no Acórdão tese já pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal, com a qual concordamos, no sentido da impossibilidade da cisão entre os efeitos pessoais e patrimoniais do estabelecimento da filiação na sequência da acção de investigação de paternidade.

A lei não consente qualquer restrição ao estatuto sucessório do filho, que apenas pode ser afastado do elenco dos herdeiros legitimários se ocorrer alguma das causas de indignidade previstas no artigo 2034º do Código Civil.

Por outra banda, extrapolar da redacção do nº 1 do artigo 1817º do Código Civil argumentos que justifiquem aquela cisão não tem o mínimo apoio no espírito nem na letra daquele preceito legal. Uma coisa é o prazo de caducidade da propositura da acção, que se propõe punir a inércia do investigador e conferir segurança jurídica, outra é preten-

der introduzir limitações aos direitos patrimoniais emergentes da filiação judicialmente reconhecida.

Só o instituto do abuso de direito pode impedir o chamamento sucessório do filho reconhecido judicialmente, sendo para tanto necessária prova concreta e inequívoca dos respectivos pressupostos legais, nos termos do artigo 334º do Código Civil.

Alimentos — não retroactividade da sua redução

O Acórdão de 17/06/2021, proferido na revista nº 1601/13.2TBTVD-A.L1.S1 — 2ª secção cível, conheceu da questão de saber a partir de que momento produz efeitos a decisão de alteração de alimentos definitivos fixados por decisão transitada em julgado. Se a partir da data em que é pedida a sua redução ou da data do trânsito da decisão de alteração.

A regra para os alimentos definitivos é a de que são devidos desde a propositura da acção, tal como determina o artigo 2006º do Código Civil, opção legislativa que confere maior protecção ao credor de alimentos. Também o legislador consignou no artigo 2012º do mesmo código que os alimentos fixados, por acordo dos interessados ou por decisão judicial, podem ser reduzidos ou aumentados se houver alteração das circunstâncias que determinaram a sua fixação.

Vem-se entendendo que, por aplicação do comando legal inserto no artigo 2006º, também a decisão que aumenta o valor dos alimentos já fixados retroage à data em que o pedido de alteração foi formulado.

Não é líquida, porém, a aplicabilidade da mesma regra no caso de a alteração se traduzir na redução dos alimentos fixados, solução que se pode apresentar como corolário lógico da regra insita no citado artigo e que implicaria a devolução pelo credor de alimentos do valor correspondente à re-

dução recebido entre o momento do pedido de alteração e o do trânsito da respectiva decisão.

No que concerne aos alimentos provisórios, o problema não se coloca uma vez que o legislador consagrou expressamente no n.º 2 do artigo 2007.º do Código Civil não haver lugar, em caso algum, à restituição dos alimentos provisórios que tiverem sido prestados.

Já quanto aos alimentos definitivos a solução não é pacífica, como o revelam as decisões das instâncias, as quais se pronunciaram em sentido oposto sobre esta problemática.

Tem-se discutido se a regra da insusceptibilidade de restituição de alimentos visou somente os alimentos provisórios já recebidos ou pode também aplicar-se aos alimentos definitivos pagos, cuja redução ou cessação veio a verificar-se ulteriormente.

Segundo Pires de Lima e Antunes Varela (Código Civil Anotado vol. V, Coimbra Editora 1995, pág. 588) o n.º 2 do artigo 2007.º tem natureza excepcional e justifica-se pela natureza provisória da decisão que fixa os alimentos, a qual pode ou não vir a ser confirmada em sede de decisão definitiva sobre os mesmos.

Seguindo este entendimento, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça afastou a sua aplicação analógica ou extensiva ao caso da redução da obrigação alimentícia definitiva e apontou no sentido de se buscar fundamento na natureza e finalidade da obrigação de alimentos para encontrar a resposta à dúvida sobre a retroactividade da redução.

Resulta dos artigos 2003.º a 2005.º do Código Civil que estes se destinam a assegurar o indispensável ao sustento, habitação e vestuário de quem deles carece, devem ser proporcionados aos meios de quem tem o dever de os prestar, ser adequados às necessidades de subsistência do alimentando e ser fixados em prestações pecuniárias mensais.

Os alimentos, a atribuir àquele que não tem condições económicas para se auto-sustentar, revestem escopo assistencial e destinam-se a ser consumidos, dado que visam assegurar uma subsistência com o mínimo de dignidade, pelo que faz todo o sentido a afirmação de *um princípio de não restituição dos alimentos recebidos* defendido por alguma doutrina na interpretação do artigo 2006.º em defesa da tese da não retroactividade.

Foi esta a tese acolhida, e cremos que bem, no Acórdão.

Sumários dos Acórdãos do STJ

Sumários de Acórdãos seleccionados do Supremo Tribunal de Justiça em matéria de Direito da Família relativos ao 1.º Semestre de 2021

A selecção dos acórdãos não tem exclusivamente por base matérias reguladas pelo Livro IV do Código Civil, englobando também matérias com interesse *conexo* como seja a união de facto ou o regime do acompanhamento de maiores.

Janeiro

Acórdão do STJ de 12-01-2021

Processo: Revista n.º 269/09.5TBACN.E1.S1
– 1.ª Secção

Relator: António Magalhães

Jorge Dias

Maria Clara Sottomayor

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a3c2bffb6ab92f6a8025867100556ddb?OpenDocument>

Palavras chave:

Ação de investigação de paternidade

Prazo de propositura da ação

Prazo de caducidade

Ónus da prova

Posse de estado

Falecimento de parte

Contagem de prazos

Filiação biológica

Relações sexuais

Presunção de paternidade

Conhecimento prejudicado

Sumário:

I – Tendo por fundamento a cessação do tratamento como filho, a acção de investigação (ou de reconhecimento da) de paternidade deve ser proposta no prazo de 3 anos a partir da cessação voluntária desse tratamento.

II – Cabe ao réu a prova de que a cessação voluntária do tratamento ocorreu nos 3 anos anteriores à propositura da acção.

III – Se o investigado tiver morrido (sem anterior cessação voluntária do tratamento) o prazo de 3 anos deve ser contado a partir da morte, uma vez que só com a morte do investigador cessa a impossibilidade moral de agir por parte do filho do investigado.

IV – Se o pretenso filho tiver falecido sem intentar a acção, como foi o caso, os descendentes dele (como foi também o caso) podem propô-la no prazo em que aquele o podia fazer, ou seja, no prazo de 3 anos a contar do conhecimento do óbito do pretenso pai.

V – Tendo o pretenso pai falecido em 23-05-2006, os descendentes do pretenso filho, falecido em 16-06-2008, podiam propor a acção de reconhecimento da paternidade até 25-05-2009 (data da propositura da acção), na medida em que o prazo se iniciou em 24-05-2006, nos termos da al. b) do art. 279.º do CC e, terminando em 24-05-2009, num domingo, nos termos da al. e) do mesmo ar-

135

tigo, teve o seu termo transferido para o primeiro dia útil, ou seja, para o dia 25-05-2009.

VI – A posse de estado prevista no art. 1871.º, n.º 1, al. a), do CC prevê a observância de três requisitos: o *nomem*, o *tractatus* e a fama.

VII – Tendo ficado provada a relação biológica, pela procriação directa, resultante de relações sexuais entre a mãe e o pretenso pai, prejudicado fica o conhecimento das presunções da paternidade, previstas no n.º 1 do art. 1871.º do CC, incluindo a da al. a).

Acórdão do STJ de 14-01-2021

Processo: Revista n.º 1142/11.2TBBCL.1.G1.
S1 – 2.ª Secção

Relator João Cura Mariano

Abrantes Geraldês

Tomé Gomes

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/430ea3cdce11f62a80258678007abae5?OpenDocument>

Palavras chave:

União de facto
Trabalho doméstico
Enriquecimento sem causa
Obrigação natural
Cessação

Sumário:

I – A prestação do trabalho doméstico, assim como a prestação de cuidados, acompanhamento e educação dos filhos, exclusivamente ou essencialmente por um dos membros da união de facto, sem contrapartida, resulta num verdadeiro empobrecimento deste, e a correspetiva libertação do outro

membro da união da realização dessas tarefas, um enriquecimento, uma vez que lhe permite beneficiar do resultado da realização dessas atividades, sem custos ou contributos.

II – Verificando-se, nessas situações, um manifesto desequilíbrio na repartição dessas tarefas, não é possível considerar que a realização das mesmas correspondem, respetivamente, a uma obrigação natural e ao cumprimento de um dever.

III – Não se fundando esse enriquecimento numa causa legítima, não há motivos para que esse encargo não seja contabilizado nas contribuições que permitiram ao outro membro adquirir património no decurso da relação de união de facto, tendo cessado a causa que o motivou – a existência da união de facto.

Acórdão do STJ de 14-01-2021

Processo: Revista n.º 5279/17.6T8LSB.L1.S1
– 2.ª Secção

Relatora: Maria da Graça Trigo

Rosa Tching

Catarina Serra

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/1027e577b11eac638025867800428503?OpenDocument>

Palavras chave:

Casamento
Divórcio
Obrigação de alimentos
União de facto
Crédito compensatório
Sentença homologatória
Ação cível
Litigância de má fé

Sumário:

I – Antes da alteração do art. 2019.º do CC pela Lei n.º 23/2010, de 30-08, já se defendia a atribuição de relevância jurídica à situação de união de facto do alimentando, sendo que se podia discutir se tal situação deveria ser equiparada, por analogia, à do novo casamento do alimentando ou se deveria antes relevar como demonstrando a “desnecessidade” do alimentando nos termos do art. 2013.º, n.º 1, al. b), do CC.

II – Assim, o que verdadeiramente importa para a resolução do caso dos autos não é qual o regime formalmente em vigor em cada momento, mas antes apreciar qual a relevância material que o autor atribuiu à situação de união de facto da ré.

III – Tendo ficado provado que: (i) o autor tomou conhecimento dessa situação em Dezembro de 2006; (ii) interpôs acção de alteração da obrigação de alimentos apenas em 2009, na qual invocou a dita união de facto como circunstância que demonstrava que a situação de necessidade da ré se alterara, pedindo a redução (e não a cessação) do montante da pensão de alimentos; (iii) vindo essa acção a terminar mediante acordo entre as partes, homologado por sentença judicial, reduzindo o valor da pensão de alimentos; (iv) é de concluir que o acordo que regula a obrigação de alimentos do autor foi celebrado tendo a situação de união de facto como pressuposto (v) pelo que, não apenas o autor não logrou provar o erro sobre as circunstâncias em que as partes fundaram o acordo de alimentos, como ficou provada a falsidade do facto essencial alegado, consubstanciador de tal erro. Assim sendo, na medida em que as partes estabeleceram uma obrigação negocial de alimentos, forçoso é concluir que tal obrigação não pode ser posta em causa na presente acção, com fundamento na sobredita união de facto, mas apenas e tão só em outras causas supervenientes, legalmente relevantes.

IV – Da factualidade provada resulta, de forma patente, tanto a situação de necessidade da ré como a situação de sustentada possibilidade do autor, concluindo-se pela não verificação da invocada causa geral extintiva da obrigação de alimentos.

V – Com a Reforma de 2008, passou a vigorar um princípio de auto-suficiência de cada um dos ex-cônjuges, em resultado do qual o direito a alimentos será tendencialmente temporário e subsidiário, sendo tal princípio aplicável – de acordo com a regra geral de aplicação da lei no tempo do n.º 2 do art. 12.º do CC – às relações anteriores entre ex-cônjuges, como é o caso dos autos.

VI – Contudo, não pode ignorar-se que a mesma reforma legislativa atenuou, em certas e determinadas situações, a diminuição da tutela do cônjuge economicamente dependente mediante uma significativa alteração do regime do crédito compensatório, consagrado no art. 1676.º, n.º 2, do CC, abandonando a presunção *iuris tantum* de que se presumia a renúncia a exigir a compensação por parte do cônjuge que contribuiu em excesso para os encargos da vida em comum.

VII – O carácter complementar das duas vertentes da Reforma de 2008 – a vertente do regime de alimentos e a vertente do direito ao crédito compensatório – tem vindo justamente a ser assinalado pela doutrina, não cabendo aqui pronunciar-nos sobre a eventualidade de a ré poder pedir ou ter podido pedir essa compensação.

VIII – No caso dos autos, limitando-se o autor a invocar genericamente a violação do princípio da auto-suficiência, sem, como lhe competia, concretizar quaisquer factos que suportem a possibilidade efectiva de a ré se sustentar mediante o seu próprio trabalho, não cabe aqui apreciar tal questão, dispensando-nos de determinar a ampliação da matéria de facto a fim de ser produzida prova so-

bre os factos (eventualmente relevantes) alegados pela ré relativos à sua idade avançada e à debilidade do seu estado de saúde que a impediriam de se auto-sustentar.

VIII – Verificando-se que o autor, actuando dolosamente, alterou a verdade de factos que assumem relevância essencial para a decisão da causa, uma vez que – como resulta da fundamentação da decisão de mérito – se concluiu que a obrigação de alimentos do autor assenta no acordo de vontades entre as partes, homologado por sentença, que reduziu a pensão de alimentos com base, entre outros, precisamente no alegado pressuposto da união de facto da alimentanda, encontra-se preenchida a previsão do art. 542.º, n.º 2, al. b) do CPC.

Acórdão do STJ de 14-01-2021

Processo: Revista n.º 4285/18.5T8MTS.P1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Maria da Graça Trigo (Relatora)
Rosa Tching
Catarina Serra

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8971ab1a7bb49f4a802586780045e2dd?OpenDocument>

Palavras chave:

Processo de acompanhamento de maiores
Interdição
Processo especial
Aplicação da lei no tempo
Constitucionalidade
Extinção da instância
Recurso de revista
Admissibilidade
Legitimidade para recorrer

Sumário:

I – Na interpretação do art. 901.º do CPC deve atender-se a que, estando em causa, nas acções de

acompanhamento de maiores, o direito à capacidade civil, consagrado nos n.ºs 1 e 4 do art. 26.º da CRP, se justifica plenamente a possibilidade de o STJ sindicar as decisões da Relação quanto às quais não se verifica dupla conforme, tal como sucede, em geral, nos demais processos especiais.

II – Assim, e uma vez que a letra do art. 901.º do CPC não o exclui, entende-se que não vigora neste tipo de processos um princípio de irrecorribilidade para o STJ, sendo de concluir que o sentido útil da norma legal será o de regular especificamente a legitimidade para recorrer de decisão relativa a medida de acompanhamento de maior.

III – Não se verifica nulidade por omissão de pronúncia sobre a alegada questão da ilegitimidade de terceiros para apelar; o que pode considerar-se é existir falta de fundamentação dessa decisão da Relação, a qual, porém, foi suprida pelo acórdão da conferência.

IV – Não merece censura a decisão da 1.ª instância que concluiu que os apelantes poderiam ser directa e efectivamente prejudicados pela sentença proferida nestes autos, bem como pelo despacho que a antecedeu, pelo que, nos termos do n.º 2 do art. 631.º do CPC, lhes reconheceu legitimidade para recorrer, não obstante não serem parte na acção. De acordo com decisão do TC proferida a respeito de caso reportado a situação fáctica idêntica à situação subjacente aos presentes autos – acção especial de interdição intentada em data anterior à publicação da lei n.º 49/2018, de 14-08, tendo o exame pericial e a audição do requerido ocorrido já após a entrada em vigor de tal diploma – a aplicação aos processos pendentes do disposto na nova redacção do art. 904.º, n.º 1, do CPC, que prevê a extinção da instância no caso de morte do requerido, por via do art. 26.º, n.º 1 daquela mesma lei, não viola os princípios constitucionais da protecção de confiança e da tutela judicial efectiva.

Acórdão do STJ de 14-01-2021

Processo: Revista n.º 2279/17.0T8GMR.
G1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Ferreira Lopes

Manuel Capelo

Tibério Nunes da Silva

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/42847030a5fd0ed0802586790059f4f6?OpenDocument>

Palavras chave:

Processo de promoção e protecção

Adoção

Interesse superior da criança

Nulidade de acórdão

Omissão de pronúncia

Nulidade processual

Sumário:

I – Com a adopção visa-se realizar o superior interesse da criança (art. 1974.º do CC), que prevalece sobre os interesses dos pais biológicos.

II – O primado da família biológica não é absoluto; os pais só são dignos de cuidarem e educarem os filhos se tiverem capacidade ou reunirem as condições concretas necessárias ao cumprimento dos respectivos deveres para com os filhos.

III – Num quadro em que o pai, não casado nem convivente com a mãe, nunca se interessou pela filha, a mãe apresenta défice intelectual e várias fragilidades a nível da personalidade, como imaturidade, incapacidade de realizar as tarefas básicas e incompreensão das necessidades da criança, e é de concluir que, relativamente ao pai, não existem os *vínculos afectivos próprios da adopção [filiação]* e estão *seriamente comprometidos* em relação à mãe, verificando-se assim os pressupostos do art. 1978.º, n.º 1, do CC.

IV – Se não existe entorno familiar apto a suprir as deficiências da mãe, e a situação de perigo

não pode ser removida pelo apoio económico-social à família biológica, mostra-se adequada a medida de promoção e protecção de confiança da menor a instituição com vista a futura adopção prevista no art. 35.º, n.º 1, al. g), da Lei n.º 147/99, de 01-09.

Acórdão do STJ de 26-01-2021

Processo: Revista n.º 2151/18.6T8VCT.G1.S1 – 6.ª Secção

Relatora: Graça Amaral

Henrique Araújo

Maria Olinda Garcia

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/55dd7fa3d644b10b80258669005196a1?OpenDocument>

Palavras chave:

Investigação de paternidade

Prazo de caducidade

Inconstitucionalidade

Paternidade biológica

Direito à identidade pessoal

Estabelecimento da filiação

Sumário:

I – O direito ao conhecimento da paternidade biológica (direito de conhecer e ver reconhecida a ascendência biológica e a marca genética de cada pessoa), decorrência dos direitos de identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, assume a natureza de direito fundamental.

II – Enquanto direito fundamental impõe que os meios legais se mostrem adequados à sua plena concretização por forma a lograr obter, eficazmente, a coincidência entre o vínculo jurídico e o biológico.

III – A existência de limitação temporal ao exercício deste direito, ainda que assente num princípio de proporcionalidade de direitos/interesses conflituantes, faz desmerecer a sua essência

(direito pessoalíssimo e, por natureza, imprescritível) e põe em causa o equilíbrio que pretende instituir colocando em patamar equivalente interesses/valores (focalizados na segurança jurídica do investigado e das suas relações familiares protegendo a estabilidade da mesma) que, sem poderem ser desprezados, não poderão ser equacionados e tutelados de igual forma.

IV – Qualquer limitação temporal neste âmbito, ainda que se considere de prazo razoável, constitui uma compressão da revelação da verdade biológica, que é o princípio alicerçante do regime da filiação.

V – Consequentemente, a limitação temporal ínsita no n.º 1 do art. 1817.º do CC, viola, de forma desproporcionada, os direitos fundamentais à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade e, nessa medida, mostra-se materialmente inconstitucional (violando, entre outros, dos arts. 16.º, n.º 1, 18.º, n.º 2, e 26.º, n.º 1, da CRP).

Acórdão do STJ de 28-01-2021

Processo: Revista n.º 15189/15.6T8LSB-1.
C1.S1- 2.ª Secção

Relatora: Catarina Serra
Rijo Ferreira
João Cura Mariano

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/612dad1e8fc5a4078025867a0056ff5d?OpenDocument>

Palavras chave:

Processo tutelar
Regulação das responsabilidades parentais
Residência
Estrangeiro
Resolução de diferendo entre progenitores relativo a questões de particular importância
Interesse superior da criança

Sumário:

Quando as responsabilidades parentais relativamente às questões de particular importância para a vida da menor devam ser exercidas em comum por ambos os progenitores e não tenha sido possível alcançar acordo quanto à residência da criança com a mãe no estrangeiro, o tribunal deve decidir com atenção ao superior interesse da criança.

Fevereiro

Acórdão do STJ de 09-02-2021

Processo: Revista n.º 211/20.2T8STC.E1.S1
– 1.ª Secção

Relatora: Maria Clara Sottomayor

Alexandre Reis

Pedro Lima Gonçalves

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/e941884e53c949918025869b007cf7b2?OpenDocument>

Palavras chave:

Adoção
Requisitos
Interpretação da lei
Confiança judicial de menores
Entrega de menor a terceiro
Regulação das responsabilidades parentais
Interesse superior da criança
Revista excecional

Sumário:

I – Para que o direito responda às necessidades da vida e para que o interesse do adotando seja completamente protegido, deve entender-se que a expressão “confiança”, ínsita no art. 1980.º, n.º 3,

do CC, tem um sentido amplo, englobando a confiança da criança a uma terceira pessoa, ao abrigo de uma medida de proteção (por exemplo, apoio junto de outro familiar ou confiança a pessoa idónea), ou, ao abrigo de uma decisão judicial proferida num processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

II – Verifica-se o requisito de adotabilidade – *capacidade da adotanda* – nos casos em que, tendo a confiança administrativa com vista a futura adoção sido decretada depois de a menor atingir mais de 15 anos de idade, se demonstre que a guarda da menor foi confiada, antes de esta completar 15 anos, à requerente da adoção, por acordo entre esta e os pais biológicos, homologado pelo tribunal num processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Acórdão do STJ de 11-02-2021

Processo: Revista n.º 76/15.6T8ALJ.G1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Catarina Serra

Rijo Ferreira

João Cura Mariano

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/e8315f0a38fb7fb0802586b1000032d6?OpenDocument>

Palavras chave:

Maior acompanhado

Remoção

Substituição

Administração

Património

Prestação de contas

Sumário:

I – No âmbito do processo de acompanhamento de maior e dos seus incidentes, designadamente do incidente de remoção e substituição do acompanhante, o tribunal deve decidir tendo como critério determinante a dignidade e o bem-estar do maior (cfr. art. 140.º, n.º 1, do CC).

II – Os aspectos relacionados com a administração dos bens do maior não devem, evidentemente, ser descurados, podendo o tribunal, quando se justifique, determinar que o acompanhante preste contas, nos termos do art. 151.º, n.º 2, do CC.

Acórdão de STJ de 18-02-2021

Processo: Revista n.º 14737/18.4T8SNT-B. L1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Nuno Pinto Oliveira

Ferreira Lopes

Manuel Capelo

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/9034abade979738a802586ba007a909a2?OpenDocument>

Palavras chave:

Processo de promoção e proteção

Procedimentos cautelares

Recurso de revista

Admissibilidade de recurso

Decisão provisória

Ónus de alegação

Oposição de julgado

Sumário:

A decisão cautelar proferida ao abrigo do art. 37.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP) deverá subordinar-se ao regime das decisões proferidas em procedimentos cautelares previstas no art. 370.º, n.º 2, do CPC.

Acórdão do STJ de 18-02-2021

Processo: Revista n.º 1613/17.7T8VRL.
G1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Olindo Gerales
Maria do Rosário Morgado
Oliveira Abreu

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do
novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1e49da8179c76e4f802586b9007ce60e?OpenDocument>

Palavras chave:

Inexistência do casamento
Anulabilidade
Falta de vontade
Certidão
Documento autêntico
Valor probatório
Falsidade
Conservador do Registo Civil
Nulidade de acórdão
Impugnação da matéria de facto
Dever de fundamentação
Omissão de pronúncia

Sumário:

I – No acórdão que, especificando o fundamento da alteração da decisão sobre a matéria de facto, permite perceber a sua motivação, é cumprido o dever legal de fundamentação.

II – A falta de declaração da vontade de qualquer dos nubentes acarreta a inexistência do casamento, enquanto a falta de vontade torna possível a anulabilidade do casamento.

III – Não se demonstrando a falsidade da certidão do assento de casamento, nomeadamente quanto à falta da declaração de vontade do nubente, aquele documento autêntico conserva a sua força probatória plena quanto aos factos referidos

como praticados pelo oficial público, assim como quanto aos factos que nele são atestados com base nas suas percepções, como é o caso da expressão da declaração de vontade do nubente.

IV – Descrita na certidão do assento de casamento a declaração da vontade de celebrar o casamento e dada sua força probatória plena como documento autêntico, não ilidida por falsidade, é de ter como verificada tal declaração da vontade.

V – Não se provando a falta da declaração de vontade do nubente, não há fundamento, por tal motivo, para declarar juridicamente inexistente o casamento.

Acórdão do STJ de 23-02-2021

Processo: Revista n.º 21532/15.0T8PRT.
P2.S1 – 1.ª Secção

Relator: António Magalhães
Jorge Dias
Maria Clara Sottomayor

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/970f23a3e7549057802586b6005925a1?OpenDocument>

Palavras chave:

Ação de reivindicação
Direito de propriedade
Direito a alimentos
Alimentos devidos a filhos maiores
Colisão de direitos
Improcedência

Sumário:

I – Se a ré não perfez os 25 anos de idade até ao encerramento da discussão em 1.ª instância e o tribunal não atendeu na sentença a tal facto, não pode o tribunal da Relação considerar esse facto, para os efeitos do art. 1905.º, n.º 2, do CC e para efeitos da apreciação do abuso do direito suscitado

pela ré, sob pena de conhecer de questão nova não discutida nem decidida pelo tribunal recorrido.

II – Tendo em conta que o autor deixou de satisfazer à ré, em 2015 (em data próxima de Setembro), a pensão de € 260, que, à data da contestação (28-10-2015) a ré se encontrava inscrita no 2.º ano de licenciatura em Bioquímica, que paga de propinas cerca de € 178 por mês, que com transportes para Aveiro despende mensalmente a quantia de € 53,50 na aquisição do passe, que é seguida em consultas de psicologia e psiquiatria, as quais têm o valor de € 85,00 e € 55,00, cada uma, respectivamente, que em medicação despende mensalmente cerca de € 20,00, que vive em economia conjunta com a mãe, sendo que esta auferia uma pensão de invalidez no valor de € 458,75 e tendo, ainda, em consideração que o autor não alegou, na réplica, nem supervenientemente, e, por isso, não provou, como lhe competia, que o processo de educação ou formação profissional da filha já não se justificava, deve concluir-se que o autor mantinha à data da sentença, uma obrigação de alimentos, de fonte legal, que satisfazia na vertente de disponibilização de habitação à filha (art. 1880.º do CC).

III – Mas se é assim, a questão não é, em rigor, de abuso do direito de propriedade, mas de colisão entre o direito de propriedade e o direito a alimentos, a resolver nos termos do art. 335.º do CC.

IV – Uma vez que os direitos são de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior (art. 335.º, n.º 2, do CC), sendo que para a apreciação da prevalência dos direitos em confronto, mais do que a análise abstracta dos interesses ou bens jurídicos tutelados, interessa a análise da situação em concreto.

V – Tendo, especialmente, em consideração que o direito a alimentos da ré visa satisfazer uma necessidade relevante, que é a da habitação, duran-

te a sua formação profissional, que, em caso do não exercício dos direitos colidentes, seria a ré que sofreria o maior dano, que o resultado lesivo de maior probabilidade de verificação seria o seu e que, por sua vez, o autor não alegou qualquer interesse relevante ou que pretendesse realizar qualquer negócio lucrativo com a fracção reivindicada, deve dar-se prevalência ao direito da ré e, nos termos conjugados dos arts. 1311.º, n.º 2, e 335.º do CC, julgar-se improcedente a acção de revindicação da fracção.

Acórdão do STJ de 23-02-2021

Processo: Revista n.º 1752/13.3TMLSb-A.
L1.S1 – 1.ª Secção

Relatora: Fátima Gomes

Acácio das Neves

Fernando Samões

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/36b86942808c2544802586b6003cc66a?OpenDocument>

Palavras chave:

Regulação das responsabilidades parentais

Guarda de menor

Mudança de residência

Estrangeiro

Incumprimento

Condenação em multa

Sumário:

I – A retirada do menor, pelo progenitor guardião, para *Taiwan* – país onde não é possível executar qualquer medida repositora do cumprimento do regime das responsabilidades parentais – numa altura em que detinha, por efeito de decisão de suspensão do regime de regulação das responsabilidades, a exclusividade da totalidade das responsabilidades parentais, embora seja um acto único ou instantâneo e à data não ilícito, é

um acto com efeitos duradouros ou continuados, perdurando no tempo e, face à posterior sentença, que ripristinou o regime de guarda conjunta e de visitas e contactos ao progenitor não guardião, a frustração das visitas e dos contactos (por telefone e meios electrónicos), há mais de três anos, com o progenitor não guardião, constituem uma situação de reiterado e grave incumprimento do regime das responsabilidades parentais fixadas.

II – Deve ser aplicada ao progenitor incumpridor multa em valor proporcional à gravidade, reiteração e intensidade do incumprimento, o que, no caso dos autos, se mostra adequada a quantia correspondente a 15 unidades de conta.

Acórdão do STJ de 23-02-2021

Processo: Revista n.º 2335/06.0TMPRT-D.
P1.S1 – 1.ª Secção

Relator: Fernando Samões

Maria João Vaz Tomé

António Magalhães

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/ad62fdeb0f15610e802586b6004e86e1?OpenDocument>

Palavras chave:

Processo de promoção e protecção
Consulta do processo
Mandatário
Progenitor

Sumário:

I – O carácter reservado do processo de promoção e protecção apenas permite a consulta do processo físico, na secretaria do tribunal onde se encontra, às pessoas e nos termos previstos no art. 88.º da LPCJP.

II – Enquanto norma especial, esta norma não é afastada por outra disposição geral ou comum, nomea-

damente pelo art. 164.º, n.º 2, al. a), do CPC e art.º 27.º, n.º 1, al. a), da Portaria n.º 280/13, de 26-08.

III – Não tem direito à consulta electrónica do processo de promoção e protecção o mandatário/patrono dos pais do menor.

Acórdão do STJ de 23-02-2021

Processo: Revista n.º 3069/19.0T8VNG.
P1.S1 – 1.ª Secção

Relatora: Maria João Vaz Tomé

António Magalhães

Jorge Dias

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/f885fc163b7150e2802586b60057d705?OpenDocument>

Palavras chave:

Ação judicial
Divórcio
Separação de facto
Prazo
Propositura da ação
Princípio da atualidade

Sumário:

I – De acordo com o art. 1781.º, al. a), do CC, a separação de facto por um ano consecutivo constitui causa do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. A separação de facto, nas suas dimensões objetiva e subjetiva, deve durar, em princípio, há um ano consecutivo.

II – Todavia, não pode, nesta sede, descurar-se a alteração do sistema de divórcio que decorre, em último recurso, da metamorfose sofrida pelo próprio conceito de casamento. O princípio da liberdade de escolha dos cônjuges postula que ninguém deve permanecer casado contra sua vontade.

III – Sobre a referência temporal da falta do decurso do prazo de um ano consecutivo de separação de facto ao tempo da propositura da ação prevalece o princípio da atualidade da decisão consagrado no art. 611.º do CPC.

Acórdão do STJ de 25-02-2021

Processo: Revista n.º 1299/16.6T8TMR.
E2.S1 – 2.ª Secção

Relator Tomé Gomes

Maria da Graça Trigo

Rosa Tching

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/788a6209e913765d802586bd004d21ee?OpenDocument>

Palavras chave:

Divórcio litigioso

Fundamentos

Ónus da prova

Cláusula geral

Interpretação da lei

Admissibilidade de recurso

Dupla conforme

Fundamentação essencialmente diferente

Sumário:

I – O fundamento do divórcio litigioso previsto na al. d) do art. 1781.º do CC traduz-se num tipo de cláusula geral, em torno do conceito indeterminado de “rutura definitiva do casamento”, o qual poderá ser preenchido por “quaisquer factos” reveladores dessa rutura.

II – A rutura definitiva do vínculo matrimonial deve ser consubstanciada em factos objetivos que, pela sua gravidade ou reiteração, impliquem, em conformidade com as regras da experiência comum, uma situação consolidada de rompimento da

vida conjugal, sem qualquer propósito de restabelecimento por parte dos cônjuges, independentemente das respetivas culpas, não se bastando com factos banais ou esporádicos nem tão pouco com razões ou sentimentos de índole meramente subjetiva de qualquer dos consortes.

III – Enquanto a demonstração dos casos típicos previstos nas als. a), b) e c) do art. 1781.º do CC faz presumir, *iuris et de iure*, a rutura definitiva do casamento, já o fundamento configurado na respetiva al. d), sob a fórmula de uma cláusula geral objetiva, implica a prova efetiva dessa rutura, independentemente das circunstâncias específicas exigidas naquelas primeiras alíneas, nomeadamente o vetor de duração temporal mínima.

IV – Nessa medida, poderá a demonstração da rutura definitiva do casamento resultar de um núcleo fáctico único ou mais singular, desde que dotado de intensidade suficientemente reveladora de uma situação e intencionalidade que, à luz do consenso social, se mostrem inequívocas no sentido da emergência dessa rutura definitiva.

Março

Acórdão do STJ de 03-03-2021

Processo: Revista n.º 11661/18.4T8PRT.
P1-A.S1 – 7.ª Secção

Relator: Oliveira Abreu

Ilídio Sacarrão Martins

Nuno Pinto Oliveira

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/c423a90f0da07d41802586c4004aea05?OpenDocument>

Palavras chave:

Separação judicial de pessoas e bens
Pressupostos
Caso julgado
Fundamentos
Valor extraprocessual das provas
Matéria de facto
Divórcio sem consentimento
Culpa

Sumário:

I – A separação judicial de pessoas e bens sem consentimento do outro cônjuge, encerra uma das soluções que o direito substantivo civil apresenta para as relações conjugais que estão de tal modo deterioradas que legitimam e admitem o reconhecimento do afrouxamento dos vínculos matrimoniais, daí que os respetivos fundamentos são idênticos aos do divórcio sem consentimento do outro cônjuge, embora com as necessárias adaptações.

II – A Lei n.º 61/2008, de 31-10 eliminou a culpa como fundamento de divórcio e de separação de pessoas e bens sem consentimento de um dos cônjuges, estabelecendo na nossa ordem jurídica o designado modelo de “divórcio e separação de pessoas e bens constatação da ruptura conjugal”, inspirado na conceção de divórcio e separação de pessoas e bens, unilateral e potestativo, em que qualquer um dos cônjuges pode pôr termo ao casamento ou obter o afrouxamento dos vínculos do mesmo resultantes, com fundamento em factualidade que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a rutura definitiva do matrimónio.

III – A separação judicial de pessoas e bens sem consentimento do outro cônjuge é reconhecida não apenas quando se provam as “causas determinadas” pela lei, *verbi gratia*, a separação de facto por um ano consecutivo, onde a demonstração da rutura definitiva do casamento está presumida, mas também nou-

tras situações que não são especificadamente previstas (al. d) do art. 1781.º do CC), mas que, em todo o caso, revelem uma inexistência, de forma definitiva, da comunhão de vida, própria de um casamento.

IV – Os efeitos do caso julgado reportam-se à própria decisão e não aos respetivos fundamentos, sendo que os factos considerados como provados nos fundamentos da sentença não podem considerar-se isoladamente cobertos pela eficácia do caso julgado, para o efeito de extrair deles outras consequências, além das contidas na decisão final.

V – Apesar do princípio da eficácia extraprocessual das provas consagrado no art. 421.º do CPC, a matéria de facto provada numa sentença não tem força de caso julgado noutra sentença intentada contra a mesma parte, na medida em que os fundamentos de facto não adquirem valor de caso julgado quando são autonomizados da respetiva decisão judicial.

Acórdão do STJ de 09-03-2021

Processo: Revista n.º 4519/15.0T8MTS.P2.S1 – 1.ª Secção

Relatora : Maria João Vaz Tomé

António Magalhães

Jorge Dias

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/06af5b2e5a1f096e802586d20039411a?OpenDocument>

Palavras chave:

Processo de jurisdição voluntária
Legalidade
Obrigação de alimentos
Menor
Pressupostos
Princípio da proporcionalidade

Sumário:

I – Num processo de jurisdição voluntária, em virtude da sua especial função de controlar a aplicação do direito substantivo e adjetivo, a intervenção do STJ pressupõe que a decisão recorrida não se haja fundado em critérios de conveniência e oportunidade.

II – O art. 2004.º do CC assume um papel central na disciplina do instituto dos alimentos, precisamente porque estabelece os pressupostos objetivos (encontrando-se o seu pressuposto subjetivo – o vínculo entre alimentante e alimentando – previsto no art. 2009.º, ou no art. 495.º, n.º 3, do CC) da correspondente obrigação.

III – Pode dizer-se que, em geral, a necessidade e os recursos são simultaneamente pressupostos da constituição e da permanência da obrigação de alimentos, de um lado e, de outro, critérios de determinação do respetivo *quantum*.

IV – O princípio da proporcionalidade, além da consideração das necessidades do alimentando, pressupõe uma apreciação comparativa dos rendimentos de ambos os progenitores. Apenas o respeito do princípio da proporcionalidade consente a realização do princípio cardinal da igualdade dos progenitores constitucionalmente consagrado.

V – Não se viola o princípio da proporcionalidade quando se determinam as necessidades da menor com base nas despesas normais de crianças da mesma idade e se considera a situação económica dos progenitores.

Acórdão do STJ de 09-03-2021

Processo: Revista n.º 5900/19.1T8CBR-B.
C1.S1 – 1.ª Secção

Relatora: Maria João Vaz Tomé

António Magalhães

Jorge Dias

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/418e1856d9e9adf2802586d200405b68?OpenDocument>

Palavras chave:

Processo de jurisdição voluntária

Obrigação de alimentos

Acordo

Interpretação

Questão de direito

Sumário:

I – No domínio de um processo de jurisdição voluntária, em virtude da sua especial função de controlar a aplicação do direito substantivo e adjetivo, a intervenção do STJ pressupõe que a decisão recorrida não se haja fundado em critérios de conveniência e oportunidade.

II – O art. 2004.º do CC assume um papel central na disciplina do instituto dos alimentos, precisamente porque estabelece os pressupostos objetivos (encontrando-se o seu pressuposto subjetivo – o vínculo entre alimentante e alimentando – previsto no art. 2009.º, ou no art. 495.º, n.º 3, do CC) da correspondente obrigação. Os elementos constitutivos da *fattispecie* desta norma são a necessidade do alimentando e os meios do alimentante.

III – Pode dizer-se que, em geral, a necessidade e os recursos são simultaneamente pressupostos da constituição e da permanência da obrigação de alimentos, de um lado e, de outro, critérios de determinação do respetivo *quantum*.

IV – Tratando-se, fundamentalmente, da interpretação da declaração negocial vertida numa cláusula do acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais, está em causa uma questão de Direito.

V – De acordo com o art. 236.º, n.º 1, do CC, vale o sentido deduzido por um declaratório normal colocado na posição do real declaratório.

VI – Segundo o art. 2006.º do CC, no caso de a obrigação de alimentos haver sido objeto de acordo dos interessados, os alimentos são devidos a partir do momento da constituição em mora do alimentante.

Acórdão do STJ de 11-03-2021

Processo: Revista n.º 3944/16.4T8BRG.
G1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Rosa Tching
Catarina Serra

Rijo Ferreira

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/754cc3d6338ef9a1802586cb003b2810?OpenDocument>

Palavras chave:

Posse

Contrato-promessa de compra e venda

Tradição da coisa

Usucapião

Proveito comum do casal

Casamento

Bens comuns do casal

Composse

Animus possidendi

Corpus

Inversão do título

Posse precária

Separação judicial de pessoas e bens

Interpretação do negócio jurídico

Admissibilidade de recurso

Recurso de revista

Dupla conforme

Fundamentação essencialmente diferente

Sumário:

I – A qualificação da natureza da posse do promitente comprador que, no âmbito de um contrato-promessa de compra e venda de um bem obtém a tradição deste, não emerge do contrato promessa, que não tem, por regra, eficácia translativa, decorrendo, antes, do acordo negocial de entrega antecipada e da efetiva entrega do bem pelo promitente vendedor tendo em vista a antecipação dos efeitos translativos do contrato definitivo, pelo que, para tanto, impõe-se valorar, caso a caso, os termos e o conteúdo do negócio, as circunstâncias que o rodearam e as vicissitudes que se seguiram à sua celebração.

II – Assim, se dessa ponderação casuística resultar comprovada a intenção do promitente vendedor de transferir, desde logo, para o promitente comprador, a posse da coisa correspondente ao direito de propriedade, designadamente por o promitente comprador já ter pago a totalidade do preço ou por as partes, por razões específicas, não terem o propósito de realizar o contrato definitivo, impõe-se considerar o promitente comprador com tradição do imóvel como sendo um verdadeiro possuidor, o que determina, a seu favor, o início da contagem do prazo necessário para a verificação da usucapião, nos termos dos arts. 1251.º, 1263.º, al. b), e 1287.º, todos do CC.

III – A posse do promitente comprador sobre o bem entregue pelo promitente vendedor, iniciada como precária só é apta a conduzir à usucapião se, supervenientemente, se converter em posse em

nome próprio mediante a inversão do título de posse, prevista no art. 1265.º do CC, que pressupõe que aquele torne diretamente conhecida da pessoa em cujo nome possuía, através da prática de atos positivos, inequívocos e reveladores, a sua intenção de passar a atuar como titular do direito de propriedade.

IV – A posse iniciada na constância do casamento no regime de comunhão geral de bens e exercida por um dos elementos do casal sobre imóveis que, no âmbito de um contrato promessa de compra e venda lhe foram entregues a título definitivo pelo promitente vendedor, considera-se exercida no interesse comum do casal, não fazendo qualquer sentido, no plano jurídico, distinguir os atos de posse levados a cabo por um e outro cônjuge ou diferenciar o *animus* com que cada um deles efetiva esse exercício.

V – Só assim não será, no caso de separação judicial de pessoas e bens, se após ser decretada a separação de bens, for feita prova da inversão do título de posse por parte do cônjuge que exerceu os atos materiais de posse em relação ao outro cônjuge, ou seja, de que levou ao conhecimento deste a sua intenção de atuar como titular exclusivo do direito, caso em que, a partir de então, consideram-se os atos de posse por ele praticados no seu exclusivo interesse.

VI – Não havendo posse exclusiva por parte do elemento do casal que praticou os atos materiais constitutivos do *corpus*, não pode haver usucapião em seu benefício, mas, antes, em benefício do casal, tal como resulta do art. 1291.º do CC, que contendo a doutrina do art. 511.º do CC de 1867, dispõe que *a usucapião por um compossuidor relativamente ao objecto da posse comum aproveita igualmente aos demais compossuidores*.

VII – Assim, tendo essa posse início na constância do casamento em regime de comunhão geral

de bens e antes de decretada a separação de pessoas e bens, a mesma aproveita ao outro cônjuge e determina a aquisição dos bens, por usucapião, para o património comum do casal, ainda que o decurso do prazo da usucapião ocorra num momento posterior à separação de bens decretada e/ou à dissolução do casamento de ambos, de harmonia com o disposto nos arts. 1288.º e 1317.º, al. c), ambos do CC, que consideram como momento da aquisição da propriedade por usucapião o do início da posse.

Acórdão do STJ de 18-03-2021

Processo: Revista n.º 4797/15.5T8BRG-E.
G1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Manuel Capelo

Maria dos Prazeres Beleza

Tibério Nunes da Silva

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7d81edf16fb2ecc5802586cb007c05fa?OpenDocument>

149

Palavras chave:

Processo de jurisdição voluntária
Regulação das responsabilidades parentais
Recurso de revista
Admissibilidade de recurso
Legalidade
Critérios de conveniência e oportunidade

Sumário:

I – Os recursos de decisões proferidas em processo de jurisdição voluntária, têm como limite recursório o tribunal da Relação, sem prejuízo de admissibilidade do recurso para o STJ, verificados que estejam os pressupostos gerais de recorribilidade da decisão do tribunal da Relação, a par de que estejam em causa questões de legalidade estrita.

II – Uma decisão que julga, por inexistência de factos apurados, não poder proceder à altera-

ção da que regulou as responsabilidades parentais não pode ser entendida como passível de recurso de revista porque não viola o sentido legal que deve atribuir-se a factos e circunstâncias supervenientes.

Acórdão do STJ de 18-03-2021

Processo: Revista n.º 5030/15.5T8BRG.
G1.S1 – 7.ª Secção
Relator: Manuel Capelo
Maria dos Prazeres Beleza
Tibério Nunes da Silva

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/366d85cd1899bfdd802586cb007d5aae?OpenDocument>

Palavras chave:

Investigação de paternidade
Caducidade da ação
Inconstitucionalidade
Tribunal Constitucional
Decisão
Caso julgado
Matéria de facto
Poderes do Supremo Tribunal de Justiça

Sumário:

I – Nos termos do disposto no art. 674.º, n.º 3, do CPC, os poderes do STJ no âmbito da matéria de facto resumem-se à verificação da eventual violação das regras de direito probatório material.

II – Se a autora não interpôs recurso da sentença nem o ampliou nas suas contra alegações, para impugnação da matéria de facto nos termos do art. 636.º, n.º 2, do CPC, aquele que foi interposto pela ré, com o acórdão da apelação que julgou esse recurso tem-se por definitivamente julgada a matéria, sem possibilidade de posterior impugnação.

III – Suscitada nos autos a questão da inconstitucionalidade das normas aplicáveis, pronunciando-se o TC no sentido da constitucionalidade, esta

decisão faz caso julgado no processo a que respeita – art. 80.º, n.ºs 1 e 2, da LTC.

Acórdão do STJ de 23-03-2021

Processo: Revista n.º 2652/19.9YRLSB.S1 – 6.ª Secção
Relatora: Graça Amaral
Henrique Araújo
Maria Olinda Garcia

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/6fa02bf0ff9e6574802586a1005a9d74?OpenDocument>

Palavras chave:

Revisão de sentença estrangeira
Requisitos
Ordem pública internacional
Divórcio por mútuo consentimento
Regulação das responsabilidades parentais

Sumário:

I – A revisão de sentença estrangeira ou acto equiparado com vista a operar efeitos jurisdicionais na ordem jurídica nacional tem natureza formal, envolvendo apenas a verificação da regularidade formal ou extrínseca da sentença revidenda, não pressupondo, por isso, a apreciação dos fundamentos de facto e de direito da mesma.

II – O requisito de autenticidade previsto na al. a) do art. 980.º do CPC, enquanto condição de confirmação da sentença estrangeira, traduz-se na necessidade de o tribunal adquirir, documentalmente, a certeza do acto jurídico postulado na decisão revidenda, ainda que não se encontre formalizado em sentença no sentido próprio do termo.

III – A exigência da ausência de dúvidas sobre a autenticidade do documento de que conste a sentença a rever tem de ser entendida nos termos referidos no n.º 2 do art. 365.º do CC, relevando para tal apenas as dúvidas fundadas.

IV – O requisito relativo à inexistência de dúvidas sobre a inteligência da decisão, previsto na 2.^a parte da citada al. a), reporta-se ao conteúdo da decisão, no sentido de que o mesmo deve ser facilmente apreensível pelo órgão jurisdicional português. Atenta a natureza formal do nosso sistema de revisão formal, não cabe analisar, para tal efeito, a coerência lógica entre o segmento decisório e os fundamentos fáctico-jurídicos constantes da decisão revidenda.

V – Os princípios da ordem pública internacional do Estado Português a que se refere a al. f) do art. 980.º do CPC, dizem respeito aos princípios estruturantes da própria ordem jurídica portuguesa reportados aos valores essenciais do Estado português e que, nessa medida, não podem ceder.

VI – Mesmo a entender-se que integraria a ordem pública internacional do Estado Português a regra da unicidade de decisão judicial quanto ao divórcio por mútuo consentimento e quanto à regulação das responsabilidades parentais, o resultado a que se chega, no caso, com confirmação da decisão revidenda (que decretou o divórcio entre as partes onde foi homologado o acordo entre as mesmas que relegaram para acção autónoma o estabelecimento do regime das responsabilidades parentais referente aos filhos menores de ambos) não contém, em si mesmo, qualquer violação afrontosa ou intolerável desse valor pois, quando da confirmação da decisão, o regime de responsabilidades parentais dos menores já há muito se encontrava judicialmente fixado por decisão, embora esta ainda não tenha sido objecto de revisão em Portugal.

Abril

Acórdão do STJ de 06-04-2021

Processo: Revista n.º 5236/17.2T8CBR.

C1.S1 – 1.^a Secção

Relatora : Fátima Gomes

Fernando Samões

Maria João Vaz Tomé

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a80350fef56b6672802586d3003d19a3?OpenDocument>

Palavras chave:

Regime de bens

Casamento

Modificação

Aplicação da lei no espaço

Lei aplicável

Aplicação de lei estrangeira

Regime de comunhão de adquiridos

Princípio da imutabilidade

Norma imperativa

Bens comuns do casal

Bens próprios

Ónus da prova

Revista excecional

Sumário:

I – Para determinar o regime de bens do casamento de nubentes que não têm a mesma nacionalidade, por força do art. 53.º do CC é aplicável a lei da sua residência habitual comum à data do casamento e, se esta faltar também, a lei da primeira residência conjugal.

II – Por força do regime do art. 54.º do CC, o regime de bens aplicável pode ser modificado, se a lei o permitir, nos termos do art. 52.º do CC.

III – Sendo aplicável à modificação do regime de bens o direito português, para serem válidas as alterações, terão de respeitar o que dispõe o art.

1715.º do CC, por força do princípio da imutabilidade do regime de bens.

IV – Um bem adquirido na constância do casamento, submetido à lei estrangeira, e que por equiparação se entende ter sido sob um regime de comunhão de adquiridos, é um bem comum do casal, podendo fazer-se prova de que os fundos utilizados na aquisição eram próprios de um dos cônjuges, para o excluir da categoria de bens comuns.

Acórdão do STJ de 06-04-2021

Processo: Revista n.º 1/18.2T8ALM.L1.S1 – 1.ª Secção

Relator: Jorge Dias

Maria Clara Sottomayor

Alexandre Reis

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

Aguarda publicação na dgsi

Palavras chave:

Casa de morada de família

Pressupostos

Necessidade de casa para habitação

Interpretação da lei

União de facto

Processo de jurisdição voluntária

Admissibilidade de recurso

Recurso de revista

Matéria de direito

Sumário:

I – Na atribuição da casa de morada de família, os critérios essenciais a considerar são as necessidades de cada um dos ex-companheiros (e o interesse dos filhos quando menores, que no caso não há).

II – Na mesma atribuição é avaliada a necessidade de cada um deles, deferindo-se àquele que mais precisar dela e só quando as suas necessidades fo-

rem sensivelmente iguais é que haverá lugar à convocação de outros fatores, tidos por secundários.

III – Em situação de igualdade temos que é critério a ponderar, o facto de a recorrida/requerente ser proprietária – o que foi ponderado e tido em conta pelas instâncias.

Acórdão do STJ de 08-04-2021

Processo: Revista n.º 5577/18.1T8LSB.L2.S1 – 7.ª Secção

Relator: Manuel Capelo

Tibério Nunes da Silva

Maria dos Prazeres Beleza

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/22b16c52b42d6ce0802586d8003983b9?OpenDocument>

Palavras chave:

Administração dos bens dos cônjuges

Bens comuns

Bens próprios

Prestação de contas

Divórcio

Separação judicial de pessoas e bens

Retroatividade

Facto ilícito

Direito à indemnização

Partilha dos bens do casal

Sumário:

I – Nos termos do art. 1681.º, n.º 1, do CC, o cônjuge administrador só tem de prestar contas da administração que realize dos bens comuns ou próprios do outro cônjuge, depois de dissolvido o casamento ou da separação de pessoas e bens.

II – Nascendo a obrigação de prestação de contas a partir do decretamento do divórcio ou da separação judicial de pessoas e bens, a mesma retroage os seus efeitos à data da entrada em juízo do requerimento apresentado nesse mesmo processo,

INSTITUTO JURÍDICO

conforme resulta do disposto no art. 1795.º-A do CC, que remete para o art. 1789.º do CC.

III – A acção de responsabilidade civil por facto ilícito doloso prevista no art. 1681.º n.º 1, parte final, do CC, pode ser intentada a todo o tempo sem as restrições temporais referentes à prestação de contas e a sua propositura não é impedida pela circunstância de a eventual prática dolosa incidir sobre bens comuns que também pertençam à lesante.

IV – Sentindo-se prejudicado, pela gestão intencionalmente danosa do cônjuge administrador, o não administrador, é através dessa acção do art. 1681.º, n.º 1, parte final, do CC que poderá obter a fixação do seu direito à indemnização cujo pagamento será considerado em sede de partilhas nos termos do art. 1689.º do CC.

Acórdão do STJ de 08-04-2021

Processo: Revista n.º 5403/20.1T8LSB-A.
L1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Manuel Capelo

Tibério Nunes da Silva

Maria dos Prazeres Beleza

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0aec9ba2c984b688802586d80039a3e0?OpenDocument>

Palavras chave:

Processo tutelar

Rapto internacional de menores

Direito de guarda de menores

Custódia

Ilícitude

Residência habitual

Sumário:

I – A exigência da ilicitude da deslocação ou retenção de crianças realizadas, na previsão do art. 3.º da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, de 25-10-1980, e o

art. 11.º, n.º 2, do Regulamento CE n.º 2021/2003, impõe a certificação de que o direito de custódia atribuído pelo direito do estado onde a criança tem residência habitual estivesse atribuído e a ser exercido no momento da transferência ou da retenção, ou o devesse estar se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

II – Se a progenitora que tem a custódia/guarda das crianças decide conjuntamente com o progenitor a deslocação para Portugal para aí fixarem residência definitiva não pode considerar-se ilícita a deslocação realizada.

III – Se a progenitora que tem a custódia/guarda das crianças sai da casa onde morava com elas e com o progenitor deixando aquelas entregues a este e regressa à Alemanha, não pode considerar-se como retenção ilícita a permanência das crianças junto do progenitor requerido uma vez que quando a progenitora regressou à Alemanha ela já não tinha a efectiva guarda das filhas por as ter deixado ao cuidado daquele.

Acórdão do STJ de 13-04-2021

Processo: Revista n.º 3931/16.2TBMTS.P1.S1 – 6.ª Secção

Relator José Rainho

Graça Amaral

Henrique Araújo

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f39e9b24ff50d6cb802586b600431c4f2?OpenDocument>

Palavra chave:

Casamento

Regime de comunhão de adquiridos

Bens próprios

Doação

Interpretação da vontade

Acórdão Uniformizador de Jurisprudência

Sumário:

I – Visando a ação o reconhecimento de que certos bens, porque lhe foram doados ou adquiridos com valores doados, são próprios da mulher e não comuns do casal, incorre em nulidade o acórdão que, mesmo que a título subsidiário, equaciona o direito aos bens à luz do enriquecimento sem causa.

II – Tendo corrido procedimento cautelar que foi indeferido e ação em que foi julgado caduco o direito da mulher à anulação de venda feita pelo marido, o assim decidido não vale como autoridade de caso julgado que se imponha na ação onde a mulher pede o que consta do ponto I.

III – O pagamento, satisfeito pela mãe da mulher ao vendedor, do preço da aquisição de um imóvel para morada da filha, marido e filhos, e a transferência de dinheiro a que a mãe da mulher procedeu para uma conta bancária do casal, não são comportamentos que, só por si, levariam uma pessoa normal, colocada na posição do marido, a supor que tais dívidas estavam a ser feitas aos dois membros do casal.

IV – Sendo a mulher filha da doadora e não ocorrendo qualquer razão particular para que a doadora contemplasse pessoalmente o genro, o sentido que uma pessoa normal – de quem se pressupõe que seja razoável, honesta, esclarecida, zelosa, sagaz e experiente – colocada na situação concreta em que se encontrava o marido, deduziria daqueles dois atos da sogra só poderia ser que esta estava a fazer uma doação à filha, embora com natural e amplo proveito e disfrute para a pessoa do genro.

V – No limite, o mais que se poderá dizer é que se está perante um comportamento equívoco ou ambíguo da doadora, sendo a dúvida resolvida no sentido menos gravoso para a disponente, e esse é o que afasta a doadora da contração de qualquer obrigação contratual perante o genro.

VI – Tendo tal liberalidade sido deferida apenas à mulher, que era casada no regime de comunhão de adquiridos, segue-se que os bens respetivos foram integrar o acervo próprio da mulher, e não o acervo comum; e aquilo que foi adquirido à custa da doação conserva a qualidade de bem próprio.

VII – Dentro do critério adotado no Acórdão Uniformizador de Jurisprudência de 02-07-2017 (AUJ n.º 12/2015), é de entender que a circunstância de não constar dos documentos de aquisição ou de documento equivalente, que os valores usados para o efeito eram da mulher, não colide com a conclusão de que aquilo que foi adquirido conserva a qualidade de bens próprios, podendo a prova dessa aquisição ser feita por qualquer meio.

VIII – A perda de benefícios a que alude o art. 1791.º do CC opera *ipso jure*, independentemente, pois, de qualquer declaração de revogação por parte do autor da liberalidade, mas isso não significa que se está perante uma norma imperativa que o tribunal deva fazer valer entre os ex-cônjuges.

IX – A haver litígio sobre a perda de benefícios recebidos de terceiro na pendência do casamento, tal só poderá ser dirimido no confronto do doador, e não em ação em que as partes são apenas os ex-cônjuges.

Acórdão do STJ de 22-04-2021

Processo: Revista n.º 78/19.3YRLSB.S1 – 7.ª Secção

Relator: Tibério Nunes da Silva

Maria dos Prazeres Beleza

Olindo Geraldês

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cbdfaf11274e5d1c802586d800470bea?OpenDocument>

Palavras chave:

Revisão de sentença estrangeira
 Requisitos
 Ônus da prova
 Divórcio litigioso
 Regulação das responsabilidades parentais
 Alimentos devidos a menores
 Recurso de revista
 Impugnação da matéria de facto
 Poderes do Supremo Tribunal de Justiça
 Fotocópia autenticada
 Certidão
 Convenção de Haia
 Aplicação da lei no espaço
 Lei aplicável
 Trânsito em julgado
 Citação edital
 Citação em país estrangeiro
 Princípios de ordem pública portuguesa
 Ordem pública internacional
 Lei estrangeira
 Princípio do contraditório
 Igualdade das partes
 Litispêndência
 Tribunal estrangeiro
 Propositura da ação
 Abuso do direito
 Junção de documento
 Documento superveniente
 Ato inútil
 Litigância de má-fé
 Lapso manifesto
 Nulidade de acórdão
 Omissão de pronúncia

Sumário:

I – Embora a revisão de sentença estrangeira corra, em primeira instância, perante o tribunal da Relação, o recurso que cabe do acórdão (que decida de mérito) é de revista e não de apelação, como sucede com o processo a que se referem os arts. 967.º e ss. do CPC, havendo que retirar daí as devidas consequências quanto aos poderes de alteração

da matéria de facto pelo STJ, circunscritos aos que se prevêem para o julgamento de qualquer revista.

II – A autenticidade do documento de que conste a sentença a rever consente que se trate de uma cópia autenticada da sentença, é aferida pela lei do país onde a sentença foi proferida e exige que tal documento provenha da autoridade competente segundo a lei do Estado de origem.

III – A apostilha é um certificado de que a assinatura e o selo/carimbo aposto num documento público estrangeiro foram emitidos pela entidade competente designada no âmbito da Convenção de Haia de 05-10-1961; não tem de ser aposta no próprio “acto” (documento), podendo sê-lo numa folha ligada a ele; autentica a origem do documento público subjacente, mas não se relaciona com o conteúdo desse documento público, presumindo-se que um documento de natureza pública tenha um conteúdo verdadeiro e correcto.

IV – O juízo de compatibilidade da decisão revidenda com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português deve ser aferido pelo resultado do reconhecimento, o que implica um “exame global”, importando que esse resultado seja, em concreto (caso a caso), “manifestamente incompatível” com aqueles princípios, de modo que sejam postos em causa ou fortemente contrariados “interesses da maior dignidade e transcendência”, “valores muito significativos”, representando “uma intolerável ofensa da harmonia jurídico-material interna ou uma contradição flagrante com os princípios fundamentais que informam a ordem jurídica portuguesa”.

V – Dada a sua importância, a lei impõe que o tribunal da Relação verifique oficiosamente se estão preenchidos os requisitos das als. a) e f) do art. 980.º do CPC. Quanto aos restantes (als. b) a e)), presumindo-se a sua existência, deles está o

requerente dispensado de fazer prova, impendendo sobre o requerido a prova de que não se verificam. Se, pelo exame do processo, ou por conhecimento derivado do exercício das suas funções, o tribunal não apurar a falta deles, não pode ser recusada a confirmação.

VI – O facto de o réu ter sido citado editalmente (uma das formas de citação também previstas no ordenamento português), no âmbito de processo a correr na Suíça, na sequência da tentativa frustrada da sua citação pessoal em território português, não redundará na violação dos princípios do contraditório, da igualdade das partes e da ordem pública internacional do Estado Português.

VII – Embora disponha o art. 580.º, n.º 3, do CPC, que [é] irrelevante a pendência da causa perante jurisdição estrangeira, prosseguindo o processo em tribunal português e improcedendo a excepção de litispendência, tal não impede que venha a ser confirmada sentença estrangeira cuja revisão seja pedida em Portugal, quando o tribunal estrangeiro preveniu a jurisdição, ou seja, quando, perante ele, tenha a acção sido intentada antes da que corre em tribunal português.

O momento em que se considera intentada a acção na qual foi proferida a decisão a rever deve ser determinado de acordo com a lei processual do Estado de origem.

VIII – Embora, no caso previsto no n.º 2 do art. 982.º do CPC (em que se consagra o *privilegio da nacionalidade*), se admita um controlo de mérito, o que implica examinar os factos e o direito aplicável, não pode o tribunal da Relação proceder a um novo julgamento e não pode admitir novos meios de prova sobre a matéria de facto. O controlo de mérito cinge-se à matéria de direito e o tribunal revisor não pode alterar a decisão, só podendo conceder ou negar a confirmação da sentença revidenda.

IX – Na obrigação de alimentos a menores decorrente do divórcio dos progenitores, devem ser consideradas as normas de conflitos resultantes das Convenções (mencionadas no acórdão) que elegem como elemento de conexão relevante a residência habitual do menor (no caso, estamos perante menores que residem na Suíça) e que são aplicáveis em vez das normas de conflito previstas no CC português.

Acórdão do STJ de 29-04-2021

Processo: Revista n.º 3733/20.1T8CBR.
C1.S1 – 2.ª Secção

Relatora : Maria da Graça Trigo

Rosa Tching

Catarina Serra

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/05a6971bbf517538802586d8004b6fc4?OpenDocument>

Palavras chave:

Adoção

Requisitos

Idade

Contagem de prazos

Confiança judicial de menores

Petição inicial

Indeferimento

Indeferimento liminar

Processo de jurisdição voluntária

Sumário:

I – Na interpretação do n.º 3 do art. 1980.º do CC, conjugado com o n.º 2 do mesmo preceito, e tendo em conta que a al. c) do art. 279.º do CC, relativa ao cômputo do tempo, determina que «[o] prazo fixado em semanas, meses ou anos, a contar de certa data, termina às 24 horas do dia que corresponda, dentro da última semana, mês ou ano, a essa data», não oferece dúvidas que a previsão de «idade não superior a 15

anos» do n.º 3 corresponde à previsão de «*menos de 15 anos*» do número anterior.

II – Deste modo, pode concluir-se: (i) que, em regra, a pessoa a ser adoptada deve ter menos de 15 anos à data em que o requerimento de adopção é apresentado, o que significa que o mesmo requerimento deve dar entrada até ao dia em que o adoptando faz 15 anos; (ii) se for filho do cônjuge do adoptante, pode o adoptando ter entre 15 e 18 anos à data da apresentação do requerimento de adopção; (iii) se, antes do dia em que fez 15 anos, foi “confiado” aos adoptantes ou a um deles, pode o adoptando ter entre 15 e 18 anos à data de apresentação do requerimento de adopção.

III – A situação dos autos não se encontra abrangida: nem pela regra do n.º 2 do art. 1980.º do CC, uma vez que, à data do requerimento de adopção, a menor tinha mais de 15 anos; nem pelo regime do n.º 3 do mesmo artigo, uma vez que, antes de fazer 15 anos, a menor não foi confiada aos requerentes, quer a confiança seja entendida em sentido técnico-jurídico, quer seja entendida em sentido amplo, de forma a abranger outras situações jurídicas. Não cabendo sequer equacionar da eventual relevância da entrega fáctica da menor aos cuidados dos requerentes, na medida em que tal entrega ocorreu quando a menor tinha já mais de 15 anos.

IV – Deste modo, devido à ultrapassagem do limite máximo de idade da menor para poder ser adoptada, é manifesta a improcedência do pedido de adopção, pelo que, nos termos do n.º 1 do art. 590.º do CPC, é de confirmar a decisão de indeferimento do requerimento inicial.

Acórdão do STJ de 29-04-2021

Processo: Revista n.º 4661/16.0T8VIS-R.
C1.S1 – 2.ª Secção

Relator: Rijo Ferreira

João Cura Mariano
Fernando Baptista
www.dgsi.pt

Palavras chave:

Processo de jurisdição voluntária
Processo tutelar
Interesse superior da criança
Direito de audição
Menor
Princípio do contraditório
Regulação das responsabilidades parentais
Decisão provisória
Direito de visita
Incumprimento
Princípio da proporcionalidade
Critérios de conveniência e oportunidade
Poderes do Supremo Tribunal de Justiça

Sumário:

I – Enquanto nos processos de jurisdição contenciosa há um conflito de interesses entre as partes que ao tribunal compete dirimir de acordo com os critérios estabelecidos no direito substantivo, nos processos de jurisdição voluntária há, diversamente, um interesse fundamental tutelado pelo direito que ao juiz cumpre regular nos termos mais convenientes e oportunos.

II – Da apontada natureza dos processos de jurisdição voluntária decorre um particular regime processual por modo a que o tribunal avoque a defesa do interesse que a lei lhe confia: simplificação processual, inquisitório, não sujeição a critérios de legalidade estrita (devendo antes adoptar-se em cada caso a solução mais conveniente e oportuna) e a não definitividade das resoluções (que sempre podem ser alteradas em função das circunstâncias).

III – A esse particular regime geral acrescem as especificidades processuais estabelecidas para o processo tutelar cível: o *superior interesse da crian-*

ça como critério decisório primordial, a audição da criança, a conjugação e harmonização de decisões, o respeito pelo contraditório relativamente à informação e provas e a possibilidade de decisões provisórias ou de alterar provisoriamente decisões já adoptadas.

IV – Quer o art. 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança quer o art. 6.º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança estatuem que o tribunal deve, antes de tomar a decisão e na medida da sua capacidade de discernimento, consultar a criança, dando-lhe oportunidade de expressar, livremente e se necessário em privado, o seu ponto de vista sobre os assuntos com ela relacionados, para ser tido em consideração.

V – O art. 5.º do RGPTC consagra duas modalidades de audição da criança: uma, enquanto procedimento para realização do direito de audição (n.ºs 1 a 5); outra, enquanto procedimento de recolha antecipada da prova por declarações da criança (n.ºs 6 e 7).

VI – Consultar a criança, se necessário em privado, significa, desde logo, ouvi-la sem a presença dos pais e dos seus advogados, mas também, e sobretudo se tal for solicitado, que o que foi transmitido ao tribunal não seja retransmitido aos seus pais.

VII – Nos casos de exercício do direito de audição não é invocável o exercício do contraditório dado que o campo de aplicação deste se limita às declarações que são prestadas enquanto meio de prova.

VIII – No processo tutelar cível o *superior interesse da criança* é o critério primordial de decisão.

IX – Trata-se de um conceito indeterminado a preencher de acordo com as circunstâncias de cada caso, e que se concretiza na potenciação da efectividade do exercício dos direitos primordiais da

criança através de uma abordagem abrangente do concreto quadro circunstancial relativamente ao qual tem lugar a intervenção do tribunal. Numa palavra: no confronto das várias posições defendidas ou adoptáveis deve dar-se preferência e prevalência àquela que melhor garanta o exercício dos direitos da criança, mostrando-se a mais conveniente e oportuna para o efeito.

X – Esse critério primordial implica a necessidade de conjugação e harmonização das decisões, resultando do quadro legal estabelecidos a atribuição ao juiz de um amplo poder de, para cabal promoção do *superior interesse da criança*, ao longo do desenrolar do processo e seus incidentes, em qualquer momento e em qualquer procedimento, decretar decisões provisórias, quer inovatórias quer modificativas de regimes já decididos, que conforme as concretas circunstâncias do caso se forem mostrando convenientes e oportunas.

XI – Estando incluídos nesses poderes o de, constatando no decurso do incidente de incumprimento que os termos da execução do regime de visitas fixado estavam a interferir no bem-estar das crianças e para obviar a essa interferência, nesse mesmo incidente alterar provisoriamente o regime de visitas já estabelecido no processo principal.

XII – Os poderes do STJ relativamente às decisões proferidas em processos de jurisdição voluntária estão limitados, pelo n.º 2 do art. 988.º do CPC, ao controlo de legalidade estrita – no caso saber se é admissível alterar provisoriamente o regime fixado em incidente de incumprimento e se a decisão proferida respeita o critério decisório legalmente estabelecido –, estando deles excluída a apreciação do seu conteúdo dessas decisões no que concerne à utilização de critérios de conveniência ou oportunidade.

Maio

Acórdão do STJ de 04-05-2021

Processo: Revista n.º 3777/18.3T8FNC.L1.S1 – 1.ª Secção

Relator: Jorge Dias

Maria Clara Sottomayor

Alexandre Reis

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

Aguarda publicação na dgsi

Palavras chave:

Direito a alimentos

Divórcio

Ex-cônjuge

Obrigação de alimentos

Nulidade de acórdão

Erro de julgamento

Matéria de facto

Princípio da proporcionalidade

Sumário:

I – O erro de julgamento não se traduz em excesso ou omissão de pronúncia, ambiguidades ou contradições, que impliquem a nulidade do acórdão, mas pode ser tomado em consideração em sede de apreciação de mérito.

II – Como escreveu o Prof. A. Reis, in *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. V, Coimbra Editora, 1981, pp. 144-146, “Uma coisa é tomar em consideração determinado facto, outra conhecer de questão de facto de que não podia tomar conhecimento; o facto material é um elemento para a solução da questão, mas não é a própria questão”.

III – Depois do divórcio, cada cônjuge deve prover à sua subsistência, conforme art. 2016.º, n.º 1, do CC, mas caso haja um ex-cônjuge necessita-

do de alimentos a eles tem direito e, ao outro ex-cônjuge assiste o dever de os prestar, ponderadas as possibilidades nos termos gerais regulados nos arts. 2003.º a 2014.º do CC, com as especificidades relativas ao montante previstas no art. 2016.º-A, aditado pela Lei n.º 61/2008, de 31-10.

IV – O art. 2009.º do CC estabelece a ordem de preferência dos vinculados à prestação de alimentos, sendo que, em primeira linha, estão obrigados o cônjuge ou ex-cônjuge e, só na falta ou impossibilidade deste, se seguem os descendentes. Assim que, não faz qualquer sentido a alegação do recorrente de que parte das necessidades económicas da requerente estão a ser satisfeitas pelo filho do casal, convivente com a requerente.

V – Na prestação de alimentos a ex-cônjuge deve ser tomado em conta o facto de a requerente sempre ter cuidado casa e dos dois filhos, desde meados da década de 1980 e, sempre ter ajudado o requerido em tudo o que este lhe pedia, sem nunca ter sido remunerada por tais préstimos. Trata-se de colaboração prestada e contributiva para a economia do casal.

VI – Na atribuição de pensão de alimentos, quem a requer deve fazer prova que dela carece para fazer face às exigências de uma vivência no dia a dia com a dignidade socialmente aceitável.

Acórdão do STJ de 04-05-2021

Processo: Revista n.º 7603/20.5T8PRT-C. P1.S1 – 1.ª Secção

Relator: Pedro Lima Gonçalves

Fátima Gomes

Fernando Samões

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/9b22e3810444b3cd802586d300322a50?OpenDocument>

Palavras chave:

Rapto internacional de menores
Direito internacional
Processo tutelar
Audição do beneficiário
Interesse superior da criança
Recurso de revista
Admissibilidade de recurso
Critérios de conveniência e oportunidade
Legalidade
Recusa

Sumário:

Nos termos do art. 13.º da Convenção sobre Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (Convenção de Haia, de 25-10-1980), que determina que a autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o regresso da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já uma idade e um grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto, tendo o tribunal recorrido decidido pelo não regresso com base em juízos de conveniência e oportunidade, não se coloca uma questão de legalidade estrita que possa ser conhecida pelo STJ, por força do art. 988.º, n.º 2, do CPC.

Acórdão do STJ de 06-05-2021

Processo: Revista n.º 4905/19.7T8MTS.P1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Manuel Capelo

Tibério Nunes da Silva

Maria dos Prazeres Beleza

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f7ce16a7b47953b0802586d80055fbf6?OpenDocument>

Palavras chave:

Ação judicial
Divórcio sem consentimento
Acordo
Homologação
Alimentos
Casa de morada de família
Decisão provisória

Sumário:

I – O processo de divórcio sem consentimento, se depois de proposta a acção os cônjuges acordarem em se divorciar, esse acordo determina que, para ser decretado divórcio não tenha de ter lugar qualquer audiência para apreciar das eventuais razões apresentadas pelo cônjuge autor, bastando a homologação por sentença desse acordo de dissolução do casamento.

II – Os cônjuges, quer no divórcio por mútuo consentimento, quer no divórcio sem consentimento, podem estabelecer os acordos a que alude o art. 1755.º, n.º 1, do CC, os quais, nos termos do n.º 2 deste preceito, serão entendidos como destinados a vigorar mesmo para além do trânsito em julgado da decisão que decretar o divórcio, se deles não resultar o contrário.

III – Na acção de divórcio por mútuo consentimento – em que não tenham sido estabelecidos os acordos a que refere o art. 1755.º, n.º 1, do CC, ou em que tais acordos tenham sido considerados inaptos por não acautelarem os interesses dos cônjuges ou dos filhos – e na acção de divórcio sem consentimento em que os cônjuges tenham acordado quanto ao propósito de se divorciar, o tribunal pode nos termos do art. 931.º, n.º 7, do CPC, por iniciativa sua ou a requerimento do cônjuge, fixar alimentos e atribuir a utilização da casa de família, decisões que vigorarão apenas na pendência da acção e até ao trânsito em julgado da sentença que decreta o divórcio.

IV – Para serem fixados alimentos ao cônjuge e a utilização da casa de família que se destinem a vigorar para lá do trânsito em julgado da sentença que decreta o divórcio, têm de ser instauradas, respectivamente, acção comum e acção de jurisdição voluntária nos termos do art. 990.º do CPC.

V – Se em processo de divórcio sem consentimento em que os cônjuges estabeleceram acordo sobre o propósito de se divorciarem, o tribunal julgou improcedentes os pedidos do cônjuge no sentido de lhe serem fixados alimentos e atribuída a casa de família, em virtude de para lá do pedido aquela nada ter alegado para fundamentar a sua pretensão, depois de julgar esses pedidos improcedentes o juiz pode decretar o divórcio homologando aquele acordo.

VI – O poder o juiz ordenar realizar de diligências nos termos do art. 931.º, n.º 7, do CPC e 1778.º-A, n.º 4, do CC, resulta de ser da sua iniciativa fixar um regime provisório quanto a alimentos, à regulação das responsabilidades parentais ou quanto à utilização da casa de família, pois, se não o fez oficiosamente, cabe em regra a quem requeira essa fixação o ónus de alegar os factos e a apresentar prova.

VII – Não tem fundamento legal pretender-se que, sem a requerente ter alegado quaisquer factos e apresentado qualquer prova e sem o juiz ter entendido como necessário fazê-lo por sua iniciativa, mesmo assim fosse designada audiência uma vez que esta só tem lugar quando haja que realizar produção de prova.

Acórdão do STJ de 06-05-2021

Processo: Revista n.º 1097/16.7T8FAR.E2.S1 – 7.ª Secção

Oliveira Abreu (Relator)

Ilídio Sacarrão Martins

Nuno Pinto Oliveira

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ed98e20592c7ceac802586d8005480cd?OpenDocument>

Palavras chave:

Recurso de revista

Dupla conforme

Fundamentação essencialmente diferente

Investigação de paternidade

Filiação biológica

Prazo de caducidade

Posse de estado

Abuso do direito

Supressio

Surrectio

Sumário:

I – Para que a dupla conforme deixe de atuar como obstáculo à revista, torna-se necessário, uma vez verificada a decisão confirmatória da sentença apelada, sem voto de vencido, a aquiescência, pela Relação, do enquadramento jurídico suportado numa solução jurídica inovatória, que aporte preceitos, interpretações normativas ou institutos jurídicos diversos e autónomos daqueles outros enunciados na sentença proferida em 1.ª instância.

II – Conquanto se possa questionar a defesa que o direito ao vínculo da filiação encerra um direito tendencialmente absoluto e que não devia encontrar-se sujeito a prazo de caducidade, donde, como primado filosófico, não poderíamos partilhar da visão que estamos confrontados com direitos dispo-

níveis, sempre se poderá reconhecer que decorre da lei substantiva orientação bastante para se poder afirmar que em casos de demonstração da figura de posse de estado, os apurados requisitos mínimos da existência de um relacionamento interpessoal entre o pretenso pai e a filha encerra, em todo o caso, viabilidade para ampliar o prazo para a propositura da ação de estabelecimento da filiação, sustentada na relação biológica, paralisando assim a eficácia da exceção de caducidade – art. 1817.º, n.ºs 1 e 3, al. b), por remissão do art. 1873.º, ambos do CC.

III – Ao resultar que o concedido exercício do direito ao vínculo de filiação, encerra um enquadramento jurídico sustentado na relação biológica, outrossim, na posse de estado, a par de que a ação foi proposta após a morte do progenitor e dentro dos três anos seguintes ao momento em que cessou o tratamento como filho pelo pretenso pai, decorre da reconhecida posse de estado facto dirimente da caducidade do direito ao vínculo de filiação, impõe-se o reconhecimento da reclamada paternidade.

IV – Mesmo assumindo que o estabelecimento do prazo de caducidade previsto no art. 1817.º do CC não viola qualquer preceito constitucional, não distinguimos qualquer exercício abusivo do direito (nomeadamente, na modalidade de *supressio* e/ou *surrectio*, enquanto figuras baseadas nos mesmos fenómenos – decurso do tempo, boa-fé e tutela da confiança – na medida em que no primeiro caso, o decurso de um longo período de tempo sem o exercício de um direito faz com que o seu titular perca a faculdade do seu exercício, ao passo que no segundo caso, a manutenção de uma situação durante um longo período de tempo faz surgir numa pessoa uma faculdade jurídica que de outro modo não teria), quando demonstrado que a ação foi proposta após a morte do progenitor e dentro dos três anos seguintes ao momento em que cessou o tratamento como filho, investigante, pelo pretenso pai.

Acórdão do STJ de 10-05-2021

Revista n.º 8893/08.7TBCSC-C.L1.S1 – 6.ª Secção

Relatora: Maria Olinda Garcia

Ricardo Costa

A. Barateiro Martins

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

Aguarda publicação na dgsi

Palavras chave:

Alimentos devidos a filhos maiores

Processo de jurisdição voluntária

Admissibilidade de recurso

Recurso de revista

Inadmissibilidade

Revista excecional

Critérios de conveniência e oportunidade

Sumário:

Não é admissível recurso de revista, nos termos do art. 988.º, n.º 2, do CPC, da decisão que negou a pretensão da filha maior de idade a receber alimentos do seu pai, com base nas concretas necessidades e possibilidades económicas de requerente e requerido.

Acórdão do STJ de 13-05-2021

Processo: Revista n.º 2481/17.4T8BRR.L1.S1 – 2.ª Secção

Relator: Vieira e Cunha

Abrantes Geraldês

Tomé Gomes

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/8490d9b6292aa5c4802586d8005906a3?OpenDocument>

Palavras chave:

Processo de promoção e proteção
 Medida de confiança com vista à futura adoção
 Requisitos
 Interesse superior da criança
 Culpa
 Progenitor
 Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
 Interpretação da lei
 Direito de audição
 Menor
 Admissibilidade de recurso
 Recurso de revista
 Critérios de conveniência e oportunidade
 Poderes do Supremo Tribunal de Justiça

Sumário:

I – No âmbito dos processos especiais de promoção e protecção, a intervenção do STJ limita-se à apreciação das decisões tomadas de acordo com a legalidade estrita, pelo que pode verificar o respeito pelos pressupostos, processuais e substantivos, do poder de escolher a medida mais conveniente aos interesses a tutelar, bem como o respeito do fim com que tais poderes foram atribuídos, mas não a conveniência ou a oportunidade da escolha.

II – A norma do art. 1978.º, n.º 1, al. d), do CC (*ex vi* art. 38.º-A da LPCJP) não exige uma verificação de culpa, de vontade consciente ou de imprevisão censurável, por parte dos progenitores, mas antes uma simples situação de impreparação, de falta de aptidão, de inexistência de possibilidade de simbolizar conscientemente a necessidade de criação de vínculos cuidadores.

III – Ainda que se considere que o “comprometimento sério dos vínculos afectivos próprios da filiação”, referido no corpo do art. 1978.º, n.º 1, do CC, é o verdadeiro requisito da confiança com vista a futura adopção, apenas indiciado ou presumido pelas previsões das diversas alíneas citadas do nor-

mativo, tais vínculos afectivos não se constituem como uma abstracção, isto é, não constituem vínculos de pertença *tout court*, mas de cuidado e responsabilização, com recíproca identificação, vínculos esses que podem nascer fora do sangue ou da família natural ou biológica – sendo todavia necessário que uma recíproca vinculação subjectiva nasça e se torne para todos consciente.

IV – Se à data do acordo inicial de acolhimento, os 5 menores estavam em situação de perigo, sem condições dignas de habitação (partilhando com diversos adultos todos os seus espaços), não integrados em estabelecimento de infância, as principais refeições tomadas na cantina social, apresentavam problemas notórios de higiene e atraso no desenvolvimento e na linguagem, o progenitor estava alheado dos filhos e do seu cuidado, e se, passados mais de 3 anos de acolhimento residencial, a situação profissional, habitacional e familiar do agregado parental não tinha registado quaisquer progressos, continuando os progenitores a pugnar pela institucionalização dos menores, pode dizer-se que “os pais, por acção ou omissão, puseram em perigo grave a segurança, a saúde, a formação, a educação e o desenvolvimento dos menores” – art. 1978.º, n.º 1, al. d), do CC.

V – Dos normativos dos arts. 10.º, n.º 2, e 84.º, n.ºs 1 e 2, da LPCJP, não emerge uma regra imperativa que abarque a audição de menores de idade inferior 12 anos – a necessidade da sua audição deve ser casuisticamente apreciada em face de considerações relativas à sua maturidade, com ponderação ainda de outras circunstâncias do caso e do superior interesse da criança.

VI – Se os menores se encontram institucionalizados há mais de 3 anos (perto de 4 anos), inexistindo alternativa à institucionalização, mostra-se sobre o mais premente que se encontre uma solução que defina o seu futuro e evite o prolongamen-

to da situação de acolhimento institucional, a qual passa pela confiança dos menores com vista à sua futura (e eventual) adoção.

Acórdão do STJ de 20-05-2021

Processo: Revista n.º 1765/16.3T8BRG-K.S1 – 7.ª Secção

Relatora: Maria do Rosário Morgado
Oliveira Abreu

Ilídio Sacarrão Martins
(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/5afa42c9e581ae9f802586e0004c4f88?OpenDocument>

Palavras chave:

Processo de jurisdição voluntária
Critérios de conveniência e oportunidade
Casa de morada de família
Recurso de revista
Admissibilidade de recurso
Recurso per saltum
Arguição de nulidades
Nulidade de acórdão
Oposição entre os fundamentos e a decisão
Excesso de pronúncia

Sumário:

I – Nos termos previstos no art. 988.º, n.º 2, do CPC, o STJ não pode, nos recursos interpostos em processos de jurisdição voluntária, apreciar medidas tomadas segundo critérios de conveniência e oportunidade, ao abrigo do disposto no art. 987.º do mesmo Código.

II – Todavia, esta limitação não implica a total exclusão da intervenção do STJ nestes recursos: apenas a confina à apreciação das decisões recorridas enquanto aplicam a lei estrita.

III – A arguição de nulidades destina-se a sanar vícios de ordem formal, não podendo servir para as partes manifestarem discordâncias e pugnarem pela alteração do sentido decisório a seu favor.

IV – A nulidade prevista na al. c) do n.º 1 do art. 615.º do CPC sanciona o vício de contradição formal entre os fundamentos de facto ou de direito e o segmento decisório da sentença, só se verificando quando das premissas de facto e de direito se extrair uma consequência oposta à que logicamente se deveria ter extraído.

V – A nulidade por excesso de pronúncia, prevista na al. d) do n.º 1 do art. 615.º do CPC, representando a sanção legal para a violação do estatuído no n.º 2 do art. 608.º do CPC, apenas ocorre quando o juiz conheça de questões que não faziam parte do objeto do recurso.

VI – Ao abrigo das disposições conjugadas dos arts. 1793.º do CC e 988.º, n.º 1, do CPC, a alteração da atribuição da casa de morada de família pode ter lugar quando:

a) Ocorra uma alteração substancial no conjunto de circunstâncias ou de representações consideradas ao tempo da adoção das medidas;

b) A alteração evidencie sinais de permanência que permitam considerá-la, em princípio, como definitiva;

c) A alteração afete as circunstâncias que foram tidas em conta pelas partes ou pelo juiz na adoção das medidas e que influíram essencial e decisivamente na sua determinação.

Acórdão do STJ de 27-05-2021

Processo: Revista n.º 2389/15.8T8PRT-D.

P1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Catarina Serra

Rijo Ferreira

João Cura Mariano

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d6c36cc58a545476802586e6003a73c7?OpenDocument>

Palavras chaves:

Processo de promoção e proteção

Medida de confiança com vista à futura adoção

Inibição do poder paternal

Interesse superior da criança

Princípio da necessidade

Princípio da adequação

Filiação

Processo de jurisdição voluntária

Critérios de conveniência e oportunidade

Legalidade

Revista excecional

Sumário:

I – Por ideal que seja a prevalência da família [cfr. art. 4.º, al. h), da LPCJP], o essencial é sempre o interesse superior da criança ou do jovem [cfr. art. 4.º, al. a), da LPCJP], devendo a medida a aplicar ser a necessária e a adequada a salvaguardar a criança ou o jovem do perigo em que se encontra no momento da aplicação da medida [cfr. art. 4.º, al. e), da LPCJP].

II – Para se aferir da existência ou do não comprometimento sério dos “vínculos afectivos próprios da filiação” para os efeitos do n.º 1 do art. 1978.º do CC não basta ver se existe uma ligação afectiva entre o(s) progenitor(es) e a criança; é preciso ver se ela se concretiza em gestos, actos ou atitudes que revelem que o(s) progenitor(es)

têm(tem) não só a preocupação, como também a aptidão para assumir plenamente o papel que, por natureza, lhes cabe – o papel de pai(s) da criança.

III – Sempre que os factos demonstrem, seja o desinteresse, seja a falta de capacidade do(s) progenitor(es) para assumir(em) plenamente este papel de pais da criança, é de concluir que não existem ou estão seriamente comprometidos, para os efeitos da norma do art. 1978.º do CC, os “vínculos afectivos próprios da filiação”.

Junho**Acórdão do STJ de 02-06-2021**

Processo: Revista n.º 12/17.5T8MNC-N.

G1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Oliveira Abreu

Ilídio Sacarrão Martins

Nuno Pinto Oliveira

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c17060158293c331802586ed0036752a?OpenDocument>

Palavras chave:

Alimentos devidos a filhos maiores

Processo de jurisdição voluntária

Admissibilidade de recurso

Recurso de revista

Critérios de conveniência e oportunidade

Competência do Supremo Tribunal de Justiça

Equidade

Matéria de facto

Dupla conforme

Arguição de nulidades

Nulidade de acórdão

Revista excecional

Rejeição de recurso

Reclamação para a conferência

Sumário:

I – Os recursos de decisões proferidas em processo de jurisdição voluntária, têm como limite recursório o tribunal da Relação, sem prejuízo de admissibilidade do recurso para o STJ, verificados que estejam os pressupostos gerais de recorribilidade da decisão do tribunal da Relação, a par de que estejam em causa questões de legalidade estrita.

II – O STJ, enquanto tribunal vocacionado para salvaguardar a aplicação da lei, substantiva ou adjetiva, está impedido de, nos recursos interpostos em processos de jurisdição voluntária, conhecer das medidas tomadas de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, pelo que, haverá que ajuizar sobre o cabimento e âmbito do recurso de revista das decisões proferidas nos processos de jurisdição voluntária, de forma casuística, em função dos respetivos fundamentos de impugnação, e não com base na mera qualificação abstrata de resolução, tomada segundo critérios de conveniência ou de oportunidade.

III – Quando o acórdão recorrido exigiu e está suportado na ponderação dos factos que constituem elementos do próprio processo, a par de que a recorrente somente questiona a ponderação levada a cabo pelo tribunal *a quo*, sopesando a facticidade, torna-se claro que a decisão que decretou a medida (cessação da obrigação alimentar a favor da jovem, filha maior do requerente e da requerida) encerra uma questão sustentada em critérios de conveniência e oportunidade, suportada num juízo de equidade, a qual visa alcançar a justiça do caso concreto, flexível, humana, independente de critérios normativos.

IV – Importa distinguir consoante a nulidade apontada ao acórdão recorrido ocorra quando não se verifica a dupla conforme (caso em que nada obsta a que o objeto do recurso seja até unicamente preenchido pela arguição de nulidades) dos casos em que ocorre dupla conforme, onde, nesta última

situação, o conhecimento das nulidades pelo STJ fica dependente da admissibilidade da revista.

V – A revista excecional está sujeita a formalidades próprias, daí que, para além de ter de satisfazer um dos pressupostos previstos no art. 672.º, n.º 1, do CPC, só é possível desde que a revista, em termos gerais, seja admissível, mas não permitida por efeito da conformidade de julgados.

Acórdão do STJ de 09-06-2021

Processo: Revista n.º 1677/20.6T8PTM-A.
E1.S1 – 6.ª Secção

Relatora: Maria Olinda Garcia

Ricardo Costa

A. Barateiro Martins

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

Aguarda publicação na dgsi

Palavras chave:

Rapto internacional de menores

Direito internacional

Interesse superior da criança

Direito de defesa

Direitos fundamentais

Advogado

Patrocínio judiciário

Processo tutelar

Processo urgente

Anulação de acórdão

Ampliação da matéria de facto

Baixa do processo ao tribunal recorrido

Sumário:

I – A aplicação das hipóteses previstas nas als. a) e b) do art. 13.º da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças não pressupõe necessariamente que a criança tenha sido deslocada do Estado de residência habitual há mais de um ano.

II – A recorrente (mãe da criança de 3 anos, que trouxe do Reino Unido para Portugal, sem oposição do pai, mas sem autorização das entidades tutelares britânicas) foi notificada, de modo urgente, para comparecer em tribunal, sem que a sua advogada (com procuração nos autos principais) tivesse sido notificada. Ouvida em tribunal, foi de imediato proferida sentença que determinou o regresso da criança ao Reino Unido. Sozinha em tribunal, não teve oportunidade de contrariar o alegado na petição que sustentava o pedido de regresso da criança.

III – A eficácia e a operatividade normativa dos instrumentos jurídicos internacionais não se podem sobrepor, a todo e qualquer custo, aos direitos de defesa e à consideração do superior interesse da criança, porquanto tal interesse tem acolhimento direto entre os valores estruturantes da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, encontrando-se também expressamente formulado no art. 3.º da Convenção Sobre os Direitos da Criança.

Acórdão do STJ de 17-06-2021

Processo: Revista n.º 286/20.4T8VCD.P1.S1 – 2.ª Secção

Relator: João Cura Mariano
Fernando Baptista
Vieira e Cunha

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/8be54b10c980cf9e802586fd0052b673?OpenDocument>

Palavras chave:

Competência material
Aquisição da nacionalidade
União de facto
Reconhecimento
Tribunal de Família e Menores
Juízo cível
Admissibilidade de recurso

Sumário:

Face à atribuição específica de competência constante do art. 3.º, n.º 3, da Lei da Nacionalidade, os tribunais de família e menores não são competentes para julgar ações de reconhecimento judicial da situação de união de facto, com vista à obtenção da nacionalidade portuguesa.

Acórdão do STJ de 17-06-2021

Processo: Revista n.º 1601/13.2TBTVD-A.
L1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Maria da Graça Trigo
Rosa Tching
Catarina Serra

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/778b1967a3277a37802586fd0053381b?OpenDocument>

Palavras chave:

Alimentos devidos a filhos maiores
Direito a alimentos
Redução
Retroatividade
Interpretação da lei
Processo de jurisdição voluntária
Critérios de conveniência e oportunidade
Legalidade
Valor da causa
Sucumbência
Admissibilidade de recurso
Recurso de revista
Nulidade de acórdão
Omissão de pronúncia
Contradição

Sumário:

I – Nos processos de jurisdição voluntária, das resoluções proferidas segundo critérios de conveniência e de oportunidade não cabe recurso para o STJ (art. 988.º, n.º 2, CPC). Contudo, e de acordo com a jurisprudência consolidada do STJ, o recur-

so de revista é admissível, circunscrito, porém, à apreciação das questões que incidem sobre critérios de legalidade.

II – Considerando que a acção de alteração ou de cessação dos alimentos judicialmente fixados assume a natureza de uma acção constitutiva, conforme o caso, modificativa ou extintiva (art. 10.º, n.º 3, al. c), do CPC), na falta de disposição em contrário, a respectiva sentença só produzirá efeitos *ex nunc*.

III – No caminho percorrido pela jurisprudência na delimitação do âmbito de aplicação do art. 2006.º do CC, constata-se que: (i) a atribuição de eficácia retroactiva às decisões que reconhecem *ex novo* o direito a alimentos constituiu uma opção legislativa no sentido mais favorável à tutela do credor de alimentos; (ii) a interpretação do art. 2006.º no sentido de a atribuição de eficácia retroactiva abranger as decisões judiciais que alteram o valor da prestação de alimentos, aumentando-o, teve o mesmo intuito de protecção do credor de alimentos, sem considerar, porém, a relevante diferença resultante do facto de, nestes casos e diversamente das situações contempladas em (i), existir uma decisão judicial anterior; (iii) a interpretação do art. 2006.º no sentido de a atribuição de eficácia retroactiva abranger também as decisões judiciais que alteram o valor da prestação de alimentos, reduzindo-o, apresenta-se tão somente como um corolário lógico da orientação enunciada em (ii); corolário lógico, porém, que veio criar o problema novo de saber qual o tratamento jurídico a dar aos alimentos recebidos após a propositura da acção, cuja resolução poderá comprometer o objectivo de protecção do credor de alimentos.

IV – A aplicação do regime do art. 2006.º do CC às decisões, como a proferida pelo tribunal *a quo*, que reduzem o valor dos alimentos, apenas será admissível se for compatível com a natureza e finalidade próprias da obrigação de alimentos.

V – Dada a natureza assistencial da obrigação de alimentos, com a inerente finalidade de “proporcionar ao alimentando a possibilidade de viver com autonomia e dignidade”, é indubitável que os alimentos se destinam a ser consumidos por quem deles carece.

VI – Reconhece-se, assim, que a natureza e a finalidade da obrigação de alimentos implicam a aceitação de um princípio geral de não restituição dos alimentos recebidos, do qual o regime do n.º 2 do art. 2007.º do CC constitui manifestação, e em função do qual deve ser interpretada a norma do art. 2006.º do mesmo código.

VII – Atendendo ao princípio da estabilidade relativa do caso julgado, associado à continuidade da realização da prestação alimentar fixada, assim como ao objectivo de protecção do alimentando visado pelo art. 2006.º do CC, entende-se não poder ser este interpretado no sentido de abranger – atribuindo-lhes eficácia retroactiva à data da propositura da acção – as decisões judiciais que reduzam o valor da prestação de alimentos.

VIII – Acresce que, à interpretação do art. 2006.º do CC, adoptada no acórdão recorrido, estaria subjacente o entendimento de que o conhecimento, ou cognoscibilidade, da pretensão deduzida em juízo implicaria que o demandado configurasse a possibilidade de procedência do pedido de redução e, de imediato, actuasse em conformidade.

IX – No caso dos autos, uma vez que o pedido formulado pelo requerente foi no sentido de uma redução do valor dos alimentos em maior medida do que aquela que veio a ser decidida pela Relação, a tomada de providências adequadas à pretendida redução teria afinal uma elevada probabilidade de colocar em risco a satisfação das necessidades de sustento dos credores de alimentos, e, em particular, as necessidades de sustento e educação do filho menor.

X – Tal consequência negativa contrariaria frontalmente a razão de ser da obrigação de alimentos, sendo, por isso, também por esta razão, e para além do fundamento enunciado nos pontos V a VII, de rejeitar que se atribua eficácia retroactiva à decisão dos autos que reduziu o valor dos alimentos definitivos.

Acórdão do STJ de 17-06-2021

Processo: Revista n.º 1129/18.4T8PDL.L2.S1 – 2.ª Secção

Relator: Vieira e Cunha

Abrantes Gerales

Tomé Gomes

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/727ff94e5730374e802586fd0053ddd8?OpenDocument>

Palavras chave:

União de facto
Dissolução
Aquisição
Bem imóvel
Compropriedade
Doação
Enriquecimento sem causa

Sumário:

I – No imóvel adquirido em compropriedade, pelos membros da união de facto, na vigência desta, a quantia paga pelo autor, na parte respeitante à metade do preço de que a ré era devedora, constituiu, de facto, o pagamento de uma dívida alheia, pelo que o *accipiens* enriqueceu objectivamente à custa daquele que cumpriu a sua obrigação.

II – A presunção natural aponta no sentido de que a atribuição patrimonial é condicionada à própria subsistência da relação convivencial da união de facto, pelo que o *solvens* pode invocar o enri-

quecimento sem causa, nos termos dos arts. 473.º, n.ºs 1 e 2, e 474.º, do CC, o que traduzirá a afirmada subsidiariedade ou complementaridade do instituto.

Acórdão do STJ de 22-06-2021

Processo: Revista n.º 293/08.5TBVLC.P2.S1 – 6.ª Secção

Relator: Pinto de Almeida

José Rainho

Graça Amaral

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/8b8009ff8ddfc52a802586fd002f3383?OpenDocument>

Palavras chave:

Investigação da paternidade
Prazo de propositura da ação
Prazo de caducidade
Efeitos patrimoniais
Abuso do direito
Supressio

Sumário:

I – A norma do art. 1817.º, n.º 1, do CC apenas se refere ao prazo de propositura da acção, dela não se podendo extrair o sentido de que a investigante pode ver limitado o reconhecimento da qualidade de filha aos efeitos pessoais, afastando os efeitos patrimoniais sucessórios.

II – Se a investigante é reconhecida como filha, daí resultam inequivocamente todas as consequências hereditárias, ressalvados apenas os casos de indignidade, sob pena de violação do princípio da indivisibilidade ou unidade do estado de filho, criando-se, no fundo, uma nova causa de indignidade não prevista na lei.

III – A *supressio*, para operar, exige mais do que o mero decurso do tempo e inactividade do titular

do direito, pois constitui também uma forma de tutela da confiança do beneficiário, perante a inação do titular do direito.

IV – Nada se tendo provado sobre os motivos que levaram a autora a não propor a acção de investigação e faltando um comportamento seu, claro e

inequívoco, susceptível de criar nos recorrentes a confiança de que o direito de investigação não seria exercido, o decurso do tempo e a inércia da autora poderão ter criado nos recorrentes a expectativa de que o direito não viria a ser exercido, mas não mais do que isso, não revelando abuso do direito.