

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



Centro de
Direito da

Família

Ano 18 - n.º 36 - 2021
Publicação Semestral

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família





FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

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

Ficha Técnica

Conselho Redatorial

Guilherme de Oliveira (Diretor Científico)

Professor Jubilado da FDUC

Centro de Direito da Família da FDUC

Ana Rita Alfaiate

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 36 — Julho a Dezembro 2021

Execução Gráfica

Ana Paula Silva

ISSN 1645-9660

Dépósito Legal: 209 492/2004

ANOTADA NA ERC

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.
Victor Hugo Ventura <i>E sejam lesados para sempre...? A responsabilidade civil emergente da violação de deveres conjugais</i>	5
Marta de Bastos Graça <i>Denúncias e declarações falsas no crime de violência doméstica contra cônjuge ou análogo: um ato de violência não só contra a pessoa denunciada, mas também contra filhos</i>	23
Maria João Marques Paixão <i>Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida post-mortem — o esbatimento da fronteira entre o fim e o início da vida?</i>	47

Jurisprudência Crítica

	Págs.
Rui Manuel Moura Ramos <i>Cidadania da União e obrigatoriedade de emissão de documentos necessários ao exercício da liberdade de circulação e residência e de reconhecimento de documentos de outros estados membros que garantam esse direito, mesmo que a situação neles reportada seja desconhecida nesse estado membro</i>	67
O que diz o Supremo	
Fernanda Isabel Pereira	95
Seleção de sumários de acórdãos proferidos pelas secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça relevantes para o direito da família (2.º semestre de 2021)	105

E SEJAM LESADOS PARA SEMPRE...? A RESPONSABILIDADE CIVIL EMERGENTE DA VIOLAÇÃO DE DEVERES CONJUGAIS

Victor Hugo Ventura

Advogado

Resumo: Segundo o Código Civil português, o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil. Acontece que, de acordo com uma alguma doutrina, a que tem aderido alguma jurisprudência nacional recente, o Código Civil apenas tutela a violação de direitos absolutos, deixando de parte os danos causados pela violação dos deveres conjugais. No presente estudo, pretendemos responder à questão de saber se a violação de deveres conjugais pode ser geradora de responsabilidade civil.

Palavras-chave: Deveres conjugais, danos, responsabilidade civil

Abstract: Under the Portuguese Civil Code, the aggrieved spouse is entitled to the remedy of demanding a compensation for damages caused by the other spouse, under the general rules governing Civil Liability. However, according to some scholars, followed by recent rulings of our Courts, the Portuguese Civil Code only provides this remedy in the event of violation of personal rights, denying it when it comes to damages caused by the violation of marital duties. In this paper, we aim to answer whether the violation of marital duties can lead to civil liability.

Key-words: Marital duties, Damages, Civil Liability

§ 1. Apresentação do tema e do problema

Um dos aspetos mais significativos da evolução do Direito da Família é, definitivamente, a abertura à aplicação dos princípios e normas da responsabilidade civil às situações lesivas surgidas em contexto familiar. Com expressão em vários contextos legais e dando corpo ao movimento de juridificação da família, o Código Civil teria incorporado essa abertura sem quaisquer reservas no que diz respeito às relações matrimoniais, pois o artigo 1792.º, n.º 1, dita que “o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”.

No entanto, a compreensão desta norma tem sido perturbada pelo peso conotativo das recentes reformas legislativas que quiseram assumidamente reduzir o impacto jurídico-social das crises conjugais, reconfigurando o regime do divórcio e, de certa forma, da instituição do casamento. É neste contexto que esta matéria tem conhecido decisões judiciais que parecem recusar a responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais (como o dever de assistência, coabitação ou fidelidade), limitando-a ao divórcio e à violação de direitos absolutos, jurisprudência que mereceu um renovado interesse por parte da doutrina, de onde têm saído um conjunto de estudos orientados para a recusa do ressarcimento dos danos emergentes da

violação de deveres conjugais.

No presente estudo, pretendemos justamente responder à questão de saber em que termos e com que fundamentos a violação dos deveres conjugais pode gerar a responsabilidade civil ou, recuperando a expressão que serve de título a este ensaio, se o cônjuge, uma vez lesado, está destinado a permanecer lesado para sempre...

§ 2. Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais: excursão

A família, instituição anterior ao próprio Direito, é, hoje, definitivamente, social e juridicamente relevante. A família não é mais “uma cidadela separada da sociedade civil”¹, isolada e estranha ao Direito²: “o quotidiano familiar e a vida do dia-a-dia entram finalmente no domínio do Direito sem fingimentos e timidez”³.

No entanto, as relações familiares sempre se quiseram incompatíveis com o instituto da responsabilidade civil. Com efeito, durante um larguíssimo período, a ideia de responsabilizar um dos cônjuges pela violação dos seus deveres parecia uma ambição herege e definitivamente incompatível com as concepções sociais dominantes.

A história e os fundamentos são conhecidos. O Direito e os juristas tomaram sempre uma opção

consciente de não se intrometer no casamento⁴, uma instituição que, de forma natural e até “revelada”, receberia a sua regulação “fáctica” de outras ordens normativas como a ordem moral, religiosa ou consuetudinária⁵. A singularidade das relações familiares, sobretudo as matrimoniais, torná-las-ia “qualquer coisa de periférico em relação ao amplo quadro de relações entre privados que o direito civil delinea”⁶. Numa palavra: “um mundo à parte”⁷.

Por outro lado, o sistema tradicional de “heterocomposição dos litígios” — por outras palavras, a administração da justiça pelo Estado e pelos Tribunais — não estaria vocacionado para lidar com os conflitos familiares, uma matéria sensível e movediza (“glitschigen Materie”)⁸. A intervenção dos Tribunais propiciaria uma contraproducente e indesejável exposição e agudização do litígio familiar, um “sufocamento do espaço de autonomia da família” ou, numa imagem que se tornou moeda cor-

⁴ Nas palavras enfáticas de RICHARD POSNER, *Economic analysis of Law*, Aspen, 6.ª ed., Nova Torque, 2003, p. 149, “marriage law is thus a puzzling amalgam of intrusiveness and hands-off-ness”.

⁵ PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, «Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?», *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1988, pp. 605-629, p. 605: “a sua colocação entre o público e o privado, entre a esfera da moral e aquela do direito, entre a espontaneidade dos sentimentos e a juridificação das relações torna difícil a individualização dos princípios e das regras de direito aplicáveis a estas relações”.

⁶ GIULIO RAMACCIONI, «I c.d. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale», *Rivista Critica del Diritto Privato*, 24 (2006), pp. 175-201, p. 177.

⁷ KARENINA TITO, «Responsabilidade civil extracontratual por violação dos deveres conjugais: à descoberta da ilicitude» in: MAFALDA MIRANDA BARBOSA / NELSON ROSENVALD / FRANCISCO MUNIZ [Coord.], *Novos desafios da responsabilidade civil – Atas das II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2019, pp. 201-218, p. 204.

⁸ ERWIN DEUTSCH, «Familienrechte als Haftungsrecht» in: *Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1993, pp. 581-596, p. 581.

⁹ ANTONINA ASTONE, «Responsabilità civile e crisi della famiglia» in: PAOLO ZATTI [Org.], *Trattato di Diritto della Famiglia, vol. I – Famiglia e Matrimonio, Tomo II – Separazione e Divorzio*, 2.ª ed., Giuffrè Ed., Milano, 2011, pp. 1813-1839, p. 1815.

¹ GIOVANNI FACCI, «Il danno da adulterio», *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2012, V, pp. 1481-1500, p. 1487.

² ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, «Família e responsabilidade civil: uma relação possível? brevíssimo apontamento», *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, 20 (2013), pp. 61-81, p. 61: “em termos metodológicos, não se poderá dizer que a família fica apartada do mundo do juridicamente relevante”.

³ ANNA MARIA FERRARA, «Le violazioni invisibili dei doveri coniugali» in: PAOLO CENDON [Org.], *Il Diritto delle relazioni affettive – nuova responsabilità e nuovi danni*, Vol. I, CEDAM, 2005, pp. 409-434, p. 411.

rente, uma interferência no “santuário familiar”¹⁰. No fundo, valeria ainda a velha filosofia popular de que “a roupa suja lava-se em casa”¹¹.

A estas razões somavam-se argumentos técnico-jurídicos para avaliar aquelas conceções. Desde logo, sempre se apontou ao Direito da Família a fragilidade da sua garantia. Contrariamente a qualquer outra posição jurídica subjetiva, os direitos subjetivos familiares não estariam acompanhados de um aparelho institucionalizado de garantia do seu cumprimento. O Direito da Família gozaria de uma espécie de “presunção de completude” ou, numa tese que leva ao mesmo resultado prático, os preceitos deste ramo do Direito seriam um complexo de normas especiais em relação às regras gerais do Direito das Obrigações, designadamente, em relação às regras da responsabilidade civil. O aforismo é conhecido e teria aqui a sua forma mais acabada: *lex specialis derogat lex generalis*. O Direito da Família seria mesmo auto-suficiente ou autárquico: se os litígios não ficassem sanados no interior da família, pelos seus meios, os conflitos seriam solucionados, no limite, pelos mecanismos próprios previstos nesse ramo do Direito, como o divórcio ou a separação de pessoas e bens, mas já não pelos mecanismos indemnizatórios. Como escrevia GIULIO RAMACCIONI “o Direito do Família é uma ilha com regras próprias em que o princípio geral *neminem laedere* não tem de modo algum direito de ingresso”¹².

Acreditava-se ainda que o preenchimento de certos requisitos da responsabilidade civil, como o dano, a culpa e o nexó de causalidade, seria incer-

to e particularmente problemático. Nas relações matrimoniais, há sempre um contributo partilhado para a produção da crise conjugal e, de certa forma, do dano. Importaria sempre recordar que as relações familiares — em particular, as relações conjugais — se caracterizam não só pela sua complexidade, mas também pelo seu carácter duradouro ou vocação de perenidade. As situações de crise conjugal resultariam, tipicamente, de um processo de saturamento e erosão que, sendo muitas vezes longo, são difíceis ou quase impossíveis de reconstruir nas bases de uma causalidade jurídica. Mesmo as violações “súbitas” e bem concentradas no tempo — como, por exemplo, uma agressão ou um episódio de infidelidade — teriam sempre a montante toda uma dinâmica para a qual ambos os cônjuges, em maior ou menor medida, teriam contribuído.

Acresce que também não se poderia esquecer que a informalidade e a acomodação fazem surgir uma espécie de “esfera normal de desagrado”¹³. Ao casar, o cônjuge aceitaria o seu consorte *quam in suis*, ou seja, nas suas qualidades e nos seus defeitos¹⁴. Os nubentes assumiriam livremente o compromisso de saber perdoar as condutas do seu consorte, pelo menos aquelas que não fossem de gravidade

7

¹³ FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE, «A reparação de danos morais...», cit., p. 561. PAULO CENDON / GIOVANNA SEBASTIO, «Lei, lui e il danno – la responsabilità civile entre coniugi», *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2002, VI, pp. 1257-1310, pp. 1308-1309, mencionam que há certas condutas que se situam na esfera dos *droit insusceptibles d’abus* pela sua personalidade, discricção e insindicabilidade, como a prepotência ligeira, a escolha da profissão e da religião, o carácter bruto, a forma de comunicar disconexa e ambígua, a mania de cantarolar, um estilo de vida excêntrico, não coabitar ocasionalmente com o cônjuge, um temperamento taciturno alternado com períodos de excessiva exuberância. Não é civilmente responsável o marido que teime em só ouvir música medieval ou clássica, que decide tornar-se vegetariano, que goste de frequentar escolas de dança, que insiste em passear o cão ou gato várias vezes por dia, etc.

¹⁴ JOSEP FERRER I RIBA, «Relaciones familiares y límites del derecho de daños», Barcelona, 2001 (disponível em www.indret.com), p. 11.

¹⁰ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, I, Introdução. Direito Matrimonial*, 4.^a ed., Coimbra, 2008, p. 156.

¹¹ GIULIO RAMACCIONI, «I c.d. danni intrafamiliari...», cit., p. 180.

¹² GIULIO RAMACCIONI, «I c.d. danni intrafamiliari...», cit., p. 179.

extrema¹⁵. E, em caso de fracasso do matrimônio, não restaria outra hipótese se não a resignação¹⁶, pois não seriam tuteláveis as situações de “malogro das relações afetivas” enquanto “risco próprio da vivência inter-pessoal (risco *do desamor*)”¹⁷.

Mais concretamente no diz respeito ao dever de fidelidade, os cônjuges não poderiam, pela natureza das coisas, ter uma expectativa juridicamente tutelável que se sobrepusesse à liberdade que assiste a cada um na escolha do parceiro ou, até, da orientação sexual (“homoinfidelidade”). Um novo valor (jurídico e moral) falaria aqui mais alto: o direito de autodeterminação (sexual) do cônjuge transgressor¹⁸. Em termos técnico-jurídicos, o dever de fidelidade, pensado para proteger a coesão e a estabilidade da família, instituição constitucionalmente protegida, seria confrontado com um outro valor também ele de dignidade constitucional: justamente, o valor da auto-determinação (sexual)¹⁹.

Visto de outra perspectiva, o problema da infidelidade seria pretensamente extrajurídico, ou seja, incontrolável e não sancionável: tratando-se de algo que se revela tão espontânea e naturalmente, como é o caso da atração (física e/ou emocio-

nal) por outra pessoa, seja do mesmo sexo ou do sexo oposto, seria pelo menos contranatura, se não mesmo ofensivo e radical, falar em incumprimento ou em responsabilidade jurídicas²⁰. Seria ilegítimo falar de um “dever de amar com conotação de juridicidade e exigibilidade”²¹ ou, parafraseando um autor espanhol, “ergue-se uma regra jurídica de que *le coeur a de raisons que la raison ne connait pas*”²². Em suma, a violação do dever de fidelidade ou, mais em geral, de manter um relacionamento, seria incompatível com “qualquer forma de pressão económica”²³, insuscetível de ser sancionada pela responsabilidade civil, pela própria natureza das coisas²⁴. Nesses casos, restaria apenas ao cônjuge avançar para o divórcio.

Finalmente, e não menos importante, era o próprio instituto da responsabilidade civil que se queria proteger. Com efeito, trazer a responsabilidade civil para o campo das relações familiares poderia desvirtuar ou distorcer aquele instituto: seja porque se abriria espaço para as ações basea-

²⁰ FRANCESCO BILOTTA / PAOLO CENDON, «Infedeltà coniugale e danno esistenziale», *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2007, I, pp. 85-96, pp. 90 ss.

²¹ PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, «Violazione dei doveri coniugali...», cit., p. 614.

²² JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (org.), *Matrimonio y Divorcio – Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Cívitas, Madrid, 1994, p. 658.

²³ JORGE ALBERTO PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – os deveres conjugais sexuais*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 669. Até porque, como afirma ARNALDO MORACE PINELLI, «Violazione dei doveri matrimoniale e responsabilità civile», *Giustizia Civile*, 2006, I, pp. 98-108, p. 100, “não é necessária a arte divinatória de Cassandra para perceber que a pretensão de ressarcimento constitui uma arma de pressão”.

²⁴ Como diz ALESSIO ZACCARIA, «L’infedeltà...», cit., pp. 526-527: “o direito a ter relações inter-pessoais é reconhecido a cada indivíduo, e assim, não só ao cônjuge lesado mas também ao cônjuge infiel”, concluindo então o autor que a infidelidade “não pode ser considerada anti-jurídica e não pode servir de base a uma pretensão de ressarcimento: o exercício de um direito, na verdade, e ainda que não expressamente mencionado no Código, constitui uma das tradicionais causas justificativas do facto [ilícito]”.

¹⁵ GIOVANNI FRANCESCO BASINI, «Alcune considerazione in tema di risarcibilità del danno tra coniuge», *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2011, V, pp. 981-995, p. 993.

¹⁶ A. L. BUONADONNA / BRUNO DE FILLIPIS / LUCIANA IOSCA / SIMONA LUPO / MANLIO MEROLLA, L’addebito di responsabilità..., cit., p. 38: “a possibilidade de fracasso [do casamento] constitui a outra face da medalha da liberdade de escolha e não a consequência de um incumprimento contratual resolúvel com os instrumentos da culpa, do divórcio ou da responsabilidade civil”.

¹⁷ Ver ac. de 12/05/2016 do STJ (TOMÉ GOMES), proc. nr. 2325/12.3TVLSBL1.S1.

¹⁸ GIOVANNI FACCI, «L’infedeltà e l’ingiustizia del danno», *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2003, V, pp. 468-489, p. 482.

¹⁹ GIOVANNI FACCI, «Il danno da adulterio...», cit., p. 1495. Em termos próximos, ALESSIO ZACCARIA, «L’infedeltà: quanto può costare? Ovvero, è lecito tradire solo per amore», *Studium Juris*, 2000, pp. 524-528, pp. 526-527: “a conduta do cônjuge lesante pode constituir uma explicação de posições jurídicas do mesmo nível constitucional”.

das na pura vingança e no ressentimento²⁵, seja pela tentação ou risco de introduzir danos punitivos²⁶, estariam criadas as condições para a sua perfeita manipulação, colocando a responsabilidade civil ao serviço de fins que não são os seus.

A bondade aparente desta construção jurídica escondia, na verdade, uma conceção social hipócrita e machista que os juristas preservaram e tardaram em desmascarar. Essa *interspousal immunity* era um produto técnico-jurídico de uma conceção hierarquizada e patriarcal da família: como já se disse, todos os conflitos eram resolvidos dentro da própria família, mais concretamente, “de acordo com a vontade do marido-pai, considerado, assim, como uma verdadeira fonte de Direito”²⁷. Disfarçadamente, pretendia-se fazer valer a ideia de que a biografia da mulher se subordinaria ou se confundiria com a biografia (dominante) do homem²⁸, o

que tornaria a responsabilidade civil entre cônjuges inconcebível dado que lesado e lesante se confundiam na mesma pessoa... o marido.

Mesmo a violência entre os cônjuges — certamente, a forma mais radical de violação dos deveres conjugais — era justificada porque a mulher era vista como uma propriedade do homem e o seu consentimento seria antecipadamente prestado através da celebração do casamento. Por exemplo, a mulher que não assentisse a todas as requestas sexuais do marido poderia ser objeto de violência numa espécie de retorsão que o Direito reconhecia como legítima e fundada no contrato²⁹.

De resto, e mais em geral, a própria responsabilidade civil, enquanto instituto jurídico, tem vindo a ser encarada como subrepticamente machista, ao fazer depender a tutela ressarcitória do padrão de avaliação do “homem médio ou razoável”, um pormenor que não tem escapado a um olhar mais atento, havendo quem fale a este propósito de “um evidente sexismo no Direito da Responsabilidade Civil”³⁰.

Verdade seja dita que a mudança de paradigma não se iniciou com uma rutura das mentalidades. Ficou a dever-se, antes, a um acaso histórico. De facto, a possibilidade de a mulher acionar o seu marido em responsabilidade civil apenas despontou quando se reconheceu a seguinte exceção ao prin-

e querida pela common law (...) a unidade entre homem e mulher é uma das máximas favoritas da common law” pelo que a regra do impedimento “está em exacta concordância com vontade revelada de Deus [e] foi desenhada para a protecção da mulher [!]”.

²⁹ SALVATORE PATTI, *Famiglia e Responsabilità Civile*, Giuffrè Ed., Milano, 1984, pp. 58 ss.

³⁰ GARY T. SCHWARTZ, «Feminist approaches to tort law», *Theoretical Inquires in Law*, 2 (2001), pp. 175-209, p. 179. As teorias feministas do Direito aportaram à Responsabilidade Civil. Pela sua notoriedade, refira-se JANICE RICHARDSON / ERIKA RACKLEY, *Feminist Perspectives on Tort Law*, Routledge, 2012, J. CONAGHAN, «Tort litigation in the context of intra-familial abuse», *Modern Law Review* e LESLIE BENDER, «Overview of feminist torts scholarship», *Cornell Law Review*, 78 (1993), pp. 575-596, p. 575, que escreve que “a Responsabilidade Civil clama pela experiência, crítica, metodologia e reconstrução feministas”.

²⁵ CARL TOBIAS, «Interspousal tort immunity in America», *Georgia Law Review*, 23 (1989), pp. 359-478, p. 473. Para isso alertou o nosso Presidente da República, aquando da promulgação do diploma, realçando que em vez “de diminuir a litigiosidade, o novo diploma a fará aumentar, transferindo-a para uma fase ulterior, subsequente à dissolução do casamento, com consequências gravosas para as partes envolvidas, sobretudo a que se encontra numa posição mais fragilizada, incluindo os filhos menores”: cfr. o extrato em JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., Almedina, 2015, p. 198.

²⁶ Assim, exatamente, FRANCESCO BILOTTA / PAOLO CENDON, «Infedeltà coniugale...», cit., p. 88.

²⁷ ÂNGELA CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 27. Como dizia ANTÓNIO RAMOS DOS SANTOS, «Direito e sexualidade na mesopotâmia: o crime de violação» in: AAVV., *A sexualidade no mundo antigo*, Porto, 2009, pp. 139-149, p. 149, “a justiça, de acordo com as fontes documentais de índole jurídica, escrevia-se no masculino”. Também MARIA VILELA MARTINS DE OLIVEIRA, *A mulher e o adultério nos romances Effi Briest de Theodor Fontane e o Primo Basílio de Eça de Queirós*, Porto, 1997, p. 79, falava na “impunidade masculina”.

²⁸ ALMA M.ª RODRÍGUEZ GUTIÁN, «Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho», *Revista de Derecho Patrimonial*, 10 (2003), pp. 65-93, p. 69, n. 21: “o marido e a mulher eram um só, mas o marido era o primeiro”. Construção que tem o seu expoente no célebre caso *Ritter v. Ritter* (1858): “a relação matrimonial, tão antiga quanto a raça humana, e a base da família, a qual ela própria é a base da sociedade e do Estado, foi sempre firmemente guardada

cípio da *interspousal immunity*: se um dos cônjuges provocasse um acidente de viação em que o outro cônjuge se visse envolvido, o consorte lesado poderia reagir judicialmente, embora contra a seguradora³¹. Foi aí, e não, por sinal, por uma consciencialização da sociedade quanto à posição da mulher na sociedade (conjugal), que se principiou a rutura³². De facto, foi essa pequena concessão que permitiu ao Direito começar a escrever a “carta de alforria” que atualmente permite a cada um dos cônjuges acionar o outro cônjuge em responsabilidade civil.

Estava lançada, porém, a primeira pedra no charco. Águas que se agitaram definitivamente com o crescente e cada mais vez expressivo movimento de consciencialização para os direitos humanos das mulheres. A sociedade e o Direito não poderiam mais aceitar ou sequer tolerar que uma pessoa, integrada em qualquer espécie de comunidade (familiar ou conjugal), pudesse ser vítima do seu consorte. Mais concretamente no que concerne à relação matrimonial, a ideia de que o contrato de casamento podia servir de título ou credencial para os maus tratos e abusos provocou ondas de choque. Começou a ganhar terreno a ideia de que a família “não é mais um lugar de compressão e modificação de direitos irrenunciáveis”³³.

Tornaram-se ainda evidentes, aos olhos da consciência social moderna, as contradições argumentativas que eram apresentadas para dar validade ao regime da imunidade. A ideia de que “a vítima se encontraria diante de uma escolha dramática pois o recurso ao juízo exterior comportaria o fim da vida

familiar”³⁴ era um dilema cínico e de mera chantagem: negar a via da responsabilidade civil em nome da estabilidade familiar significaria, muitas vezes, fazer prevalecer o medo, a tirania e as estruturas de dominação nas relações matrimoniais e, no fim de contas, forçar o cônjuge-lesado a avançar para o último dos remédios legais... a rutura de uma relação matrimonial... que tanto se queria preservar!

Na verdade, e como diz certamente MAURO PALADINI, não seria a responsabilidade civil que introduziria um elemento de crise nas relações familiares; é a crise das relações familiares que reclama um meio de reação mais efetivo às situações de transgressão dos deveres familiares³⁵. Dito de outra forma: “não é a sanção [indemnizatória] mas sim a comissão do ilícito com os seus efeitos disruptivos que é lesiva para a harmonia familiar”³⁶. O argumento do carácter invasivo e desestabilizador da responsabilidade civil não só era um falso problema ou uma deturpação da realidade como ajudaria a despistar a atenção para o verdadeiro problema: uma família é tanto mais sã e unida quanto mais os seus membros se respeitarem mutuamente, acontecendo exatamente o contrário quando se quer justificar a imunidade do prevaricador pelo superior interesse da família³⁷.

³⁴ ALMA M.^a RODRÍGUEZ GUTIÁN, «Función de la responsabilidad civil...», cit., p. 68.

³⁵ MAURO PALADINI, «Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?», *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2007, X, pp. 2005-2012, p. 2006.

³⁶ PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, «Violazione dei doveri coniugali...», cit., p. 607.

³⁷ ADALGISA FRACCON, «I diritti della persona nel matrimonio – violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno», *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 30 (2001), pp. 367-397, pp. 384-385.

³¹ SALVATORE PATTI, *Famiglia e Responsabilità Civile...*, cit., pp. 63 ss.

³² ELIZABETH KATZ, «How automobile accidents stalled the development of interspousal liability», *Virginia Law Review*, 94 (2008), pp. 1213-1258, p. 1215, parece não ter dúvidas de que o fator verdadeiramente decisivo para levar a cabo esta mudança de paradigma foram as ações perante as seguradoras.

³³ GIOVANNI FACCI, «Il danno da adulterio...», cit., p. 1487.

§ 3. Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais no Código Civil

Certamente ainda dominado por aquelas concepções dominantes, o Código Civil ignorou, numa primeira fase, o fenómeno da violação dos deveres conjugais, limitando a responsabilidade civil conjugal aos danos que resultassem do divórcio. Na versão saída da Reforma de 1977, o Código Civil estabelecia que “o cônjuge declarado único ou principal culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea c) do artigo 1781.º devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento”. Aparentemente, apenas eram tutelados os danos causados pelo próprio divórcio (“os danos não patrimoniais causados... *pela dissolução do casamento*”), como o desgosto e a desconsideração social, mas já não os danos causados pela violação propriamente dita dos deveres conjugais. Salvo honrosas exceções³⁸, a doutrina tradicionalista negava a responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais³⁹. A nossa jurisprudência, de uma forma geral, consentia que o cônjuge lesado peticionasse a reparação desses danos, pelo menos

à margem do processo do divórcio⁴⁰, sendo mino-

³⁸ FERNANDO PIRES VERÍSSIMO, «Do problema de saber, se são aplicáveis, em matéria de violação dos deveres recíprocos dos cônjuges, os princípios gerais sobre responsabilidade civil», *Revista da Ordem dos Advogados*, 8 (1948), pp. 234-256, espec., pp. 255-256.

³⁹ Assim, no Direito português, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 1986, pp. 200-201 e DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 138: “sintetizando, direi que cada membro da família, pelo facto de estar integrado no grupo, não aliena os seus direitos de personalidade – quando muitos estes estarão ligeiramente comprimidos enquanto o estado familiar durar – podendo em qualquer momento violar os seus deveres para com o outro; o que será seguramente anti-jurídico, e eventualmente anti-ético, mas que não desencadeia por si qualquer espécie de sanção (para além da dissolução do vínculo ofendido)”.

⁴⁰ Embora focando sobretudo mais o ponto de vista processual, cfr. ac. de 07/02/1980 do TRP (PINTO GOMES), CJ, 1980, I, pp. 29-32 (“o cônjuge que pratica o adultério em que se fundamenta o divórcio constitui-se na obrigação de indemnizar o outro cônjuge por todos os danos a este causados, nos termos gerais dos arts. 483 e segs., do Código Civil”), ac. de 31/07/1980 do TRP (GÓIS PINHEIRO), BMJ, 303 (1981), p. 271 (sumário) (“estes danos — patrimoniais resultantes da dissolução do casamento e patrimoniais e não patrimoniais emergentes dos factos causais do divórcio — são ressarcíveis de acordo com os princípios relativos à responsabilidade civil, designadamente daqueles que informam os artigos 483.º e 496.º do Código Civil”), ac. de 28/04/1981 do TRP (AURÉLIO FERNANDES), BMJ, 306 (1981), p. 293 (sumário) (embora escrevendo que “não é de admitir que, em reconvenção, se deduza o pedido de indemnização por danos morais”), ac. de 13/03/1985 do STJ (A. CAMPOS COSTA), BMJ, 345 (1985), pp. 414-425 (“os danos ocasionados directamente pelos factos em que se fundamenta o divórcio, sejam de natureza patrimonial ou não, podem dar lugar à obrigação de indemnizar, nos termos do artigo 483.º do Código Civil”), ac. de 18/02/1986 do STJ (JOAQUIM FIGUEIREDO), BMJ, 354 (1986), pp. 567-570 (“para além da indemnização, ao cônjuge inocente será lícito exigir, nos termos gerais dos artigos 483.º e segs. do Código Civil, que o culpado o indemne dos danos ocasionados pelos factos (ilícitos e culposos) que dão origem ao divórcio”), ac. de 23/03/1988 do STJ (LIMA CLUNY), pp. 390-394 (“a reparação dos danos causados por factos anteriores ao divórcio, ou por factos que lhe serviram de fundamento, apenas pode ser exigida em processo comum de declaração e com base nas regras da responsabilidade civil”), ac. de 20/10/1988 do TRP (GELÁSIO ROCHA), CJ, 1988, IV, pp. 201-203 (“a indemnização pelos danos patrimoniais resultantes da conduta ilícita do ex-cônjuge, mesmo que tal conduta tenha sido fundamento do divórcio, deve ser pedida em acção comum”), ac. de 26/06/1991 do STJ (TATO MARINHO), BMJ, 408 (1991), pp. 538-543 (“o recorrido violou os deveres conjugais de coabitação e de respeito; esta violação provocou dor e sofrimento, dos mais sensíveis porque ligados à dignidade do ser humano, constituindo danos não patrimoniais e são indemnizáveis”), ac. de 04/04/1995 do TRC (SILVA GRAÇA), BMJ, 446 (1995), p. 361 (sumário) (“na acção de divórcio pode pedir-se indemnização por danos não patrimoniais resultantes do próprio divórcio, mas não pode pedir-se indemnização pelos danos causados pelos factos ilícitos que são fundamento do pedido do divórcio (o que deverá ser feito pela via processual comum)”); ac. de 09/03/1999 do TRP (REIS FIGUEIRA), CJ, 1999, III, pp. 176-177 (“a indemnização pelos factos que constituíram fundamento para a dissolução do casamento, tanto patrimoniais como não patrimoniais, deve (e só pode) ser pedida em acção declaratória comum”), ac. de 01/07/2003 do TRL (PIMENTEL MARCOS), proc. nr. 4896/2003-7 (“já quanto à reparação dos danos patrimoniais e não patrimoniais emergentes dos factos que constituíram o fundamento do divórcio pode ser pedida nos termos gerais da responsabilidade civil em conformidade com os arts. 483º e segs. do CC”) e ac. de 03/04/2004 do STJ (FERREIRA DE ALMEIDA), proc. nr. 04B03 (“assume assim autonomia indemnizatória/compensatória a indemnização pelos danos causados por factos anteriores ao divórcio, inclusivamente os que lhe serviram de fundamento, designadamente por violação dos deveres de respeito, assistência, cooperação e fidelidade, cuja reparação deve ser pedida nos

ritária a corrente contrária⁴¹.

A redação do artigo 1792.º, n.º 1, veio a conhecer, porém, uma importante alteração no quadro da Reforma de 2008, através da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro. À primeira vista, o artigo 1792.º, n.º 1, do Código Civil, teria incorporado definitivamente esta abertura à responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais, quando aí se passou a ler que “o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”. Numa construção jurídica já em crise, a Reforma de 2008 teria operado a “derrocada da fragilidade da garantia”⁴² e tudo levaria a crer — parafraseando MASSIMO PARADISO — que, no quadro normativo atual, o Direito da Família “escancarou as portas à responsabilidade civil”⁴³, permitindo o ressarcimento de quaisquer danos resultantes da violação de deveres perante o cônjuge, de natureza conjugal ou outra.

Verdade seja dita que dúvidas nunca existiram de que o cônjuge poderia sempre demandar o seu consorte quando em causa estivesse a violação de

direitos absolutos. O cônjuge lesado na sua honra pelas afirmações do seu consorte (como no caso em que o Autor se refere à Autora dizendo “as prostitutas são mais honestas, porque pedem o dinheiro no início, não no final”⁴⁴) ou na sua integridade física, mormente, por violência doméstica, poderia exigir do cônjuge-lesante a reparação dos respetivos danos. Nesses casos, embora as ofensas tenham ocorrido no contexto do casamento, são violados direitos de que o cônjuge é titular enquanto pessoa, independentemente do seu *status* matrimonial. De resto, permitir a responsabilidade civil nesses casos é a única interpretação consentânea com a ideia de coerência do ordenamento jurídico, pois não faria sentido criminalizar essas condutas — como a violência doméstica, mas também as ofensas à integridade moral e física — e, simultaneamente, negar-lhe tutela indemnizatória⁴⁵.

A controvérsia persiste, porém, no que diz respeito à violação de deveres conjugais, como o dever de fidelidade, coabitação, etc. Num caminho que teve como precursor FERNANDO PIRES VERÍSSIMO⁴⁶, a doutrina maioritária moderna sempre admitira a ressarcibilidade dos danos emergentes da violação desses deveres⁴⁷. Sucede que, mais recentemente,

termos gerais e em acção comum de responsabilidade civil por facto ilícito, se verificados os pressupostos contemplados nos art.ºs 483.º e ss. do C. Civil”).

⁴¹ Em sentido aparentemente contrário, ac. de 10/11/1987 do TRL (FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA), BMJ, 371 (1987), p. 536 (sumário) (“os danos não patrimoniais a que alude o artigo 1792.º do Código Civil são apenas os causados pelo divórcio — v.g. sofrimento, desconsideração social — e não os originados pelos factos que a este servem de fundamento”) e o ac. de 28/05/1998 do STJ (SAMPAIO NÓVOA), BMJ, 477 (1998), pp. 518-523 (“o artigo 1792.º do Código Civil contempla apenas os danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento, dele ficando portanto excluídos os danos desse tipo resultantes dos factos que alicerçam a dissolução”).

⁴² RUTE TEIXEIRA PEDRO, «A responsabilidade civil como (derradeira) manifestação de juridicidade dos deveres conjugais - anotação ac. do STJ de 12.5.2016, proc. nr. 2325/12.3TVLSB.L1.S1», *Cadernos de Direito Privado*, 61 (2018), pp. 52-62, p. 57.

⁴³ Com esta expressão sugestiva, MASSIMO PARADISO, «Famiglia e responsabilità civile endofamiliare» in: *Studi in Onore di Antonino Catandella*, CEDAM, Tomo III, Roma, 2013, pp. 1673-1692, p. 1673.

⁴⁴ Ac. de 25/03/2021 do TRL (NÉLSON CARNEIRO), proc. nr. 4195/19.1TALML.L1-2.

⁴⁵ De resto, nos casos de violência doméstica, o próprio Estado assume o pagamento da indemnização, caso o lesante não a possa garantir. Embora os dados estatísticos não sejam animadores, o artigo 21.º, n.º 1, da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, prevê que “a vítima [de violência doméstica] é reconhecido, no âmbito do processo penal, o direito a obter uma decisão de indemnização por parte do agente do crime, dentro de um prazo razoável”. Sobre os mecanismos de solidariedade, ac. de 24/06/2015 do TRC (LUÍS RAMOS), proc. nr. 94/12.6GAACB.C1.

⁴⁶ FERNANDO PIRES VERÍSSIMO, «Do problema de saber, se são aplicáveis, em matéria de violação dos deveres recíprocos dos cônjuges, os princípios gerais sobre responsabilidade civil», *Revista da Ordem dos Advogados*, 8 (1948), pp. 234-256, espec., pp. 255-256.

⁴⁷ HEINRICH EWALD HÖRSTER, «A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges entre si (ou: a doutrina da “fragilidade da garantia” será

esta matéria mereceu um conjunto de estudos em contracorrente. De facto, segundo a opinião sufragada e reiterada recentemente por autores influentes como FRANCISCO BRITO PEREIRA COELHO⁴⁸

válida?)», *Scientia Iuridica*, 1995, pp. 113-124, LURDES VARREGOSO MESQUITA, «Responsabilidade civil e direitos da família» in: Estudos em homenagem a Joaquim M. da Silva Cunha, Fundação Portucalense Infante D. Henrique, Porto, 1999, 493-526, pp. 503-505, ÂNGELA CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, JORGE ALBERTO PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – os deveres conjugais sexuais*, Almedina, Coimbra, 2004, ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, «Família e responsabilidade civil: uma relação possível? brevíssimo apontamento», *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, 20 (2013), pp. 61-81, pp. 76 ss. (= *Lições de responsabilidade civil*, Principia, Cascais, 2017, pp. 148 ss.), CRISTINA DIAS, «Responsabilidade civil e direitos familiares conjugais (pessoais e patrimoniais)», *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado*, 286/288 (2000), pp. 351-374, Id., Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: o novo regime do artigo 1792.º do Código Civil (na redacção dada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento» in: *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 389-419, Id., «Responsabilidade civil entre os cônjuges – o afastamento da fragilidade da garantia e o papel dos Tribunais» in: *Dizer o Direito: o papel dos tribunais no século XXI – Atas do VII Congresso Internacional “Direito na Lusofonia”*, Universidade do Minho, 2021, pp. 67-74, RITA LOBO XAVIER, «Direito ao divórcio, direitos recíprocos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio» in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Enald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 499-514 e RUTE TEIXEIRA PEDRO, «A responsabilidade civil como (derradeira) manifestação de juridicidade dos deveres conjugais – anotação ac. do STJ de 12.5.2016, proc. nr. 2325/12.3TVLSB.L1.S1», *Cadernos de Direito Privado*, 61 (2018), pp. 52-62. Ainda na literatura de língua portuguesa, embora em sentido não coincidente, KARENINA TITO, «Responsabilidade civil extracontratual por violação dos deveres conjugais: à descoberta da ilicitude» in: MAFALDA MIRANDA BARBOSA / NELSON ROSENVALD / FRANCISCO MUNIZ [Coord.], *Novos desafios da responsabilidade civil – Atas das II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2019, pp. 201-218, p. 204, RENATA VILELA MULTEDO, «Alguns desafios da responsabilidade nas relações familiares e as redes sociais» in: MAFALDA MIRANDA BARBOSA / NELSON ROSENVALD / FRANCISCO MUNIZ [Coord.], *Novos desafios da responsabilidade civil – Atas das II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2019, pp. 415-439 e FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE, «A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal e por violação de deveres pessoais entre cônjuges» in: *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, 2002, pp. 545-564, pp. 558 ss., este último respondendo pela negativa.

⁴⁸ FRANCISCO BRITO PEREIRA COELHO, «Deveres conjugais e responsabilidade civil – estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 147, 4006 (2017), pp. 54-65 (= «Deveres conjugais e responsabilidade civil – avanços e recuos, na lei e na jurisprudência» in: *Estudos*

e GUILHERME DE OLIVEIRA⁴⁹, seguidos de perto por PAULA TÁVORA VÍTOR⁵⁰, o cônjuge lesado não poderia obter o ressarcimento pela violação dos deveres conjugais, ainda que esses factos tenham provocado danos e tenham sido fundamento do divórcio. Na opinião destes autores, o regime constante do artigo 1792.º, n.º 1, do Código Civil, na redacção atual, saída da Reforma de 2008, exclui a possibilidade de acionar o cônjuge em responsabilidade civil por violação de deveres conjugais, como, por exemplo, a violação do dever de coabitação, de assistência, fidelidade, etc.

Invocando o elemento histórico⁵¹ e sistemático da lei⁵², essa seria a única interpretação consen-

comemorativos dos 20 anos da FDUP, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 543-562).

⁴⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, «Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais», *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, 31-32 (2019), pp. 17-43 (= *Estudos de Direito da família – 4. Movimentos em Direito da Família*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 91-135), Id., *Manual de Direito da Família*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 303-304 e, já antes, em Id., «A nova lei do divórcio», *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, 13 (2010), pp. 5-32, p. 21.

⁵⁰ PAULA TÁVORA VÍTOR, «Anotação ao artigo 1792.º» in: MARIA CLARA SOTTOMAYOR [Coord.], *Código Civil anotado – Livro V (Direito da Família)*, Almedina Coimbra, 2020, pp. 568-573.

⁵¹ Em pormenor, invoca-se o seguinte passo do Projeto de Lei n.º 509-X para fundamentar que a responsabilidade civil a que aludiria o artigo 1792.º, n.º 1, estaria virada para a indemnização dos danos causados pela violação de direitos absolutos, mormente quanto estivessem causa situações de violência doméstica: “não pode significar esta elisão que se desprotejam situações de injustiça ou desigualdade. Nas consequências do divórcio está prevista a reparação de danos bem como a existência de créditos de compensação quando houver manifesta desigualdade de contributos dos cônjuges para os encargos da vida familiar. É decisivo, com efeito, observar rigor no domínio das consequências, quer relativamente aos filhos, quer nas situações de maior fragilidade e desigualdade entre cônjuges. Demonstração dessa necessidade de ao eliminar a culpa evitar a desproteção é, aliás, o facto de este projecto consagrar, de forma muito inovadora relativamente à legislação anterior, que a violação dos direitos humanos, designadamente a violência doméstica, constituírem fundamento para requerer o divórcio”.

⁵² Mais concretamente, a circunstância de ação dever correr nos tribunais comuns, pois o artigo 1792, n.º 1, *in fine*, estabelece precisamente que “o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns” (sublinhado nosso).

tânea com a evolução do regime do casamento e do divórcio⁵³, marcados pelas Reformas de 1977 e 2008, e, mais em geral, com as tendências modernas do Direito da Família baseadas numa pretensa sentimentalização e desjuridificação das relações familiares, tornando-as “relações puras” à margem (sem a interferência) do Direito⁵⁴. A partir do momento em que o legislador concebeu o divórcio à margem de qualquer juízo de censura e prescindiu da descoberta do cônjuge culpado pela dissolução (*clean break*), bastando a simples constatação da ruptura da vida conjugal, permitir a responsabilização por violação de deveres conjugais “reintroduziria pela porta traseira um sistema de separação e divórcio culposos”⁵⁵ e, no fim de contas, tornaria o divórcio mais difícil, o que o legislador quis, bem ou mal, facilitar⁵⁶. Portanto, “o objetivo da reforma de tornar o exercício de requerer o divórcio “mais livre” não é facilmente conciliável com a indenmi-

zação dos danos causados”⁵⁷.

Esta escola vai mesmo mais longe nas consequências argumentativas: a partir do momento em que o legislador pretendeu, bem ou mal, liberalizar o divórcio e prescindir da averiguação da culpa, dificilmente se poderia conceber o casamento como uma fonte de deveres jurídicos, pelo menos na sua verdadeira aceção. Mau grado o legislador se continue a referir a eles como tais, os deveres conjugais, fruto da Reforma de 2008, caberiam agora numa “categoria dogmática diversa do dever jurídico”⁵⁸. O que só reforçaria o seu ponto de vista, pois a “erosão do desvalor associado ao incumprimento daqueles deveres”⁵⁹ só poderia significar, na ótica daqueles autores, a irrelevância, em sede delitual, da violação desses deveres.

Donde concluem os autores, em síntese, que a remissão para “os termos gerais da responsabilidade civil”, fórmula utilizada pelo legislador, deveria ser objeto de uma interpretação restritiva, significando apenas a responsabilidade extracontratual, por violação dos direitos absolutos, pois esses direitos (como os direitos de personalidade) existem independentemente da condição matrimonial e sempre mereceriam, em qualquer caso, a tutela do Direito.

A posição não é nova, mas a jurisprudência mais recente dos nossos tribunais realimentou-a. Se há decisões judiciais que afirmam categoricamente a tutela indemnizatória por violação de deveres con-

⁵³ GUILHERME DE OLIVEIRA, «Responsabilidade civil por violação...», cit., p. 17. Mais adiante, p. 20, o autor acrescenta que “a discussão acerca da responsabilidade por violação de deveres conjugais evoluiu também, em consonância com esta ideia global que presidiu à reforma de 1977”. Escreve ainda o autor, p. 34: “o art. 1792.º pretendeu evitar toda a discussão sobre a culpa entre os cônjuges, quer esta discussão se fizesse na ação de divórcio ou em ação autónoma; por esta razão, apenas admitiu, na ação de divórcio, o pedido de indemnização fundado na al. b) do art. 1781, pois esta indemnização não depende de uma apreciação de culpa (...) os comportamentos cuja ilicitude nasce do casamento, ou que só relevem a partir dele por ofenderem valores especificamente matrimoniais em vez de violarem direitos prévios de que toda a pessoa nasce titular, não suscitam responsabilidade civil, que seria a responsabilidade extracontratual”. No mesmo sentido, FRANCISCO BRITO PEREIRA COELHO, «Deveres conjugais e responsabilidade civil...», cit., p. 63, escreve que “o conjunto de soluções hoje vigentes para o divórcio, dizíamos, ajusta-se perfeitamente, estamos em crer, à ausência de consequências indemnizatórias em caso de violação dos (chamados) deveres especificamente conjugais”.

⁵⁴ GIOVANNI FACCI, «L’infedeltà e l’ingiustizia...», cit., p. 470.

⁵⁵ JOSEP FERRER I RIBA, «Relaciones familiares y límites...», cit., p. 15.

⁵⁶ GUILHERME DE OLIVEIRA, «Responsabilidade civil por violação...», cit., p. 36: “a responsabilidade civil pela dissolução do casamento poderia constituir obstáculo ao exercício do direito ao divórcio”.

⁵⁷ PAULA TÁVORA VÍTOR, «Anotação ao artigo 1792.º», cit., p. 572.

⁵⁸ FRANCISCO BRITO PEREIRA COELHO, «Deveres conjugais e responsabilidade civil...», cit., p. 64. Falando em normas meramente programáticas, CARLOS PAMPLONA CORTE REAL, «Relance crítico sobre o direito de família português in: *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, pp. 107-130, p. 117.

⁵⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, «A responsabilidade civil...», cit., p. 55, referindo-se à tese daqueles autores. Também GIOVANNI FACCI, «L’infedeltà e l’ingiustizia...», cit., p. 473, fala de uma “progressiva erosão do sancionamento jurídico”.

jugais⁶⁰, também há jurisprudência que recusa expressamente a responsabilidade civil nesses casos⁶¹. Acresce que, ao lado destes acórdãos, que tomam um claro partido, é preciso autonomizar as decisões ambíguas, ou seja, passíveis de acomodar as duas interpretações. Com efeito, e transcrevendo os respetivos passos, escreve-se em jurisprudência recente que o cônjuge pode acionar o seu consorte em responsabilidade civil “*pelo menos* em caso de concomitância de violação dos deveres conjugais pessoais e dos direitos de personalidade”⁶², “se essa violação constituir *simultaneamente* violação dos direitos de personalidade”⁶³ ou “*podendo* os mesmos

constituir simultaneamente uma violação dos direitos de personalidade”⁶⁴. Como se vê, estes passos podem servir as duas teses: tanto parecem permitir a responsabilidade civil por violação de deveres conjugais, como sugerem que essa hipótese apenas é possível *se e só na medida* em que o incumprimento represente, ou possa representar, a violação de direitos absolutos⁶⁵.

É certo que as dúvidas quanto ao sentido e alcance das decisões poderiam ficar dissipadas se da factualidade dada como provada resultasse apenas a violação de deveres conjugais, caso em que a posição favorável dos tribunais poderia ser inferida. Acontece que, em todos os casos, os tribunais consideraram existir também a violação de direitos absolutos e, portanto, fica a dúvida de saber se as decisões teriam sido as mesmas tivesse ocorrido apenas a violação pura e simples de deveres conjugais (fidelidade, coabitação, assistência, etc.).

É essa a questão que se deixa em aberto e sobre a qual pretendemos tomar posição: a violação de deveres conjugais pode, por si só, fundamentar a responsabilidade civil do cônjuge lesante?

15

⁶⁰ Cfr. ac. de 09/02/2012 do STJ (HELDER ROQUE), proc. nr. 819/09.7TMPRT.P1.S1 (“todavia, tal não significa que a valoração dos deveres conjugais não continue a merecer a tutela do direito, em acção judicial de responsabilidade civil para reparação de danos, separada da acção de divórcio, nos termos do estipulado pelo artigo 1792º, nº 1, do CC”), ac. de 09/04/2013 do TRL (MANUEL MARQUES), proc. nr. 22317/09.9T2SNT.L1-1 (“a reparação dos danos causados ao “cônjuge lesado”, resultante da própria dissolução do casamento e dos factos que conduziram à ruptura da vida em comum e ao divórcio, passou a ser feita nos meios comuns e não na acção de divórcio”), ac. de 13/07/2013 do TRL (MARIA JOSÉ MOURA), proc. nr. 2155/15.0T8PDL.L1-2 (“verificando-se os pressupostos da responsabilidade civil previstos no art. 483 do mesmo Código, serão indemnizáveis os danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito, nos termos previstos no nº 1 do art. 496 do CC”) e ac. de 29/09/2020 do TRL (MARIA DA CONCEIÇÃO SAAVEDRA), proc. nr. 288/18.0T8SNT.L1-7 (“tendo sido eliminado pela Lei nº 61/2008, de 31.10, o sistema do divórcio-sanção baseado na violação dos deveres conjugais, mantiveram-se os referidos deveres conjugais cuja violação não se sanciona hoje pela via da acção de divórcio mas que nem por isso deixam de merecer a tutela do direito conforme previsto no art. 483 do C.C., por força do disposto no nº 1 do art. 1792 do mesmo Código”).

⁶¹ Ac. de 25/03/2021 do TRL (NÉLSON CARNEIRO), proc. nr. 4195/19.1T8ALM.L1-2 (“a responsabilidade civil entre cônjuges decorrente do art. 1792º/1, do CCivil, abrange apenas a responsabilidade extracontratual, abrangendo os danos que resultem da violação de direitos de personalidade”).

⁶² Ac. de 05/12/2016 do STJ (TOMÉ GOMES), proc. nr. 2325/12.3TVLSB.L1.S1 (“assim, pelo menos em caso de concomitância de violação dos deveres conjugais pessoais e dos direitos de personalidade do cônjuge lesado, impõe-se reconhecer a admissibilidade do direito a indemnização com base nos termos gerais da responsabilidade civil”).

⁶³ Ac. de 26/01/2017 do TRE (SILVA RATO), proc. nr. 18/16.1TBS-RPE1 (“é admissível a indemnização do cônjuge lesado, por danos não patrimoniais resultante da violação dos deveres conjugais na constân-

cia do património, em particular se essa violação constituir simultaneamente violação dos direitos de personalidade”).

⁶⁴ Ac. de 28/05/2019 do TRL (ANA RODRIGUES DA SILVA), proc. nr. 7865/18.8T8LSB.L1-7 (“é admissível a indemnização do cônjuge lesado, por danos não patrimoniais resultantes quer da violação dos deveres conjugais na constância do matrimónio (podendo os mesmos constituir simultaneamente uma violação dos direitos de personalidade), quer da cessação do vínculo matrimonial”).

⁶⁵ Dando nota dessa ambiguidade, referindo-se à decisão do Supremo, RUTE TEIXEIRA PEDRO, «A responsabilidade civil...», cit., p. 53, n. 5: “quanto a essa hipótese, não exclui nem afirma a ressarcibilidade” e CRISTINA DIAS, «Responsabilidade civil entre os cônjuges...», cit., p. 72, “gerou alguma controvérsia na sua interpretação no sentido de saber se deveria admitir-se uma acção de responsabilidade civil apenas quando a violação dos deveres conjugais implicasse uma violação dos direitos de personalidade do cônjuge lesado”.

§ 4. Crítica e posição adotada

Como vimos, a obsolescência da regra da imunidade marcou, em definitivo, a entrada da responsabilidade civil no seio das relações familiares⁶⁶ e, como refere SALVATORE PATTI, autor de uma das obras de referência nesta matéria, “a superação da imunidade é o ângulo visual com o qual [deve ser] examinada a temática do ilícito entre familiares”⁶⁷. E, à primeira vista, tudo levaria a crer que o Código Civil português lhe teria dado assento legal.

Como vimos, o artigo 1792.º, n.º 1, do Código Civil, estabelece que “o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”. A norma legal remete, como se vê, para os “termos gerais da responsabilidade civil”, o que faz sem distinguir a modalidade (contratual ou extra-contratual)⁶⁸. A disposição legal aparece, portanto, “sem proclamação de circunscrições ou condicionamentos”⁶⁹, abrindo a porta, pelo seu teor literal, à responsabilidade civil emergente da violação de deveres conjugais.

Como vimos, aquela tese trata, contudo, de reconstruir o sentido e alcance desta norma, invocando, para o efeito, os elementos histórico e sistemático e lançando a compreensão da disposição

legal no horizonte mais alargado da conceção do divórcio e do casamento a que o legislador, bem ou mal, teria aderido. Contudo, os argumentos não nos parecem convincentes, pelas razões que cumpre discernir.

Desde logo, não somos convencidos pelo argumento histórico, que pensamos que até pode ser lido em sentido inverso⁷⁰, da mesma forma que o argumento sistemático não é determinante. Aliás, considerado em toda a sua amplitude, o argumento sistemático até reforça a nossa convicção, pois negar a responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais daria lugar a soluções perplexas no quadro do Direito da Família: nasceria a obrigação de indemnizar pela quebra da promessa de casamento⁷¹ e em caso de divórcio por alteração das facultades mentais do outro cônjuge (artigo 1781.º, alínea b), e artigo 1792.º, n.º 2, ambos do Código Civil), mas ignorar-se-iam os danos, muitas vezes em gravidade bem superior a estes, emergentes da violação dos deveres conjugais...⁷².

⁷⁰ Conforme se lê no Projeto de Lei n.º 509-X, “os pedidos de reparação de danos serão, em qualquer caso, julgados nos termos gerais da responsabilidade civil, nas acções próprias; este é um corolário da retirada da apreciação da culpa do âmbito das acções de divórcio”.

⁷¹ Cfr. artigo 1594.º do Código Civil. Realmente, como escreve JORGE ALBERTO PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, cit., p. 670, “se nem a liberdade matrimonial dita a eliminação da obrigação de indemnizar, porque há-de a existência desta obrigação suscitar reservas quando passa a estar em causa a violação de deveres que emergem do casamento?”. Repare-se que aquela norma chegou a ser usada pela corrente contrária uma vez que, se fosse intenção do legislador admitir o ressarcimento de danos originados no contexto familiar, então a norma do artigo 1594.º seria no mínimo redundante. A verdade é que como explica bem aquele autor, p. 679, o legislador quis deixar claro que os danos pelo rompimento da promessa de casamento seriam indemnizáveis porque poderia suscitar dúvidas essa solução “atendendo à convicção do grau de intangibilidade da liberdade matrimonial”. Acresce que, como explica o autor, os danos resultantes desse facto estão limitados pela lei por forma a encontrar um ponto de equilíbrio entre essa liberdade e a expectativa juridicamente tutelável da outra parte.

⁷² EVA DIAS COSTA, «A eliminação do divórcio litigioso por violação culposa dos deveres conjugais»: *E foram felizes para sempre...?*

⁶⁶ No apontamento correto de ANDREA NICOLUSSI, «Obblighi familiari di protezione e responsabilità», *Europa e Diritto Privato*, 2008, pp. 929-968, p. 962, “a questão da responsabilidade endo-familiar oferece um ponto de vista heurísticamente fértil sobre a evolução da família como instituto jurídico”.

⁶⁷ SALVATORE PATTI, *Famiglia e Responsabilità Civile...*, cit., p. 40.

⁶⁸ O argumento já tinha sido reparado no ac. de 13/03/1985 do STJ (A. CAMPOS COSTA), *BMJ*, 345 (1985), pp. 414-425, onde se escreve, p. 420, que “numa técnica legislativa perfeita não se justifica que um preceito especial (no caso, o artigo 1792.º) contemple uma situação que já se contra prevista numa norma de carácter geral, por isso que se deve entender que a reparação dos danos directos ocasionados pelos factos que determinaram o divórcio se não enquadra na previsão legal do artigo 1792.º, mas tão-só na do artigo 483.º”.

⁶⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, «A responsabilidade civil...», cit., p. 58.

Mais em profundidade, não cremos que a reconstrução do regime do divórcio e as suas implicações na compreensão do sentido do casamento suporte qualquer interpretação restritiva. Reconhecendo, como se disse introdutoriamente, que a análise deste problema não pode ser desligada dessa evolução histórica, ela não infirma, segundo pensamos, a possibilidade de recorrer à responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais. Concretamente, recusamos a ideia de que a Reforma do regime do divórcio, saída da intervenção legislativa de 2008, tenha “descalcificado” os deveres matrimoniais ao ponto de não associar à sua violação qualquer tipo de tutela⁷³.

Desde logo, a lei é clara ao vincular os cônjuges a esses deveres conjugais e, como tal, a sua violação não pode ser ignorada, se causadora de danos que merecem a tutela do Direito. Não concordamos, por isso, que a Reforma de 2008 tenha forjado uma nova categoria dogmática em relação ao estatuto pessoal do matrimónio. Não resistimos a citar o filósofo do Direito GUSTAV RADBRUCH quando, referindo-se à imperatividade das normas jurídicas, escreve, com uma certa dose de ironia, que a lei não levanta mais ou menos a voz para distinguir graus de imperatividade entre normas jurídicas⁷⁴... Os deveres conjugais não são “obrigações

naturais”, isto é, não se fundam “num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça”⁷⁵, ou, para utilizar uma expressão que entrou em voga, os deveres conjugais não são “recomendações agravadas”...

Como refere pertinentemente RITA LOBO XAVIER, “se a lei indica os deveres e direitos recíprocos dos cônjuges como conteúdo inalterável do contrato de casamento, tal indicação não pode deixar de supor a atuação do Direito nos momentos patológicos da relação”⁷⁶. E, se o cumprimento destes deveres não é passível, por definição, do recurso ao poder coercivo dos tribunais, negar também a possibilidade de ressarcimento torna estes deveres meramente nominais ou, para utilizar uma expressão mais sugestiva, tigres de papel, o que, como dissemos, não tem correspondência na lei⁷⁷. Tal como se interroga pertinentemente MASSIMO PARADISO, se a violação dos deveres conjugais, *maxime* do dever de fidelidade, não releva do ponto de vista delitual, qual o conteúdo útil que resta aos deveres de respeito, fidelidade, etc.? Porventura com alguma ironia, GIOVANNI BASINI escrevia

lador não baixa nem levanta uma só vez a voz com que nos intima os seus preceitos”.

⁷³ Estamos a citar, claro está, o artigo 402.º, do Código Civil.

⁷⁴ RITA LOBO XAVIER, «Direito ao divórcio, direitos recíprocos...», cit., p. 510. Em termos próximos, embora não se referindo expressamente ao instituto da Responsabilidade Civil, TIAGO AZEVEDO RAMALHO, *Contratos (Legitimidade. Contratos obrigacionais e aquisitivos. Contratos dispositivos. Atuação por conta de outrem)*, Gestlegal, Coimbra, 2021, p. 176, “impor-se-ia a vinculação inter-subjectiva dos cônjuges à observância dos deveres conjugais, sendo por isso chamados à responsabilidade pela respectiva inobservância”.

⁷⁵ FRANCISCO BRITO PEREIRA COELHO, «Deveres conjugais e responsabilidade civil...», cit., p. 64: “o casamento deixou de ser um compromisso gerador de deveres que tenham de ser cumpridos, passando a ser apenas um acordo que marca o início de uma comunhão de vida, no qual da qual se espera que os cônjuges adoptem certo comportamento, enquanto durar essa comunhão... tendo nós pois aqui, de alguma forma, uma categoria dogmática diversa do dever jurídico”.

Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio – actas do congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008, Coimbra, 2010, pp. 53-80, p. 77.

⁷³ CRISTINA DIAS, «Responsabilidade civil entre os cônjuges...», cit., p. 74, recusando que “a eliminação da violação culposa dos deveres conjugais como fundamento do divórcio implique um desvalor dos deveres conjugais e do seu incumprimento, afetando a juridicidade de tais deveres”. Em termos próximos, RUTE TEIXEIRA PEDRO, «A responsabilidade civil...», cit., p. 59: “desta afirmação não se pode concluir, no nosso ponto de vista, que tenha, do mesmo passo, suprimido o compromisso jurídico que o casamento consubstancia e a juridicidade dos deveres que dele emergem, quando se consideram na sua globalidade os dados do sistema”.

⁷⁴ GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, 6.ª ed., Arménio Amado Ed., Coimbra, 1979, trad. de L. CABRAL DE MONCADA, pp. 343-344: “o tom imperativo da linguagem do direito não conhece graus. O legis-

que um qualquer aluno principiante e “ingênuo” no Direito olharia para o artigo 1672.º do Código Civil (o autor refere-se ao artigo 143.º do *Codice Civile*, norma equivalente à portuguesa) e diria que a sua transgressão implicaria a obrigação de ressarcir o lesado⁷⁸.

De resto, e forçando a nota, esta “descalcificação” dos deveres conjugais não joga certo com uma certa expansão que alguns deveres têm conhecido, como é o caso paradigmático do dever de fidelidade, que está frequentemente em jogo nestas situações matrimoniais lesivas. Não ignorando a sua descriminalização⁷⁹ e, em certos contextos, uma relativa “liberalização” dessa obrigação⁸⁰, até já se discute se

o dever de fidelidade não abrangerá inclusivamente certos comportamentos à margem do envolvimento sexual e/ou emocional com outrem (dando de barato que abrange o envolvimento platónico⁸¹), como a procriação medicamente assistida, a inseminação artificial, a doação de esperma ou de óvulos, a vasectomia ou a esterilização, sem o consentimento do outro cônjuge⁸², o hábito (ou mesmo que só esporadicamente) de consultar *sites* ou con-

⁷⁸ GIOVANNI FRANCESCO BASINI, «Alcune considerazione in tema...», cit., p. 988.

⁷⁹ Era assim no artigo 404.º do Código Penal de 1852, manteve-se no Código Penal de 1886, mas veio a desaparecer no Código Penal de 1982, atualmente em vigor. Como refere certamente TERESA MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales» in: *Daños en el Derecho de Familia – Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Navarra, 2006, pp. 147-177, pp. 150-151, a descriminalização apenas retirou o estatuto de bem jurídico-penal à fidelidade conjugal, mas não lhe deu irrelevância delitual.

⁸⁰ O que até levantaria o problema de saber se serão válidos os acordos, ainda que tácitos, no sentido da liberalização do cumprimento do dever de fidelidade. Respondendo pela negativa, ADALGISA FRACCON, «I diritti della persona nel matrimonio...», cit., p. 377, e JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (org.), *Matrimonio y Divorcio...*, cit., p. 659. Porém, é da opinião contrária ROBERTO DE MICHEL, «La fedeltà» in: PAOLO CENDON (org.), *Il Diritto delle Relazioni Affettive – Nuova Responsabilità e Nuovi Danni*, Vol. I, CEDAM, 2005, pp. 265-338, pp. 328 ss., chamando a atenção para as novas tendências nas sociedades modernas baseadas numa certa ideia de libertinagem nas relações matrimoniais. Na verdade, as limitações legais à liberdade de estatuição em matéria matrimonial — cujos exemplos paradigmáticos são, definitivamente, os efeitos pessoais do casamento previstos no artigo 1672.º do Código Civil que não podem ser conformados pelas partes: artigo 1618.º, igualmente do Código Civil —, estão pensadas para uma sociedade que mudou radicalmente pelo menos desde 1942 e 1966, altura em que o *Codice Civile* italiano e o Código Civil português, respetivamente, foram aprovados. O autor dá o exemplo das atrizes / atores pornográficos, das prostitutas ou das atrizes / atores de telenovelas que se envolvem em cenas do foro sexual, que são casada(o)s existindo nesses casos um acordo tácito entre os cônjuges no sentido da exclusão da “irregularidade” desse comportamento. O autor não deixa de acrescentar, no entanto, que esse acordo é perfeitamente revogável, e de forma unilateral, podendo ficar “reestabelecido” o dever de fidelidade abrindo novamente espaço

para ações de responsabilidade civil. Também defende a validade de “pactos de suspensão da fidelidade”, JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE / PEDRO CHAPARRO MATAMOROS, «Responsabilità civile por incumplimiento...», cit., pp. 147-148, acrescentando que esse acordo, muitas vezes tácito, exclui a pretensão indemnizatória. O autor é da opinião, minoritária é certo, de que o dever de fidelidade está mais ligado a uma ideia de união espiritual baseada na expectativa e que pode subsistir ainda que haja infidelidade em sentido técnico. Modernamente, a tendência é para “minimizar o aspeto sexual” que, para os mais puristas, ainda continua a ser o “símbolo insubstituível da lealdade e fidedignidade na relação matrimonial”. No mesmo sentido, A. L. BUONADONNA / BRUNO DE FILLIPIS / LUCIANA IOSCA / SIMONA LUPO / MANLIO MEROLLA, *L’addebito di responsabilità...*, cit., pp. 50-51. Os autores escrevem, pp. 52-53, que as normas civis falam apenas em “dever de fidelidade” não se especificando em que circunstâncias é que tal dever se acharia violado. Em última análise, seriam as conceções dominantes que as ditariam. Questão bem diferente desta é a de considerar certas nuances caracterizadoras do regime da Responsabilidade Civil como o consentimento. Será talvez importante lembrar que o artigo 1780.º, alínea b), do Código Civil, entretanto revogado pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, excluía o direito ao divórcio quando o cônjuge houvesse “revelado pelo seu comportamento posterior, designadamente por perdão, expresso ou tácito, não considerar o acto praticado como impeditivo da vida em comum”. A tolerância e o perdão, outrora previstos como causas de exclusão do direito ao divórcio, podem agora ser encarados no contexto da Responsabilidade Civil. No entanto, nos casos de violência, mas também na infidelidade, a vítima está muitas vezes sujeita a uma estrutura de dominação psicológica criada pelo cônjuge infrator ou vive esperançosamente na ilusão da correção do cônjuge, numa reviravolta ou volte-face no comportamento do outro cônjuge, mas que é frequentemente baseada em promessas dissimuladas.

⁸¹ Ac. de 29/01/1987 do TRE (FARIA E SOUSA), BMJ, 365 (1987), p. 712 e ac. de 09/04/2013 do TRL (MANUEL MARQUES), proc. nr. 22317/09.9T2SNT.L1-1 (“consustancia uma violação do dever de fidelidade, a mera ligação sentimental do cônjuge marido para com outra mulher, pois que este dever tem por objecto a dedicação exclusiva e sincera, como consorte, de cada um dos cônjuges ao outro”). No mesmo sentido, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 329.

⁸² ADALGISA FRACCON, «I diritti della persona nel matrimonio...», cit., p. 378.

teúdo pornográfico, a utilização de linhas eróticas ou o *voyeurismo* lascivo e persistente sobretudo na presença de estranhos⁸³ ou nas redes sociais. Em síntese, parece hoje relativamente garantido e pacífico que “uma concepção puramente físico-sexual da fidelidade está em parte superada”⁸⁴.

Por outro lado, e mais em profundidade, acreditamos que a reforma do regime do divórcio não se repercute, necessariamente, na recusa de uma tutela ressarcitória pela violação dos deveres conjugais. Ainda que o legislador tenha querido facilitar a desvinculação conjugal, o casamento, por si só, só pode aumentar a responsabilidade entre quem o contraiu e não diminuir⁸⁵. Essa convicção

⁸³ ANNA MARIA FERRARA, «Le violazioni invisibili...», cit., p. 433.

⁸⁴ Como dizem PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, «Violazione dei doveri coniugali...», cit., p. 627. Como afirmam A. L. BUONADONNA / BRUNO DE FILLIPIS / LUCIANA IOSCA / SIMONA LUPO / MANLIO MEROLLA, *L'addebito di responsabilità nella separazione – profili civili e penali*, CEDAM, Milano, 2008, p. 50, o dever de fidelidade traduz-se, afinal, e mais amplamente, em “reservar ao cônjuge o posto mais importante na própria vida”.

⁸⁵ HEINRICH EWALD HÖRSTER, «A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges entre si (ou: a doutrina da “fragilidade da garantia” será válida?)», *Scientia Iuridica*, 1995, pp. 113-124, p. 117. Em termos próximos, ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, cit., p. 151: “a relação matrimonial não pode gerar um estado de menor responsabilidade em relação ao outro”. Criticamente, RITA LOBO XAVIER, «Direito ao divórcio, direitos recíprocos...» cit., p. 510: “uma união conjugal feliz dispensa qualquer lei, esta existe para intervir precisamente em situações de crise, quando a felicidade é abalada. Se hoje é certo que a relação conjugal pressupõe o amor, este, como tal, é insuscetível de proteção jurídica. Quando o amor acaba, o que a lei pode tutelar é apenas a confiança que foi depositada num projeto de vida em comum, e que foi concretizado numa comunhão de esforços, sobretudo de ordem patrimonial. E só o poderá fazer se reforçar o cumprimento do compromisso assumido através da responsabilização de quem não o cumprir. Quem se acolhe a uma instituição jurídica como o casamento, espera que o Estado tutele o investimento que representa o cumprimento dos deveres ligados à comunhão de vida. A irrelevância do incumprimento culposos dos deveres recíprocos que constituem o núcleo do casamento civil, como acto, e que foram assumidos pelos cônjuges, poderá levá-los a adotar comportamentos contrários aos valores implicados pela plena comunhão de vida, que é a essência do casamento civil como estado. Na verdade, durante a vida conjugal, os cônjuges assumem espontaneamente comportamentos de confiança, de partilha, de colaboração, de auxílio mútuo: constroem uma comunhão de

interesses, de esforços e de renúncias recíprocas. Parece-me evidente que uma lei que define e promove o cumprimento de determinados deveres conjugais, em ordem à criação dos benefícios a ele associados, e depois não obriga quem os violou à reparação dos danos resultantes dessa violação, contribui para que tais comportamentos não sejam verdadeiramente assumidos pelos cônjuges. Não haverá coerência na disciplina legal que promova tais atitudes durante o casamento e as infirma no momento do divórcio”. JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (Org.), *Matrimonio y Divorcio...*, cit., p. 658, escreve que “ao cônjuge não se pode exigir amor, nem devoção nem dedicação abnegada ao outro, mas sim uma responsabilidade que contraiu perante o outro”.

Sublinhando o ponto, não nos parece determinante que o legislador tenha, bem ou mal, facilitado a dissolução do vínculo matrimonial, permitindo praticamente — embora não rigorosamente⁸⁸ — a sua cessação *ad nutum*. As partes podem, é certo, libertar-se do vínculo matrimonial

interesses, de esforços e de renúncias recíprocas. Parece-me evidente que uma lei que define e promove o cumprimento de determinados deveres conjugais, em ordem à criação dos benefícios a ele associados, e depois não obriga quem os violou à reparação dos danos resultantes dessa violação, contribui para que tais comportamentos não sejam verdadeiramente assumidos pelos cônjuges. Não haverá coerência na disciplina legal que promova tais atitudes durante o casamento e as infirma no momento do divórcio”. JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (Org.), *Matrimonio y Divorcio...*, cit., p. 658, escreve que “ao cônjuge não se pode exigir amor, nem devoção nem dedicação abnegada ao outro, mas sim uma responsabilidade que contraiu perante o outro”.

⁸⁶ Na imagem sugestiva de FRANCESCO BILOTTA / PAOLO CENDON, «Infidelità coniugale...», cit., p. 91, “nenhum dos cônjuges, na suposição de que não vivem na Disneylândia, ignora que o investimento afetivo/material cultivado por um número de anos considerável, poderá revelar-se em vão mais ou menos indiferentemente”...

⁸⁷ CRISTINA DIAS, «Responsabilidade civil entre os cônjuges – o afastamento da fragilidade da garantia e o papel dos Tribunais» in: *Dizer o Direito: o papel dos tribunais no século XXI — Atas do VII Congresso Internacional “Direito na Lusofonia”*, Universidade do Minho, 2021, pp. 67-74, p. 69.

⁸⁸ Com efeito, e como reconhece FRANCISCO BRITO PEREIRA COELHO, «Deveres conjugais e responsabilidade civil...», cit., p. 65, n. 45, em rigor no divórcio não está em causa uma cessação *ad nutum* porque a lei exige a verificação de uma das situações objetivas previstas na lei.

à margem de qualquer juízo de censura e fazendo-se valer de situações objetivas que, em termos práticos, quase que correspondem ao decurso do tempo (estamos a referir-nos, claro está, à separação de facto com a duração de pelo menos 1 ano). Mas isso não prejudica que, durante a pendência do matrimónio, não vigorem verdadeiros deveres que vinculam as partes ao seu cumprimento.

Embora o paralelismo não seja certamente o melhor, algo de semelhante se passa, de certa forma, no contrato de trabalho: durante o período experimental, também as partes podem desvincular-se livremente, sem necessidade de invocação de motivo, mas tal não prejudica que qualquer uma delas possa responder civilmente pelos danos causados pela violação de quaisquer deveres. Adicionalmente, o trabalhador pode, a todo o tempo, mesmo após o período experimental, denunciar o seu contrato de trabalho, mas essa faculdade de colocar termo ao contrato *ad nutum* não o iliba de responsabilidade civil se, durante a vigência do acordo, por qualquer razão, violar os seus deveres laborais. Estamos conscientes, claro está, de que o regime da cessação do contrato de trabalho está animado por razões de política constitucional e legislativa bem diversas daquelas que suportam o regime da cessação do contrato de casamento. Contudo, o que pretendemos evidenciar é que, mesmo nos contratos que subsistem como que precariamente, porque podem ser cessados *ad nutum*, tal como também acontece, em geral, de resto, com os contratos duradouros, tal não significa que as partes, enquanto vigore o acordo, não estejam verdadeiramente vinculadas ao cumprimento dos deveres emergentes do contrato celebrado e, por isso, respondem, ou podem responder, pelos danos causados pelo seu incumprimento.

Finalmente, um contrato que está rodeado de um aparato formal e cerimonial, que é tão exigente quanto aos seus pressupostos (mormente, quanto à capacidade para a sua celebração) e que tem uma carga de imperatividade tal que até não permite às partes a modelação do estatuto pessoal — aquilo que RUTE TEIXEIRA PEDRO chama sugestivamente de “teia regulatória”⁸⁹ — não se concilia bem com a recusa de qualquer tutela quanto à violação dos deveres conjugais emergentes da relação conjugal. Defender tal interpretação seria aquilo que um autor já descreveu, numa expressão muito bem conseguida, como “a hiper-juridificação formal e a desjuridificação substancial das relações familiares”⁹⁰.

É certo que o Direito não pode ignorar o ambiente particular em que o dano ocorre, a família⁹¹, e, mais concretamente, o matrimónio⁹². No entanto, considerar as especificidades do contexto lesivo, o que a responsabilidade civil faz em qualquer caso, é diferente de pretender branquear o dano, tornando-o juridicamente irrelevante⁹³. Mais do que uma crise familiar, que se pretende sanar pelos mecanismos próprios do Direito da Família, como o divórcio ou a separação de pessoas e bens, o que está aqui em causa é a ocorrência de um ilícito civil cuja reparação não é feita, porque não pode ser, através daqueles mecanismos⁹⁴.

⁸⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, «A responsabilidade civil...», cit., p. 60.

⁹⁰ MASSIMO PARADISO, «Famiglia e responsabilità civile...», cit., p. 1690.

⁹¹ GIULIO RAMACCIONI, «I c.d. danni intrafamiliari...», cit., p. 183.

⁹² ANDREA NICOLUSSI, «Obblighi familiari di protezione...», cit., p. 941.

⁹³ JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE / PEDRO CHAPARRO MATAMOROS, «Responsabilità civile por incumplimiento de los deberes conyugales» in: *Responsabilidad Civil en el Ambito de las Relaciones Familiares*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 103-174, p. 122.

⁹⁴ CESARE RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina – Libro I: delle persona e della famiglia – Tomo II (artt. 79-149)* [ALFIO FINOCCHIARO (org.)], Giuffrè Ed., Milano, 2005, pp. 943-944. Como explica muito bem JORGE ALBERTO PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal...*, cit., p. 684, o divórcio segue, sobretudo após a reforma

Dúvidas parecem não existir de que há danos, fruto da violação de deveres conjugais, que, pela sua gravidade, caem definitivamente numa “zona de insuportabilidade”⁹⁵ e que, por isso, merecem a tutela do Direito. Já não apenas os danos que podem rodear o divórcio, como a desconsideração social, a dor psicológica por um investimento pessoal fracassado⁹⁶, a ruína da convicção legítima de que o casamento “é para durar até ao último dia das suas vidas”⁹⁷ ou o “abalo às convicções religiosas do cônjuge”⁹⁸.

Para além destes danos, há comportamentos desviantes durante a vida conjugal que são uma fonte privilegiada de danos e os casos relatados pela nossa jurisprudência estão aí para o provar: pode ignorar-se a conduta do Réu que, abandonando o lar, mantém relações adúlteras e ignora a Autora e a família⁹⁹ ou do Réu que tem um filho fora do matrimónio, escondendo esse facto da mulher, deixando-a assim “desiludida e, acima de tudo, vencida e humilhada”¹⁰⁰? Poderá ficar sem tutela a Autora que apanha o seu marido em flagrante na cama com outro homem, vindo a descobrir, apenas nesse momento,

que ele é homossexual¹⁰¹? Não merece ressarcimento o dano provocado pelo comportamento do Autor que, mantendo relações extra-conjugais, inclusivamente publica um anúncio no Jornal à procura de mulher com o seu contacto telefónico¹⁰²? Que dizer do comportamento do cônjuge que frequentemente consome drogas duras em casa, juntamente com amigos, ignorando a Autora¹⁰³? Não são estes danos — e outros poderiam ser referidos — altamente lesivos para “numa esposa e mãe dedicada e até como cidadã”¹⁰⁴? E ainda é preciso contar com as “violações invisíveis”, insidiosas, camufladas em comportamentos aparentemente estereis e inofensivos¹⁰⁵, mas que podem ser altamente dolorosos e fonte de danos que devem merecer a tutela do Direito¹⁰⁶.

do Direito da Família, finalidades diversas que não se confundem com as finalidades da responsabilidade civil. O fundamento do divórcio está na rutura da vida em comum ao passo que o que faz acionar a tutela indemnizatória é a verificação de um dano. Os mecanismos familiares podem entrar em concurso com os mecanismos da tutela delitual porque não vigora um sistema de *non cumul*: com esta opinião, ERWIN DEUTSCH, «Familienrechte als Haftungsrecht...», cit., p. 585.

⁹⁵ ANNA MARIA FERRARA, «Le violazione invisibili...», cit., p. 418.

⁹⁶ FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família...*, cit., p. 708.

⁹⁷ Assim, ac. de 28/05/1998 do STJ (SAMPAIO NÓVOA), BMJ, 477 (1998), pp. 518-523.

⁹⁸ ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, cit., pp. 150-151.

⁹⁹ Ac. de 05/12/2016 do STJ (TOMÉ GOMES), proc. nr. 2325/12.3TVLSB.L1.S1.

¹⁰⁰ Ac. de 29/09/2020 do TRL (MARIA DA CONCEIÇÃO SAAVEDRA), proc. nr. 288/18.0T8SNT.L1-7.

¹⁰¹ Ac. de 26/06/1991 do STJ (TATO MARINHO), BMJ, 408 (1991), pp. 538-543: “a prática da homossexualidade ofende a respeitabilidade do outro cônjuge e atinge o casal na consideração social e apreço público”. Antes: “não é com indiferença que um cônjuge, querendo ser pai ou mãe, e completar, em pleno, o seu anseio em actos sexuais, gerador de amor e de novas vidas, se depare com um homossexual que frustrate os seus naturais anseios de dar e receber amor?”.

¹⁰² Ac. de 03/04/2004 do STJ (FERREIRA DE ALMEIDA), proc. nr. 04B030.

¹⁰³ Ac. de 13/07/2013 do TRL (MARIA JOSÉ MOURO), proc. nr. 2155/15.0T8PDL.L1-2. Também HEINRICH EWALD HÖRSTER, «A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges...», cit., p. 117, refere: “basta pensar no cultivo de certas más companhias que não só degradam a imagem do cônjuge que as tem, mas ainda destroem a reputação do seu consorte; ou nos efeitos nefastos que a embriaguez e/ou a vadiagem podem causar na pessoa do outro; ou em alusões não decentes, feitas repetidamente e em público por uma mulher enviuvada ou divorciada quanto à virilidade do actual marido em comparação com os anteriores, alusões susceptíveis de minar por completo a autoconfiança, e não só, do marido; ou em observações depreciativas quanto ao aspecto físico ou a carreira profissional mal sucedida do outro; etc. Estes comportamentos, violadores de deveres conjugais, podem causar danos morais de tal gravidade que a sua reparação, pura e simplesmente, se impõe”.

¹⁰⁴ Ac. de 01/07/2003 do TRL (PIMENTEL MARCOS), proc. nr. 4896/2003-7.

¹⁰⁵ A expressão é de ANNA MARIA FERRARA, «Le violazione invisibili...», cit., pp. 430-431, que enumera vários comportamentos do cônjuge que vão corroendo a relação matrimonial.

¹⁰⁶ MASSIMO PARADISO, «Famiglia e responsabilità civile...», cit., pp. 1679-1680.

Segundo pensamos, a responsabilidade civil acaba por ser o último reduto que dá algum valor jurídico a estes deveres¹⁰⁷, garantindo que a violação dos direitos familiares e, mais concretamente, dos deveres conjugais, não passa impunemente¹⁰⁸. Reconhecendo que a responsabilidade civil não tem um escopo punitivo, mas sim uma finalidade exclusivamente reparadora, talvez tenha uma certa razão LAURA LÓPEZ DA LA CRUZ quando afirma que os sistemas de divórcio independentes do apuramento da culpa significam uma oportunidade, para a responsabilidade civil, “de recuperar um certo juízo moral ou crítico sobre o comportamento dos cônjuges durante o matrimónio”¹⁰⁹, contribuindo, ainda que indiretamente, para a sensibilização social para o problema e prevenindo a sociedade para os infratores¹¹⁰.

§ 5. Síntese conclusiva

Como vimos, segundo o artigo 1792.º, n.º 1, do Código Civil, “o cônjuge lesado tem o direito

¹⁰⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, «A responsabilidade civil...», cit., p. 59: “tendo sido eliminada a relevância da culpa também na conformação dos efeitos do divórcio, só através do funcionamento do instituto da responsabilidade civil se poderá juridicamente reconhecer relevo à conduta culposa de um dos cônjuges”.

¹⁰⁸ ALMA M.ª RODRÍGUEZ GUTIÁN, «Función de la responsabilidad civil...», cit., p. 72. GIULIO RAMACCIONI, «I c.d. danni intrafamiliari...», cit., p. 182: “a responsabilidade civil como instituto mais versátil para responder às múltiplas instâncias de tutela que surge no interior da família”.

¹⁰⁹ LAURA LÓPEZ DE LA CRUZ, «El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales», Barcelona, 2010 (disponível em www.indret.com), p. 5.

¹¹⁰ CARL TOBIAS, «Interspousal tort immunity...», cit., p. 475.

de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”. Tudo levaria a crer que o legislador teria reconhecido, em pleno, a responsabilidade civil no domínio das relações matrimoniais, possibilitando a reparação não só dos danos causados pelo divórcio e pela violação de direitos de absolutos, o que sempre fora admitido pela doutrina e pelos tribunais, mas também dos danos emergentes da violação de deveres conjugais, como o dever de fidelidade, assistência, coabitação, etc.

Acontece que ainda subsiste, na nossa literatura jurídica, uma certa interpretação que exclui a responsabilidade civil nos casos de violação dos deveres conjugais, entendimento que, mais recentemente, tem sido avalizado por alguma jurisprudência dos nossos tribunais que, de forma categórica ou ambígua, tem ancorado essa interpretação.

Procurando extrair consequências argumentativas do novo regime do divórcio e da nova conceção de casamento a que o legislador pretensamente teria aderido — suportada, em suma, “nesses amanhãs que cantam da privacidade e auto-regulamentação”¹¹¹ — essa interpretação não só não corresponde ao teor literal da norma acima citada como se serve de argumentos que não nos parecem convincentes, como procurámos demonstrar, pretendendo deixar sem tutela danos que podem ser altamente dolorosos e dilacerantes para o cônjuge lesado.

¹¹¹ RITA LOBO XAVIER, *Ensinar direito da família*, Universidade Católica Editora, Porto, 2008, p. 109.

DENÚNCIAS E DECLARAÇÕES FALSAS NO CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA CÔNJUGE OU ANÁLOGO: UM ATO DE VIOLÊNCIA NÃO SÓ CONTRA A PESSOA DENUNCIADA, MAS TAMBÉM CONTRA FILHOS

Marta de Bastos Graça

Licenciada em Direito e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais, pela FDUC

Resumo: *A expressão popular “Quem mais jura, mais mente” denuncia a ideia de que em Tribunal é comum mentir-se. Mas e quando se mente em questões que envolvem crimes violentos, e, especificamente, também crianças? Deve ou não o sistema estar ainda mais alerta? Quais os motivos subjacentes às denúncias e declarações falsas? E quem são as verdadeiras vítimas? De que números estamos a falar? E como reagir? Analisaremos, criticamente, o sistema, partindo do momento da apresentação de uma queixa-crime, por violência doméstica, entre cônjuges ou análogos, estudando desde as legislações convocadas, às medidas cautelares comumente praticadas, aos mecanismos existentes de proteção das vítimas e às possíveis medidas de coação a aplicar ao arguido. Discorremos acerca dos efeitos de declarações falsas num crime (afinal inexistente) de Violência Doméstica e os seus efeitos para o arguido, para os filhos e para o próprio sistema, procurando as brechas do sistema que poderão estar a potenciar o uma utilização fraudulenta e quais os mecanismos de reação que o mesmo apresenta.*

Palavras-chave: *Denúncias falsas. Declarações falsas. Violência doméstica. Superior interesse da criança. Princípio da presunção de vitimização. Princípio da presunção de inocência.*

Abstract: *The popular expression “Whoever swears the most, lies the most” denounces the idea that in Court it is common to lie. But what about when the lie is on issues involving violent crime, and specifically children as well? Should or shouldn’t the system be even more alert? What are the reasons behind false reports and statements? And who are the real victims? What numbers are we talking about? And how to react? We will critically analyze the system, starting from the moment of filing a criminal complaint, for domestic violence, between spouses or alike, studying from the convened legislation, the*

commonly applied precautionary measures, the existing mechanisms for protecting victims and possible measures of coercion to be applied to the defendant. We will also discuss the effects of false statements in a crime (after all, non-existent) of Domestic Violence and its effects for the defendant, for the children and for the system itself, looking for loopholes in the system that may be potentiating fraudulent use and what are the reaction mechanisms that it presents.

Keywords: *False reports. False statements. Domestic violence. Superior interest of children. Presumption of victimhood. Presumption of innocence.*

1. Introdução

A nível mundial, o fenómeno da violência tem gerado reflexões e, conseqüentemente, ações com vista à prevenção e proteção de vítimas, no sentido de erradicar o que se entende constituir uma grave violação dos direitos humanos e um problema de Saúde Pública. A violência doméstica (VD), em particular, constitui uma preocupação atual, crescendo a intolerância face à perpetuação da violência num ambiente que se espera(va) de segurança – a família. Deste modo, o entendimento acerca da necessidade de intervenção no seio familiar tem vindo a mudar e diversas têm sido as convenções, diretivas ou legislação, com vista a acabar com as

cifras negras¹ da violência doméstica e aumentar o nível de proteção das vítimas. Reconhecendo essas cifras negras, alguns autores², por analogia com o princípio da presunção de inocência (do arguido), reclamam (para a vítima) o reconhecimento de um *princípio de presunção de vitimização* assente na crença do sistema segundo a qual qualquer pessoa queixosa é uma “vítima real” até que se prove o contrário. A assunção de tal presunção gera, contudo, a percepção de que quando a vítima grita por auxílio, o sistema acode, levantando-se, conseqüentemente, a questão se não haverá quem com isso idealize obter ganhos. E, assim sendo, será que o sistema está preparado para encontrar e punir quem o tenta iludir?

2. A violência doméstica

“Fenómeno criminal de inequívoca gravidade, evidenciada, entre outros indicadores, pelo elevado número de inquéritos registados, de vítimas que provoca e de desfechos letais verificados, a violência doméstica constitui, no panorama nacional, um problema social de indiscutível relevância.”

Diretiva n.º 5/2019, de 15/11, da Procuradoria-Geral da República³

O combate à violência (no seu sentido mais lato) tem vindo a afirmar-se como uma bandeira de várias organizações internacionais, tais como a Organização das Nações Unidas, a Organização

Mundial de Saúde ou a Comissão Europeia, que têm investido num incremento da proteção dos direitos fundamentais das vítimas⁴, nomeadamente as vítimas mais vulneráveis, identificadas como sendo mulheres, crianças e idosos.

Em particular, o combate à VD revela-se uma das preocupações mais prementes, intensificando-se os estudos que não se limitam exclusivamente à área do direito, mas à interseção de várias áreas como a criminologia, a sociologia e a psicologia, no sentido de dar a melhor resposta possível a este fenómeno do qual resulta uma “diversidade de conseqüências e danos físicos, psicológicos, relacionais, etc, que, nos casos mais graves, poderão conduzir à incapacitação, temporária ou permanente, da vítima ou, mesmo, à sua morte”⁵.

A. A evolução da criminalização do fenómeno em Portugal

Em Portugal, apenas com a Constituição da República Portuguesa (CRP), de 1976, e a consagração de princípios como a dignidade humana e seus afloramentos, como o princípio da igualdade, foi aberto caminho para as mudanças na legislação penal. Em 1982, o Código Penal (CP) apresentava o esboço daquele que viria a ser o crime de VD, sob a epígrafe: “Maus tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges”⁶ (n.º

¹ Cifras negras (“*dark figures of crime*”) é o nome dado pela criminologia ao fenómeno da discrepância entre os factos que aconteceram e os relatados.

² TERESA LANCRY A. S. ROBALO, que secunda os autores M.E.I. Brienen e E. H. Hoegen in “Princípio da presunção de vitimização e princípio da presunção de inocência Um combate de titãs?” in *Revista do Ministério Público*, n.º 159, setembro 2019, 180-182 e 191-192; GABRIELA CAMPOS PEDROSO, *Victim Participation and the Presumption of Innocence at the International Criminal Court*, 2019, disponível em: <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=148269>, 45 e ss.

³ http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/diretiva_num_5_2019.pdf

⁴ Sobre o “vitimocentrismo” e a crescente defesa dos direitos das vítimas, vide *per todos* MARIA DO CARMO SARAIVA DE MENEZES DA SILVA SIAS, “Ofendida, lesada, assistente, vítima – definição e intervenção processual”, *Julgar online*, 2019, disponível em: <http://julgar.pt/ofendida-lesada-assistente-vitima-definicao-e-intervencao-processual/>.

⁵ *Violência Doméstica implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno*, Manual Pluridisciplinar, Centro de Estudos Judiciários, 2016, 40, e-book, disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Violencia-Domestica-CEJ_p02_rev2c-EBOOK_ver_final.pdf

⁶ Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/319744/details/maximized>.

3 do art. 153.º) – onde se previa o crime contra o cônjuge em razão de determinados tratamentos infligidos, concebido como crime público. Em 1995⁷, perde (até 2000) o estatuto de crime público e recua um número no Código, passando a estar previsto no art. 152.º. Desde então, o regime legal substantivo e processual da VD tem sido alvo de profundas alterações (1998, 2000, 2007, 2013, 2018 e 2021), mais vezes até do que seria desejável numa lei penal⁸, embora justificadas pela crescente necessidade de abranger as várias formas de violência, de criar mecanismos de proteção às vítimas, de fomentar a denúncia e, assim, combater as cifras negras. A par de tais alterações à lei, surge a Lei-quadro de Política Criminal⁹ com orientações para a prossecução da ação penal pelo MP, que abre a porta às sucessivas leis concretizadoras de política criminal (programadas em biénios), que desde então vêm sendo aprovadas pela Assembleia da República, a mais recente, a Lei n.º 55/2020, de 27/08 (Lei de Política Criminal Biénio 2020-2022), onde encontramos como objetivos específicos de política criminal a prevenção, repressão e redução da criminalidade violenta (onde se inclui o crime de VD), assim como a proteção das vítimas especialmente vulneráveis, assumindo-se, com esse desiderato, a prioridade da prevenção e da investigação da VD, atenta a dignidade dos bens jurídicos tutelados e a necessidade de proteger potenciais vítimas (arts. 3.º, 4.º e 5.º). Paralelamente, surgem Planos Nacionais contra a Violência Doméstica¹⁰ e diversa

legislação em torno da temática¹¹, nomeadamente em matéria de saúde e isenção de taxas moderadoras, de regulação de responsabilidades parentais, de indemnização às vítimas, de proteção de testemunhas, de vigilância eletrónica, de prevenção e assistência às vítimas (Lei n.º 112/2009, de 16/09 e Lei n.º 130/2015, de 04/09, que cria o “Estatuto da Vítima”, por força da transposição da Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25/10) e surgem manuais de boas práticas e guias de intervenção no crime de VD¹², com vista a dotar todos os agentes em contacto com as vítimas de especiais competências para atendimento, almejando evitar a vitimização secundária¹³. Muitas destas alterações são fruto de exigências internacionais, como é o caso da *Convenção de Istambul*¹⁴, em vigor em Portugal, desde agosto de 2014.

Desde a última alteração, em 2021¹⁵, o crime de VD materializa-se num extenso art. – o já mencionado 152.º do CP –, que visa punir quem “infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais ou impedir o acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comuns” a um leque de sujeitos que se encontram para com

25

recente, de 2014.

¹¹ Para análise da legislação na área da VD, indica-se o *site* do parlamento: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/Legislacao_AreaViolenciaDomestica.aspx#ADT.

¹² Emanados do Estado, através da Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (CIG) e de outras instituições de apoio a vítimas de crime, como a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV).

¹³ A vitimização secundária, vitimização institucional ou revitimização é entendida como a sujeição da vítima a perguntas constantes e repetidas acerca do evento traumático. A prevenção é feita através da articulação e passagem de informação entre os vários profissionais envolvidos, evitando que a pessoa tenha que repetir várias vezes o seu testemunho.

¹⁴ Ou *Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as Mulheres e a violência doméstica*.

¹⁵ Pela Lei n.º 57/2021, de 16/08.

⁷ Decreto-lei n.º 48/95, de 15/03, ainda hoje é o diploma que consagra o Código Penal.

⁸ No mesmo sentido, PEDRO CAEIRO, *Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica*, junho de 2019, 4, disponível em: <https://bit.ly/34UZFrE>.

⁹ Lei n.º 17/2006, de 23/05.

¹⁰ De aprovação e elaboração da competência do Governo (art. 4.º da Lei n.º 112/2009, de 16/09). O primeiro data de 1999; o mais

a vítima numa relação particular de proximidade, sendo a moldura penal abstrata deste crime de um a cinco anos, “se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”. No mesmo art., os n.ºs 2 e 3 preveem agravações para situações em que o crime ocorre na presença de menor ou com recurso a *internet* ou outros meios de difusão e, ainda, se o crime conduzir a um resultado de ofensa à integridade física grave ou morte. Os n.ºs 4, 5 e 6 contemplam penas acessórias específicas, onde se inclui a proibição de contacto com a vítima e a inibição do exercício de responsabilidades parentais), entre outras. O tipo de ilícito acaba por englobar, na sua previsão, factos que singularmente considerados podem integrar a prática de outros tipos de ilícito¹⁶, sendo entendimento da doutrina e jurisprudência maioritárias nacionais¹⁷, assim como da jurisprudência supranacional¹⁸ o de que este tipo de ilícito almeja a proteção de um complexo e plural bem jurídico que, em geral, se reconduz à “dignidade humana e, em particular, à saúde”^{19,20}.

¹⁶ Como os crimes contra a integridade física, os crimes sexuais, de sequestro, injúrias, difamação, devassa da vida privada, coação, homicídio, entre outros.

¹⁷ ANDRÉ LAMAS LEITE, “A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia”, *Julgar*, n.º 12, 2010, 48-51, especialmente, 49, disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2010/09/025-066-Viol%C3%Aancia-relacional-%C3%A-Dntima.pdf>. No mesmo sentido, PLÁCIDO CONDE FERNANDES, “Violência Doméstica Novo quadro penal e processual penal”, *Revista do CEJ*, VIII, 2008, 304-306. E Autores aí indicados.

¹⁸ Mormente, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, cfr. ANDRÉ LAMAS LEITE, “A violência...” (nota 17).

¹⁹ Ac. do STJ, de 30-10-2003 (Relator Pereira Madeira, proc. 03P3252), disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a819f3ee5cc76a6480256df8002ca408?OpenDocument>; ou, mais recentemente, Ac. do TRC, de 18-12-2019, (Relator Alice Santos, proc. 169/18.8PBCLD.C1), disponível em: <https://trc.pt/violencia-domestica-bem-juridico-protetido/>.

²⁰ Em sentido divergente, não reconhecendo o bem jurídico dignidade humana como verdadeiro bem jurídico-penal, identificando, antes, o bem jurídico saúde como o bem protegido na incriminação legal

Este estudo centrar-se-á nos efeitos das declarações falsas no crime de VD contra cônjuge ou análogos, tenha ou não existido coabitação e, particularmente, em casos onde existem filhos, especialmente menores, pela sua maior dependência face aos progenitores.

3. Declarações falsas, falsas declarações e denúncia caluniosa

A escolha da expressão “declarações falsas” para este estudo é intencional e pretende demarcar-se do crime de falsas declarações, previsto no art. 348.º-A, e do crime de denúncia caluniosa, previsto no art. 365.º, do CP, embora abrangendo-os. Analisando o que os distingue, percebemos que pratica um crime de falsas declarações “[q]uem declarar ou atestar falsamente à autoridade pública ou a funcionário no exercício das suas funções identidade, estado ou outra qualidade a que a lei atribua efeitos jurídicos, próprios ou alheios (...)”, por sua vez, pratica um crime de denúncia caluniosa “[q]uem, por qualquer meio, perante autoridade ou publicamente, com a consciência da falsidade da imputação, denunciar ou lançar sobre determinada pessoa a suspeita da prática de crime, com intenção de que contra ela se instaure procedimento”. Para falarmos de declarações falsas no crime de VD, tem de ter existido, primeiramente, uma denúncia caluniosa, mas consideramos que também falsas declarações visando terceiros, ou seja, declarações que sendo falsas são feitas com vista a prejudicar

em discussão, cfr.: NUNO BRANDÃO, “A tutela penal especial reforçada da violência doméstica” in *Julgar*, n.º 12 (especial), 2010, 14-18, especialmente, 17-18. No mesmo sentido, Ac. do TRP, de 10-07-2013

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/d5736e797d7d974b80257bad0046b66e?OpenDocument>; e Ac. do TRL, de 19-04-2017,

http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostra_doc.php?codarea=57&nid=5239.

outrem, podem igualmente desencadear efeitos jurídicos com extrema relevância no contexto deste crime. Assim, a escolha da expressão “declarações falsas” é, neste estudo, utilizada num sentido lato, uma vez que se refere a inverdades declaradas no processo penal, quer sejam anteriores a um processo e tenham em vista a instauração de um procedimento criminal ou quando estas ocorrem já no desenrolar de um processo, com vista ao desencadeamento de efeitos jurídicos alheios.

A. A particularidade das declarações falsas no crime de Violência Doméstica, entre cônjuges ou análogos, com filhos menores

Declarações falsas em processo penal são comuns, existindo as já referidas previsões na lei para dar resposta a esses casos. A particularidade das declarações falsas no crime de VD, entre cônjuges ou análogos, com filhos, prende-se com os efeitos jurídicos produzidos não só na vida do arguido, como na vida de terceiros, mormente, filhos menores, fora do processo penal e já na jurisdição cível, motivados pela defesa do *princípio do superior interesse da criança*. Algumas vezes têm precisamente identificado que subjacente a declarações falsas em contexto do crime de VD estão por vezes motivações ligadas aos filhos, como a ideia de obter a “guarda” exclusiva destes²¹,

²¹ “Muitas vezes é usada a ‘bomba atômica’ [da denúncia de abuso sexual e violência doméstica] para tirar partido”, e assim tentar impedir o outro progenitor de ter acesso aos filhos, em caso de divórcio. O alerta vem de Joaquim Manuel Silva, o juiz de família e menores do Tribunal de Mafra (...)” cfr. Entrevista de Paulo Farinha, de 15/11/2019, disponível em: <https://life.dn.pt/joaquim-manuel-silva-denuncias-falsas-violencia-domestica-abuso-sexual/ninguem-disse-que-isto-ia-ser-facil/354244/>. Cfr., também, o *Estudo Avaliativo das decisões judiciais em matéria de VD*, CIG, 2016, 91 (https://popdesenvolvimento.org/images/noticias/ViolenciaDomestica_EstudoAvaliativo-DecisoesJudiciais.pdf)

alimentos²², destino da casa de morada de família²³ ou, ainda, a simples vingança. Consequentemente, é nosso objetivo neste ensejo perceber se tais motivações têm fundamento, identificando as presunções e regras que nesta matéria encontramos na lei, como são desencadeadas e os efeitos que geram. O entendimento acerca da criança na família tem sofrido alterações, entendendo-se, atualmente, que o *superior interesse da criança* deve estar no centro das decisões que as afetam – um conceito indeterminado, que a lei não define, mas que vai densificando ao longo do texto legal. A consolidação de tal entendimento na lei chegou em 2008 (Lei n.º 61/2008, de 31/10), provocando grandes alterações ao Código Civil (CC), na matéria respeitante às responsabilidades parentais (RP), vulgo “poderes paternais”.

O *superior interesse da criança* dita que esta mantenha com ambos os progenitores uma relação de grande proximidade (n.º 7 do art. 1906.º do CC), ainda que estes estejam separados. Por esse motivo, a regra em matéria de RP passou a ser a do exercício em comum por ambos os progenitores no que concerne às questões de particular importância para a vida do filho, ainda que a criança resida exclusivamente com um progenitor (n.º 2 do art. 1901.º e n.º 1 do art. 1906.º do CC), o que

²² Contribui para isto o facto dos Tribunais definirem a pensão alimentar a favor de menor, independentemente da condição socioeconómica do progenitor não residente, cfr. a título de exemplo: Ac. de 08.05.2013 (Proc. 1015/11.9TMPRT.P1.S1), Ac. 13.03.2014 (Proc. 251/13.8TBGM-R-G1), Ac. de 11.07.2013 (Proc. 232/10.3TBVV.G1) e outros, sendo mesmo considerado que, em sede de fixação de pensão de alimentos, o que sobreleva são as necessidades dos filhos e não a “disponibilidade económica do progenitor devedor de alimentos”, Ac. de 04.12.2012, Proc. 731/04.6TMLS-B-H.L1-1, todos disponíveis em [dgsi.pt](https://tsj.pt).

²³ Contribui para tal a disposição prevista no art. 1793.º do CC, prevenindo a possibilidade do “tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada da família, quer esta seja comum quer própria do outro, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal”, o que, perante uma situação de alegada violência doméstica, pode beneficiar a alegada vítima.

não acontecia antes, pois as RP recaíam exclusivamente sobre o progenitor que ficava com a guarda exclusiva do filho²⁴. Tal regra, como dispõe o n.º 2 do mesmo art., só poderá ser derogada se em causa estiver o superior interesse da criança: [q]uando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho for julgado contrário aos interesses deste, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores”. Dispondo o art. 1906.º-A do CC que: “[p]ara efeitos do n.º 2 do artigo anterior, considera-se que o exercício em comum das responsabilidades parentais pode ser julgado contrário aos interesses do filho se: a) For decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou b) Estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças”. Encontramos idêntica disposição na Lei n.º 141/2015, de 08/09 (Regime Geral do Processo Tutelar Cível [RGPTC])²⁵, especificamente, n.ºs 8 e 9 do art. 40.º; sendo que este art.

acrescenta, ainda, a possibilidade de o regime de visitas poder ser condicionado ou mesmo suspenso “pelo período de tempo que se revele estritamente necessário”, nos termos dos n.ºs 10 e 3, respetivamente. Podendo a inibição do exercício das RP ser decretada, nos termos do art. 1915.º do CC e 52.º do RGPTC, “quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, se não mostre em condições de cumprir aqueles deveres”.

Tais disposições conjugadas significam que se o Tribunal considerar ser contrário ao *superior interesse da criança*, pode afastar um progenitor do exercício das RP, recaindo estas exclusiva e unilateralmente sobre o outro progenitor. Simplificadamente, uma medida, ainda que, apenas, de coação, aplicada a um progenitor em contexto de processo crime, implica o desencadear de efeitos jurídicos na jurisdição cível que resultam no afastamento de progenitor e filho. Hipóteses não meramente teóricas, pois como podemos ler num Ac. do TRE, de 22/03/2018²⁶, o Tribunal acaba por tomar a decisão de afastamento da estabelecimento do regime de residência alternada e consequente afastamento do exercício em comum das RP, praticamente baseando-se na mera discordância da progenitora e no facto de esta beneficiar do estatuto de vítima (aplicado no âmbito de processo crime), tal como constatamos no ponto n.º 7 do sumário: “[t]ratando-se de uma criança de tenra idade, demonstrada a conflitualidade entre os progenitores, a dificuldade séria de comunicação e de estabelecer um diálogo, bem como a ausência de cooperação, beneficiando a progenitora do Estatuto de Vítima, nos termos dos

²⁴ “Até à Lei n.º 84/95, de 31/08, o poder paternal era invariavelmente atribuído ao progenitor a quem o filho fosse confiado, tendo a referida Lei consagrado a possibilidade de o poder paternal ser exercido por ambos os pais, conquanto houvesse acordo de ambos nesse sentido. Posteriormente, a Lei n.º 59/99, de 30/06, veio dar nova redação à norma citada, mantendo embora a necessidade do acordo dos pais quanto ao exercício em comum do poder paternal e impondo ao Tribunal que, na falta de acordo, determinasse, através de decisão fundamentada, que o poder paternal fosse exercido pelo progenitor a quem o filho era confiado” cfr. PEDRO RAPOSO DE FIGUEIREDO, “Manipulação da vontade da criança – as respostas do Tribunal”, *O Fenómeno “Alienação Parental” mito(s) e realidade(s)*, 2018, 79, disponível em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_AliencacaoParental2018.pdf.

²⁵ Diploma já alterado pela Lei n.º 24/2017, de 24/05, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2428&tabela=leis&so_miolo=.

²⁶ Proc. n.º 297/15.1T8PTM-C.E1, relator Tomé Ramião, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/32dda5f11dad65bb8025826600309601?OpenDocument>.

n.ºs 1 e 2 do art.º 14.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, não se justifica o estabelecimento de um regime de residência alternada com o exercício conjunto das responsabilidades parentais, quando a mãe manifestou a sua discordância.” Em 2013, já o Tribunal da Relação de Lisboa adotava semelhante entendimento: “V- O regime de residência alternada não é, normalmente, o mais adequado no caso de conflito acentuado entre os progenitores e em que estejam em causa crianças muito pequenas”²⁷. Esta é uma demonstração em como os Tribunais cíveis são influenciados pelas decisões tomadas em sede de processo penal, não havendo referência a uma avaliação em concreto do *superior interesse da criança*, sendo nosso entendimento que a conflitualidade entre progenitores e o benefício do estatuto de Vítima não devem significar, sem mais, a recusa de regimes que propiciem a “manutenção de relações de grande proximidade da criança com ambos os progenitores”²⁸.

Estas decisões que são tomadas na jurisdição cível são fruto de todo um processo que se inicia com a abertura do inquérito (jurisdição penal), mas que não se basta, como na maioria dos casos, pela sua abertura. Por força de diversa legislação internacional, os crimes violentos vão sendo alvo de uma atuação diferenciada, como é o caso do crime de VD que aciona, via de regra, medidas de proteção à vítima, assim como a filhos e medidas de coação ao arguido. Ou seja, há todo um sistema que

é ativado, que importa entender, para que percebamos se tais motivações fazem sentido, se, de facto, o sistema permite o aproveitamento fraudulento por uma falsa vítima.

4. A tramitação de um processo por violência doméstica: a atuação diferenciada face aos demais crimes

A. A abertura de um processo

Este é, como já antecipámos, um crime público²⁹, bastando, para a abertura do inquérito, que o Ministério Público (MP) adquira a notícia da prática de um crime por qualquer via³⁰. Imediatamente, nesta fase, algumas notas de relevo. Embora não exclusivamente para este tipo de crime, mas para todos os crimes violentos, o processo penal reconhece, desde 2015, com a entrada em vigor do estatuto da Vítima (Lei n.º 130/2015), uma figura nova – a “vítima”³¹ –, com *direitos de informação, de assistência, de proteção e de participação ativa no processo penal*. Trata-se de uma figura que não parece ser um mero participante (isso já seria o ofendido – art. 68.º do Código de Processo Penal [CPP], o lesado com a prática do crime, sem intervenção ativa no processo), nem parece ser um verdadeiro sujeito processual (para isso constituir-se-ia assistente [art. 69.º do CPP], assumindo a posição de colaborador do MP), é, assim, portanto, um outro “género” que passa a existir no processo penal

29

²⁷ Podemos ler no ponto IV do Ac.do TRL, de 18-03-2013, Proc. 3500/10.0TBBRR.L1-6, cfr.:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc-732316039802565fa00497eec/2be97f53323c014980257b6c-004f6271?OpenDocument> e no ponto V do Ac. do TRL, de 07-11-2013, Proc. 7598/12.9TBCSC-A.L1-6, cfr.: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/7fc9968519affb4a-80257e3e005c336f?OpenDocument>.

²⁸ Como elucida RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, “A «presunção jurídica de residência alternada» e a tutela do superior interesse da criança”, *Revista do Ministério Público*, 2018, 145-148.

²⁹ A propósito do bem jurídico, identificámos divergências doutrinárias. O que ficou por dizer é que a parte da doutrina que defende que o bem jurídico protegido é a dignidade da pessoa humana contesta o carácter público deste tipo de crime. Desenvolvidamente, PLÁCIDO CONDE FERNANDES, (nota 17, 309-310); ANDRÉ LAMAS LEITE (nota 17, 48-58).

³⁰ N.º 1 do art. 219.º da CRP e n.º 2 do art. 53.º e arts. 262.º, 263.º e 267.º do CPP.

³¹ Capítulo III da Lei n.º 130/2015, de 4/09 e art. 67.º-A do CPP, aditado pela anterior Lei.

e ao qual estão associados direitos³². Estes direitos atribuídos à vítima revelam-se quando esta procede à apresentação de queixa por VD e se identifica como a vítima do crime denunciado. A partir desse momento, para além de lhe serem dirigidas informações acerca do direito de queixa, consequências processuais e regime jurídico do apoio judiciário (a regra geral em qualquer crime [n.º 2 do art. 247.º do CPP), o Ministério Público informa, ainda: “sobre o regime e serviços responsáveis pela instrução de pedidos de indemnização a vítimas de crimes violentos, formulados ao abrigo do regime previsto na Lei n.º 104/2009, de 14 de setembro, e os pedidos de adiantamento às vítimas de violência doméstica, bem como da existência de instituições públicas, associativas ou particulares, que desenvolvam atividades de apoio às vítimas de crimes”³³.

A investigação por crime de VD goza de prioridade de investigação, em conformidade com a Lei-quadro da Política Criminal (Lei n.º 17/2006, de 23/05), com a Lei n.º 55/2020, de 27/08 (Lei de Política Criminal Biénio 2020-2022) e com a Diretiva n.º 2/2015, de 24/11³⁴, da Procuradoria-Geral da República, o que se reflete, sobretudo, na possibilidade de redução da duração do inquérito, na aplicação de procedimentos específicos e na atribuição do carácter de urgência a certos atos processuais. Um dos procedimentos específicos da investigação deste crime é a realização obrigatória

de uma avaliação de risco³⁵, visando evitar a vitimização secundária, simultaneamente munindo os agentes de informação. Esta avaliação é baseada na perceção da vítima em relação ao contexto e comportamento do agente e aos fatores de vulnerabilidade da vítima³⁶. Todos os atos que se seguem dependem quase exclusivamente das respostas dadas nesta avaliação, o que vale por dizer que a perceção que os órgãos de polícia criminal (OPC) e MP terão da perigosidade do agente serão aferidas com base no risco que a avaliação revelar. Não existindo fortes indícios de que a queixa é infundada, é atribuído à vítima o estatuto de Vítima de VD (n.º 1 do art. 14.º da Lei n.º 112/2009, de 16/09) e, existindo crianças, com a mais recente alteração a esta lei³⁷, a estas é igualmente atribuído o estatuto de Vítima e são acionados os mecanismos de proteção da criança, nomeadamente, a comunicação imediata pelas autoridades judiciais ou OPC de tal situação à comissão de proteção de crianças e jovens e ao tribunal de família e menores territorialmente competente (n.º 6 do art 14.º da Lei n.º 112/2009, de 16/09) com vista a que se inicie um processo de promoção e proteção instaurado a favor do menor e eventual providência tutelar cível de regulação das responsabilidades parentais, respetivamente. Estes dois processos, para além de tramitarem apensados³⁸, estarão obrigatoriamente em articulação com a jurisdição penal. Esta extensão do estatuto

³² A explicação para esta nova figura advém, aparentemente, somente, da transposição da Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25/10.

³³ Muitas vezes, a vítima já apresenta a queixa na sequência de apoio realizado por uma associação de apoio a vítimas de crime, muitas vezes, a APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (que encoraja a vítima a apresentar a denúncia, mas esta não o fazendo, há situações em que é a própria APAV a fazer).

³⁴ http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/proposta_de_diretiva_lpc_2015_final.pdf

³⁵ N.º 3, art. 29.º da Lei n.º 112/2009, de 16/09.

³⁶ As respostas da vítima recebem uma pontuação resultando num número que irá indicar o patamar de risco em que esta se encontra, podendo o risco ser baixo, médio ou elevado. Em Portugal, desenvolveu-se uma ficha adequada à realidade portuguesa, a denominada ficha RVD, com duas modalidades: RVD-1L (modelo utilizado para primeira avaliação) e RVD-2L (modelo para reavaliação). Para melhor entendimento acerca da avaliação de risco, cfr. Manual *Violência Doméstica...* (nota 5, 142-144).

³⁷ Pela Lei n.º 57/2021, de 16/08.

³⁸ Arts. 11.º e 27.º do RGPTC.

de vítima à criança e a articulação entre jurisdições é justificada pela ideia de que uma pessoa agressora não pode, ao mesmo tempo, ser “bom” progenitor, pelo que, se um progenitor é vítima, a criança também o será, assim se conclui pelo disposto na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo: “1 - A intervenção para promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo tem lugar quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de ação ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo. (...) 2 - Considera-se que a criança ou o jovem está em perigo quando, designadamente, se encontra numa das seguintes situações: (...) f) ou está sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional”³⁹.

A queixa faz acionar demais mecanismos, não exclusivos deste tipo de crime. Nos termos do art. 249.º do CPP, devem ser imediatamente tomadas as providências cautelares necessárias (elenco não taxativo) para assegurar os meios de prova (competência atribuída aos OPC), designadamente, proceder a exames de pessoas, lugares e de coisas: no caso de a vítima descrever agressões físicas, é sujeita a exame médico-legal, com o objetivo de que estes sirvam como meios de prova no processo; no caso de existirem crianças e serem descritas agressões, também será/ão submetida(s) a exame médico-legal. Pode ainda concluir-se necessária a detenção do arguido para este ser apresentado a julgamento, “sob a forma sumária” ou para “ser presente ao juiz competente para primeiro interrogatório ju-

dicial ou para aplicação ou execução de uma medida de coação” ou “para assegurar a presença imediata ou, não sendo possível, no mais curto prazo (...)” (alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 254.º do CPP, respetivamente).

B. Medidas de proteção da vítima

Com vista à recuperação da vítima e à sua reintegração na sociedade, são diversas as medidas de apoio e proteção a vítimas (algumas não exclusivamente do crime de VD, mas exclusivas de crimes violentos). Desde logo, como vimos, a investigação deste crime goza de prioridade de investigação, o que significa, entre outros aspetos, a utilização de: “todos os mecanismos legais com vista a proteger as vítimas e evitar fenómenos de revitimização, como sejam a inquirição em local próprio e reservado (n.º 1 do artigo 17.º do estatuto da Vítima), o recurso precoce a declarações para memória futura, à teleassistência, à rede nacional de apoio, à restrição à publicidade das audiências, ao afastamento do arguido da sala de audiência durante a prestação de declarações, à dedução de pedido de indemnização civil (artigo 21.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, artigo 82.º-A do Código Penal e artigo 16.º do Estatuto da Vítima, aprovado pela Lei n.º 130/2015, de 04 de setembro), à aplicação de medidas de coação urgentes” (I. 3. b). iii.), assim, como a distribuição dos inquéritos nesta matéria a “secções especializadas ou a magistrados específicos, mediante distribuição concentrada” (I. 3. b). v.)⁴⁰. Na mesma linha de raciocínio, encontramos a Lei n.º 112/2009, de 16/04, que reforça a natureza urgente dos processos por crime de VD⁴¹. Atentemos em específico em algumas dessas medidas. Uma denúncia aumenta exponencialmente

⁴⁰ Podemos ler na já mencionada Diretiva 2/2015, de 24/11, da Procuradoria-Geral da República.

⁴¹ N.º 1 do art. 28.º.

³⁹ Art. 3.º da Lei n.º 147/99, de 01/09.

o risco para uma vítima, pelo que, a retirada da vítima de local de perigo afigura-se necessária e urgente, conduzindo uma denúncia imediatamente à sua retirada de casa, acionando-se a rede de apoio⁴² – que poderá ser um acolhimento por familiares, um acolhimento de emergência⁴³ ou um acolhimento numa casa de abrigo⁴⁴ – e com a vítima vão, regra geral, as crianças, sendo sempre este um acolhimento de duração temporária⁴⁵. À vítima é assegurado ainda o direito à retirada da habitação de bens de uso pessoal e exclusivo, assim como bens próprios móveis e ainda os bens pertencentes a filhos de menor idade e a pessoas maiores de idade diretamente dependentes da vítima⁴⁶. É também uma medida de proteção da vítima a garantia de que esta seja atendida por serviços e profissionais especializados⁴⁷: “todas as instâncias de intervenção devem atuar de forma oportuna, eficiente, coordenada e padronizada, evitando atrasos desnecessários e atuações desajustadas, incoerentes, parcelares ou que de algum modo provoquem vitimização secundária. Todos os profissionais devem ser dotados de especial sensibilidade e estar devidamente habilitados com formação específica e, preferencialmente, integrados em equipas multidisciplinares”⁴⁸. São ainda medidas de proteção a possibilidade de a vítima prestar declarações por videoconferência ou teleconferência⁴⁹, assim como a possibilidade de realizar declarações para memó-

ria futura⁵⁰, “a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento”. E aqui encontramos um ponto interessante que é o facto de as declarações para memória futura poderem valer enquanto fundamento único para sustentar uma condenação do arguido^{51,52}. A proteção por teleassistência⁵³ (“botão de pânico⁵⁴”) é outra das medidas possíveis e que visa dar resposta urgente a uma situação de perigo iminente. Um direito que para uma verdadeira vítima é de relevância incontestável, já para uma falsa vítima pode revelar-se uma forma de ir registando ocorrências por alegada presença do arguido, sem que este tenha grande capacidade para se defender, ou seja, pode revelar-se um meio de fabricação de evidências, visto as chamadas (via “botão de pânico”) serem gravadas e poderem ser valoradas em Tribunal (o nosso CPP não impede: “São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”, dispõe o art. 125.º, embora sujeitas à livre apreciação, conforme art. 127.º).

32

⁴² Art. 29.º-A da Lei n.º 112/2009, de 16/09.

⁴³ Art. 61.º-A da Lei n.º 112/2009, de 16/09.

⁴⁴ Art. 63.º da Lei n.º 112/2009, de 16/09.

⁴⁵ Arts. 60.º, 61.º-A, 63.º e 68.º da Lei n.º 112/2009, de 16/09.

⁴⁶ N.º 4 do art. 21.º da Lei n.º 112/2009, de 16/09.

⁴⁷ Art. 49.º da Lei n.º 112/2009, de 16/09.

⁴⁸ *Violência Doméstica...*, (nota 5, 159).

⁴⁹ Art. 32.º da Lei n.º 112/2009, de 16/09.

⁵⁰ Previsão em geral nos arts. 271.º e 294.º do CPP e, em particular, pelo art. 33.º da Lei n.º 112/2009, de 16/09 e art. 24.º da Lei n.º 130/2015, 04/09.

⁵¹ *Violência Doméstica...*, (nota 5, 172-173).

⁵² *vide* Ac. do TRE, de 30-06-2015, Proc. 1340/14.7TAPTM. E1: “(...) num sistema de prova livre, nada obsta a que os factos da acusação resultem demonstrados exclusivamente das declarações da vítima, mesmo quando desacompanhadas de outros meios de prova e opostas à negação do arguido”, disponível em: http://www.dgsi.pt/jtre_nsf/134973db04f39bf2802579bf-005f080b/163947adc3347c3580257e7d0030ffef?OpenDocument

⁵³ Previsto no n.º 4 do art. 20.º da Lei n.º 112/2009, de 16/09.

⁵⁴ Carregando neste botão, o “alarme chega ao Call Center da CVP e um(a) operador(a) estabelece contacto telefónico em alta voz com o utente, identificando-o de imediato. De acordo com o(s) motivo(s) do contacto, o/a operador/a atua/apoia acionando os meios mais adequados como o 112, PSP/GNR, Bombeiros, vizinhos e familiares”, cfr. *site* da Cruz Vermelha (<https://www.cruzvermelha.pt/sa%6C3%BAde/%C3%A2mbito-nacional/teleassist%3%A2ncia.html>).

C. Aplicação de medidas de coação ao arguido

O Livro IV do CPP é dedicado às medidas de coação e de garantia patrimonial – cuja aplicação se deve pautar pela observância do *princípio da legalidade* (art. 191.º) e dos *princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade* (art. 193.º). O catálogo das medidas previstas no CPP é taxativo⁵⁵. À exceção da medida do termo de identidade e residência, as demais medidas têm de respeitar os requisitos gerais, devendo o despacho que aplica a(s) medida(s) ser devidamente fundamentado (n.º 6 do art.º 194.º do CPP), sendo necessário que em concreto e no momento da aplicação da medida se verifique: “a) Fuga ou perigo de fuga; b) Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas” (art. 204.º do CPP).

A Lei n.º 112/2009, de 16/09, vem, no seu art. 31.º, ampliar e concretizar o leque de medidas que podem ser aplicáveis quando em causa está VD, cumulativamente às previstas no CPP (n.º 3 do art. 31.º), e aplicáveis com respeito pelos mesmos requisitos, nomeadamente: “a) Não adquirir, não usar ou entregar, de forma imediata, armas ou outros objetos e utensílios que detiver, capazes de facilitar a continuação da actividade criminosa; b) Sujeitar, mediante consentimento prévio, a frequência de

programa para arguidos em crimes no contexto da violência doméstica; c) Não permanecer nem se aproximar da residência onde o crime tenha sido cometido, onde habite a vítima ou que seja casa de morada da família, impondo ao arguido a obrigação de a abandonar; d) Não contactar com a vítima, com determinadas pessoas ou frequentar certos lugares ou certos meios, bem como não contactar, aproximar-se ou visitar animais de companhia da vítima ou da família; e) Restringir o exercício de responsabilidades parentais, da tutela, do exercício de medidas relativas a maior acompanhado, da administração de bens ou da emissão de títulos de crédito”. Sublinhamos particularmente a al. e), que resulta na íntegra da mais recente alteração a esta lei⁵⁶ e que se liga com o disposto no n.º 4⁵⁷, que também sofreu algumas alterações particulares e dispõe agora: “As medidas de coação que impliquem a restrição de contacto entre progenitores ou entre estes e os seus descendentes são imediatamente comunicadas pelo tribunal ao Ministério Público junto do tribunal competente, para efeitos de instauração, com carácter de urgência, do respectivo processo de regulação ou alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais e/ou da providência tutelar cível entendida adequada.” É neste ponto que percebemos a questão da articulação entre jurisdições. A aplicação de uma medida de coação que implique a restrição de contacto “entre progenitores ou entre estes e os seus descendentes” é imediatamente comunicada à jurisdição cível, com vista à regulação ou alteração das responsabilidades parentais. Esta disposição, conjugada com o já referido art. 1906.º-A do CC, que dispõe que o exercício em comum das RP pode

⁵⁵ São medidas de coação: o termo de identidade e residência (196.º), a prestação de caução (197.º), a obrigação de apresentação periódica (198.º), a suspensão do exercício de profissão, de função, de actividade e de direitos (199.º), a proibição e imposição de condutas (200.º), obrigação de permanência na habitação (201.º) e a prisão preventiva (202.º).

⁵⁶ Pela Lei n.º 57/2021, de 16/08.

⁵⁷ E, com quase idêntica previsão, encontramos o n.º 4 do art. 200.º do CPP.

ser julgado contrário aos interesses do filho quando seja “decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores”, é uma forte disposição no sentido de incentivar o Tribunal a afastar imediatamente o alegado progenitor agressor de um filho, o que, conjugado com a possibilidade de decretar a limitação ou suspensão do regime de visitas (n.º 2 do art. 14.º da 112/2009, de 16/09, e n.ºs 3 e 10 do art. 40.º do RGPTC), medida que pode durar todo o inquérito (até 8 meses [art. 276.º do CPP]), podendo traduzir-se no afastamento efetivo, irrecuperável e potencialmente irreversível, de filho e progenitor alegadamente agressor.

D. Encerramento do processo

Encerrado o inquérito, o MP profere despacho de arquivamento ou deduz acusação, regra geral para qualquer caso (n.º 1 do art. 276.º do CPP).³⁴ Salienta-se que, apesar do *princípio da legalidade* impor que o MP acuse sempre que tenha indícios suficientes da prática do crime, neste concreto crime existem dois *mecanismos de diversão* que constituem exceções a este princípio: o arquivamento em caso de dispensa de pena (nos termos do 280.º do CPP) e a suspensão provisória do processo⁵⁸ (nos termos do 281.º do CPP). Em audiência de julgamento é produzida prova ou valorada prova (caso das declarações para memória futura⁵⁹), culminando numa sentença condenatória (que poderá ainda ter penas acessórias, entre elas a inibição do exercício do po-

⁵⁸ Sobre a racionalidade subjacente a este mecanismo no âmbito da VD, cfr.: JORGE DOS REIS BRAVO, “A actuação do Ministério Público no âmbito da Violência Doméstica”, *Revista do Ministério Público*, n.º 102, 2005, 62-64 (apesar das alterações à lei após esta publicação, o essencial está lá); PLÁCIDO CONDE FERNANDES, (nota 17, 325-327); E, igualmente, PEDRO CAEIRO, (nota 8, 40-42), que reconhece a sua função indubitavelmente positiva deste mecanismo para as vítimas.

⁵⁹ Remete-se para as notas de rodapé n.º 51 e n.º 52.

der paternal⁶⁰ e é acompanhada obrigatoriamente de indemnização cível⁶¹) ou numa sentença absoluta, que não provoca, do lado da vítima, a imediata cessação do estatuto de Vítima, vigorando esta até ao trânsito em julgado.

Realizado este excursus, percebemos que o sistema está rodeado de inúmeras medidas de proteção à vítima e de ainda mais medidas de coação do que as previstas no CPP para a generalidade dos crimes. Agora, conseguimos já antever os efeitos que resultam de um processo por VD. Percebemos que a ampliação de medidas de coação pode resultar num efeito mais limitador da liberdade do arguido enquanto pessoa e enquanto progenitor e poderá desenhar-se uma linha ténue no que concerne ao equilíbrio da proteção da vítima com o respeito pelos direitos do arguido. E, quando o processo nem nunca devia ter acontecido, quem são as verdadeiras vítimas e quais os efeitos que daí advêm?

5. Os efeitos de declarações falsas num (afinal existente) crime de VD e as verdadeiras vítimas

A. Os efeitos para o arguido

São apontadas três finalidades ao processo penal, como sendo a descoberta da verdade e a realização da justiça; a proteção dos direitos fundamentais das pessoas e o restabelecimento da paz jurídica, tais finalidades, apesar de não *integralmente harmonizáveis*⁶², devem-se (tentar) harmonizar. E se uma das finalidades do processo penal é restituir a paz, os prazos deviam ser ainda mais curtos, sobre-

⁶⁰ N.ºs 4, 5 e 6 do art. 152.º do CP, para além das penas acessórias previstas no CPP.

⁶¹ Art. 21.º da Lei n.º 112/2009, de 16/09, e 82.º-A do CPP.

⁶² MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 2.ª ed., Alameda, 2018, 14.

tudo em matéria de VD, onde o modelo teórico é claro: o inquérito deve ser célere e o arguido deve ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa deste (n.º 2 do art. 32.º da CRP). O que, no caso de uma pessoa que está a ser injustamente acusada, qualquer prazo é demasiado longo. Estando em causa declarações falsas, dificilmente haverá uma condenação, mas a falta de uma condenação será que apaga tudo? Uma falsa denúncia levanta uma suspeita sobre uma pessoa, que não se circunscreve ao Tribunal, sendo amplificada fora deste, pois, ao contrário da presunção que existe no processo penal, não vigora um *princípio de presunção de inocência* na “vida real”, uma vez que a sociedade encara acusações por VD cada vez mais de forma mais crítica, podendo a intenção de quem realiza uma declaração falsa, neste caso em concreto, uma denúncia de crime, ser exatamente essa, a de vexar outra pessoa e plantar a dúvida. A este propósito, Sara Pina⁶³ fala de um «julgamento paralelo» (*trial by media*) onde tanto suspeitos como culpados podem acabar «condenados» publicamente perante audiências mobilizadas emocionalmente por acusações ou pela mera suspeita da prática de crimes, falando-se, a propósito, de um «novo castigo: a reprovação mediática» (Salas, 2005: 57) e da «pena notícia» (Batista, 2003: 10).”, resultando em significativas consequências psicológicas⁶⁴, financeiras, laborais e sociais. Declarações falsas que não apenas denúncias de crime por VD contribuem, ainda, para um afastamento forçado de uma criança do seu progenitor que, se demasiado longa, pode revelar-se irreversível, ao ponto de a criança

não reconhecer mais o progenitor como sendo seu familiar, efetivando-se a rutura, cabendo ao Estado impedir que injustiças sucedam, diligenciando pela tomada de decisões que protejam os direitos do progenitor, nomeadamente, ao serem céleres e ao respeitarem o contraditório, ao mesmo tempo que privilegiam o *superior interesse da criança*, em conformidade com o disposto nos arts. 6.º e 8.º da *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (CEDH)⁶⁵, que preconizam o *direito a um processo equitativo* e o *direito ao respeito pela vida privada e familiar*⁶⁶. Apercebendo-se o Estado da falsidade das declarações, não bastará simplesmente deixar de aplicar medidas de afastamento, como deve (de forma positiva), imediatamente, envidar esforços no sentido de proporcionar o restabelecimento de relações entre progenitor e filho(s), para efetivamente dar cumprimento à referida *Convenção*, sob pena do Estado ser condenado⁶⁷. No fundo, não deve o Estado permitir que uma simples denúncia valha mais do que uma condenação.

B. Os efeitos para os filhos, particularmente menores

“As crianças, estas são as vítimas no presente e a longo prazo da violência doméstica. A criança projeta-se no futuro e aquilo que vê na sua infância, o que sente e o que sofre, física e psicologicamente, marca-a indelevelmente para todo o sempre.”⁶⁸

⁶⁵ Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

⁶⁶ Atente-se na jurisprudência internacional, a propósito de condenações dos Estados por violação desses e doutros arts., especificamente, a do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que nos é sumariada por ANA RITA GIL in “A convivência familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, *Revista do Ministério Público*, n.º 153, 2018, 75 e ss.

⁶⁷ ANA RITA GIL (nota 66, 81-83).

⁶⁸ ANA MASSENA, *Violência Doméstica...*, (nota 5, 325).

⁶³ *Media e leis penais*, Coimbra: Almedina, 2009, 248-249.

⁶⁴ Recordemos a obra *O Processo de FRANZ KAFKA* e pensemos na angústia de quem é acusado injustamente: “Alguém devia ter caluniado Josef K., porque foi preso uma manhã, sem que ele houvesse feito alguma coisa de mal”, podemos ler imediatamente na primeira página, 8.ª edição BIS, 2016.

“Embora a criança possa não ser o alvo direto da violência perpetrada no seu contexto doméstico, o facto de observar os conflitos entre os pais, duas figuras importantes de vinculação e num contexto essencial para o seu desenvolvimento, faz desta também uma vítima”⁶⁹.

“Investigação diversa tem revelado que as crianças expostas à violência conjugal mostram, na forma como significam as experiências vividas, muitas semelhanças com as crianças que foram pessoalmente vitimadas”⁷⁰.

Uma criança no meio de um caso real de VD entre progenitores sofre, naturalmente, pois tal significa a oposição dos progenitores, o que resulta na destabilização desta, por esse motivo se reconhece que as crianças são efetivas vítimas da VD, pelo menos, porque sujeitas a *mau trato psicológico*⁷¹. Por tal consideração e de forma a robustecer os direitos de crianças sujeitas a violência interpaparental⁷², aquando da tipificação do crime de VD, em 2007⁷³, o n.º 2 do art. 152.º ficou reservado para uma agravação da moldura penal no caso do crime ser praticado “na presença de menor”. Com a mais recente alteração da Lei n.º 112/2009, de 16/09⁷⁴, o legislador assume efetivamente como “vítima” a criança ou o jovem até aos 18 anos que sofreram maus tratos relacionados com exposição

a contextos de violência doméstica (art. 2.º). E é por se reconhecer que a criança é vítima que, como já tivemos oportunidade de perceber, perante uma denúncia, a esta é atribuído o estatuto de vítima e, regra geral, esta acompanha o progenitor que se identifica como vítima, resultando isso no afastamento da criança do progenitor denunciado.

E aquando de uma declaração (denúncia) falsa que conduz à instauração de um processo por VD, continua a criança a ser vítima? Cremos que se aplica o mesmo raciocínio de quando existe um efetivo crime de VD: a criança será vítima, a partir do iniciar do processo, porque se vai encontrar no meio de um confronto entre os progenitores, porque sujeita a violência interpaparental. A questão que se coloca aqui é, neste caso, vítima de quem? Já mobilizámos anteriormente o art. 3.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, que, entre outros aspetos, dispõe “que a criança ou o jovem está em perigo quando (...) está sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional.”. Perante uma denúncia falsa, quem, de facto, põe em perigo a saúde e o desenvolvimento da criança é o progenitor que acusa indevidamente. A lógica inverte-se. Um progenitor que esteja a subverter a realidade, que denuncia um crime que não existe, para impedir um filho de privar com o outro progenitor, está a colocar em perigo uma criança, a aliená-la, está a cometer um crime contra esta. PEDRO RAPOSO DE FIGUEIREDO tem uma visão clara sobre situações desta índole: “[a] alienação parental consubstancia uma forma de abuso emocional, um maltrato psicológico e emocional, encerrando um exercício abusivo da responsabilidade parental que (...) configura uma causa de responsabilidade civil e da, concomitante, obrigação de indemnizar, motivo de inibição do exercício das responsabilidades

⁶⁹ ANA ISABEL SANI/DIANA CARDOSO in “A exposição da criança à violência interpaparental” in *Julgar* online, maio 2013, 3, disponível em: <http://julgar.pt/a-exposicao-da-crianca-a-violencia-interparental/>

⁷⁰ MADALENA ALARCÃO, “A criança face à violência conjugal” (in <http://www.violencia.online.pt/artigos/show.htm?idartigo=438>).

⁷¹ Sobre as diferenças entre mau trato psicológico, abuso psicológico e abuso emocional, cfr.: ANA ISABEL SANI, “Vitimação indirecta de crianças em contacto familiar”, *Análise Social*, 180, 2006, 853-857.

⁷² O *Relatório Anual 2018* da APAV conclui que em 37,7% dos casos de VD, existem filhos, cfr.: p. 6, disponível em: https://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Relatorio_Anual_2018.pdf. Apesar destes dados, não nos podemos esquecer que também nesta matéria existem cifras negras, pois só é possível saber os casos de crianças expostas a violência interpaparental quando um dos progenitores denuncia.

⁷³ Lei n.º 59/2007, de 04/09, recorde-se.

⁷⁴ Pela Lei n.º 57/2021, de 16/08.

parentais, podendo, mesmo, ser fonte de responsabilidade criminal.⁷⁵

Sendo as responsabilidades parentais um *poder funcional*, de *exercício não livre*, antes *vinculado e controlado* e incumbindo ao Estado proteger a criança “com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas (...) de agressão e contra o exercício abusivo da autoridade parental na família (...)”⁷⁶, a limitação ou inibição do exercício das responsabilidades parentais (n.º 1 do art. 1915.º CC) pode ocorrer, se em causa estiverem “certas situações graves e no interesse e proteção do menor”⁷⁷. PEDRO RAPOSO DE FIGUEIREDO conclui ainda: “[a] conduta indicada pode ser integrada no crime de subtração de menor, previsto e punido pelo artigo 249º, n.º 1, alínea c), do Código Penal, em cuja prática incorre aquele que «de um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento»”⁷⁸. O autor fala-nos no crime de subtração de menor (art. 249.º do CP), com aplicação numa fase em que já há regulação do exercício das RP, no entanto, antes dessa fase, comportamentos alienadores podem igualmente ser integrados no crime de sequestro (art. 158.º do CP⁷⁹), assim como no crime de VD prati-

cado contra menor (alínea *d*) do n.º 1 do art. 152.º do CP), tal como entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa, em 2019⁸⁰: “Quanto à menor, aplica-se a al. d) do n.º 1 e n.º 2 da mesma norma, tendo em conta a sua idade que, dos 2 aos 11 anos viveu sob forte pressão e stress devido a situações conflituosas geradas pela arguida, (mãe). A menor é neste caso uma “pessoa particularmente indefesa”, tendo em conta a idade e a dependência familiar, social e económica, desta em relação à mãe, geradora de uma especial incapacidade de defesa ou de reacção perante os actos de maus-tratos físicos e psíquicos infligidos pela arguida.” E ainda por crime de subtração de menor, como podemos ler na decisão: “O tribunal recorrido condenou a arguida E.... pela prática em autoria material e em concurso efectivo de infracções por 1 (um) crime de violência doméstica p. e p. pelo art. 152º, nº 1, al. a), e nº 2, do cód. penal, na pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de prisão; por outro crime de violência doméstica p. e p. pelo art. 152º nº 1, al. d), e nº 2, do cód. penal, na pena de 3 (três) anos de prisão; e, por 1 (um) crime de subtração de menor p. e p. pelo art. 249º nº 1, al. c), do cód. penal, na pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de prisão. Em cúmulo jurídico condenou a arguida na pena única de 4 (quatro) anos de prisão, suspensa na sua execução por igual período de tempo, com sujeição aos seguintes deveres e condições referidos na decisão.” Independentemente do enquadramento legal que seja realizado, deve o Estado estar particularmente atento a esta realidade para que não falhe no dever de proteção da criança que lhe é incumbido, podendo, em última análise, estar a ser cúmplice

37

⁷⁵ PEDRO RAPOSO DE FIGUEIREDO in *O Fenómeno da “Alienação Parental... (nota 2424, 86).*

⁷⁶ N.º 1 do art. 69.º da CRP. E, igualmente, art. 19.º da *Convenção dos Direitos das Crianças*.

⁷⁷ TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO, *Organização Tutelar de Menores anotada e comentada*, 10.ª ed, 2012, 228.

⁷⁸ PEDRO RAPOSO DE FIGUEIREDO in *O Fenómeno da “Alienação Parental... (nota 24, 86).*

⁷⁹ Embora, facticamente, poucas sejam as hipóteses de subsunção dos comportamentos no crime de sequestro, como nos explica ANDRÉ LAMAS LEITE, “O Crime de Subtração de Menor – Uma Leitura do Reformado Art. 249.º do Código Penal”, in *Julgur*, n.º 7, 2009, 105-108, disponível

em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/04/05-Andr%C3%A9-9-Lamas-Leite-Subtrac%C3%A7%C3%A3o-de-menor-249-CP.pdf>

⁸⁰ Ac. de 19-06-2019, Proc. 7886/15.2TDL.SB.L1-3, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/cdf71ca888b2db898025843500396d46?OpenDocument>

de um crime, ao auxiliar um progenitor a efetivar a rutura da convivência de um filho com o outro progenitor, contribuindo para o fenómeno da “orfandade de pai vivo”⁸¹, violando, assim, os vários princípios plasmados em diplomas internacionais que preconizam a proteção da família pelo Estado e pela sociedade (n.º 3 do art. 16.º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*⁸²), o *direito ao respeito pela vida privada e familiar* (8.º da *CEDH*), assim como a proteção da criança (19.º da *Convenção dos Direitos das Crianças [CDC]*⁸³) e o direito da criança em viver com ambos os progenitores ou, pelo menos, o direito a manter o contacto com estes, se estiver separada de um ou de ambos, desde que a sua convivência não seja desaconselhada à luz do *superior interesse* desta (9.º da *CDC*).

As declarações falsas assumem, assim, nesta matéria, uma importância sem ímpar, pois poderão encapotar, se não fomentarem, casos de alienação parental, verdadeiros crimes contra o desenvolvimento normal das crianças, que ganham força ao abrigo da bola de neve gerada pelas medidas de coação aplicadas ao arguido, especificamente a medida de afastamento, embrionariamente conexionada com o objetivo de proteção do princípio do *superior interesse da criança*, podendo essas mesmas decisões serem precisamente fraudulentamente utilizadas em desfavor das crianças. Embora nos refiramos a crianças, sabemos que não só estas são afetadas por tais comportamentos. Os filhos, menores ou não, são igualmente vítimas desta realidade.

C. Os efeitos no sistema

Embora aceitando que declarações falsas muito

dificilmente conduzam a uma condenação, tal comportamento representa uma utilização fraudulenta do sistema e um desvio de recursos, conduzindo a um descrédito do sistema por parte da sociedade e das próprias vítimas, podendo apresentar retrocessos na eliminação das cifras negras. Para além do descrédito no sistema por parte de quem o observa e das vítimas, há o descrédito dos próprios intervenientes do sistema. Todos os especialistas que lidam com pessoas que se identificam como vítimas estão conscientes de que a avaliação que realizam pode significar uma maior ou menor proteção dessas pessoas. Logo, se estes agentes forem demasiadas vezes sujeitos a tentativas de ludibriamento, podem tornar-se mais intolerantes, o que significa a transformação de um sistema “amigo da vítima” num outro que poderá desvalorizar os pedidos de ajuda de verdadeiras vítimas, “pagando o justo pelo pecador”⁸⁴. No contexto judiciário, já se fala numa percepção de “banalização da alegação do crime” de VD, associado, muitas vezes, a “queixas instrumentais” que têm em vista “reforçar a posição da alegada vítima noutros processos”⁸⁵.

6. De quantos casos de declarações ou denúncias falsas falamos, afinal?

Antes de adentrar nesta questão, importa ter em consideração que um mesmo comportamento pode ser para uma pessoa VD e para outra já não o ser, ou seja, no caso de uma denúncia falsa que visa dar origem a um processo crime por VD esta

⁸¹ SANDRA INÊS FEITOR, “Convivência Familiar e Princípio da Afectividade no Superior Interesse da Criança”, *Julgur Online*, 2016, 6.

⁸² <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

⁸³ https://www.unicef.pt/media/2766/unicef_convenc-a-o-dos-direitos-da-crianca.pdf

⁸⁴ Na realidade, isso é o que vemos acontecer nos EUA, que iniciaram esforços pela proteção das vítimas antes de Portugal e que agora apresentam índices de intolerância à mentira que poderão não corresponder à realidade efetiva, cfr. CLARA SOTTOMAYOR, “A «alienação parental» como estratégia defensiva de agressores sexuais de crianças” in *O Fenómeno da “Alienação Parental... (nota 24, 23).*

⁸⁵ Assim alerta o *Estudo Avaliativo das decisões judiciais em matéria de VD...* (nota 21, 94).

só será falsa se a vítima se identificar como vítima, quando conscientemente sabe que o não é, e adota tal postura deliberadamente, com vista a manipular o sistema. Da mesma forma, uma declaração falsa só o será se o/a declarante o faz com consciência da sua falsidade. Isto dito, acrescentamos que não se conhece qualquer estudo realizado em Portugal que tenha analisado estes dados, nem no que diz respeito a denúncias falsas (com vista à instauração de um processo crime por crime de VD afinal não existente), nem no que diz respeito a declarações falsas (prestadas no decorrer de um processo por VD com vista a prejudicar o outro progenitor, por factos a que a lei atribui determinados efeitos jurídicos, particularmente no ordenamento cível). O que apenas conseguimos constatar é a existência de poucas condenações por VD⁸⁶, terminando grande parte destes processos com um despacho de arquivamento ou com uma decisão de absolvição⁸⁷, sendo que, dentro destes, um grande número de processo é arquivado por falta de provas ou por se concluir existir ausência de crime, dados que apenas nos permitem fazer suposições, por não haver um estudo dos motivos em torno desses arquivamentos ou dessas absolvições, até, porque, a falta de provas ou conclusão de ausência de crime que conduz ao arquivamento de processos não faz com que se possa concluir pela existência de uma de-

núncia falsa, pois é necessário que se faça prova de que a pessoa não se identifica como vítima e que teve consciência de que não estava a falar a verdade, prova essa que tem que ir para além de toda a *dúvida razoável*, em respeito pelo princípio *in dubio pro reo*⁸⁸, para que possa haver uma condenação⁸⁹.

Não obstante não conseguirmos concluir a percentagem de ocorrências de declarações falsas no crime de VD, a questão que se impõe é se os Tribunais estarão alerta para esta realidade. A resposta parece ser positiva, uma vez que a própria *Associação Sindical de Juizes* afirma que o baixo número de condenações (com um elevado número de arquivamentos e absolvições) se deve precisamente à “dificuldade de prova” e, também, ao reconhecimento da existência do “fenómeno das falsas denúncias”, em “contexto de separações e de litígios ao nível da regulação do exercício das responsabilidades parentais”⁹⁰.

O facto de grande parte das decisões nesta matéria se encontrar em segredo de justiça, dificulta a apreciação da temática. Não obstante, encontramos acórdãos que revelam que os Tribunais poderão estar despertos para a existência de declarações falsas, conforme constatamos no sumário de um Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11-

39

⁸⁶ Assim conclui o relatório de avaliação do GREVIO, referente a Portugal, publicado em 21-01-2019, 54: <http://cid.cig.gov.pt/Nyron/Library/Catalog/winlibimg.aspx?skey=984BE0F27D27460B9AC80FF7D4B07F1E&doc=96534&img=141212>

⁸⁷ De acordo com o Relatório anual de monitorização da VD, do Ministério da Administração Interna, no período de 2012-2018, dos 56.332 processos arquivados, 76,2% foram arquivados por falta de prova (ao abrigo do art. 277.º, n.º 2 do CPP) e 15,9% por “ausência de crime/arguido não o praticou” (ao abrigo do art. 277.º, n.º 1 do CPP). De acordo com o mesmo relatório, no mesmo período (2012-2018), das 9.479 sentenças transitadas em julgado, 41,8% resultaram em absolvição, 46, disponível em: https://www.sg.mai.gov.pt/Noticias/Documents/RelVD_2018.pdf.

⁸⁸ “À luz do princípio da investigação bem se compreende, efectivamente, que todos os factos relevantes para a decisão (quer respeitem ao facto criminoso, quer à pena) que, apesar de toda a prova recolhida, não possam ser subtraídos à «dúvida razoável» do tribunal, também não possam considerar-se como «provados»” in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra Ed., reimp. 2004, 213.

⁸⁹ Num campo próximo ao da VD, o dos crimes sexuais, CLARA SOTTOMAYOR in *O Fenómeno da “Alienação Parental...”* (nota 24, 23), fez uma análise da informação disponibilizada pela Polícia Judiciária relativa a falsas denúncias relacionadas com crimes sexuais (recordemo-nos que a VD engloba violência sexual, embora não a esgote), concluindo pela existência, no ano de 2016, de possivelmente 55 casos de falsas denúncias, o que corresponderá a cerca de 2,4% dos inquéritos iniciados nesse ano.

⁹⁰ Carolina Girão, em declarações para a Antena 1, em 21 de janeiro de 2019, disponível em: <http://www.asjp.pt/2019/01/22/combate-a-violencia-contra-as-mulheres-4/>

04-2012⁹¹, (embora emanado da jurisdição cível): “(...) -O exercício do poder paternal deve ser atribuído ao progenitor que estiver em melhores condições para corresponder ao interesse do menor. - Não reúne tais condições a mãe que num processo de alienação parental proíbe/impede todo e qualquer contacto da criança com o seu progenitor, denegrindo a sua imagem perante ela e terceiros, imputando-lhe comportamentos agressivos e de abusos sexuais, afastados em sede de averiguação própria (no processo crime instaurado e nos exames ginecológicos realizados) e mantendo um comportamento de obsessiva protecção da criança recusando toda e qualquer colaboração com o tribunal na definição da situação da menor(...)”.

Também na jurisdição penal encontramos alguns exemplos, como é o caso de uma condenação pelo Tribunal da Relação de Lisboa, de 11-04-2019, pelo crime previsto no art. 306.º do CP, epígrafe: “Abuso e simulação de sinais de perigo”, por uso do sistema de teleassistência abusivamente e para simulação da necessidade de auxílio, num caso em que uma pessoa com estatuto de vítima acionou a teleassistência, tendo o Tribunal de 1.ª instância considerado não existirem motivos (embora a decisão tenha sido posteriormente revogada pelo Tribunal da Relação, que absolveu a arguida, por “erro manifesto na apreciação de prova”, devido à inexistência de “factos concretos” na acusação⁹²).

7. E que mecanismos de reação criminal apresenta o sistema?

A propósito da explicação da utilização das expressões “denúncias e declarações falsas”, neste estudo, aludimos à existência de duas previsões no nosso ordenamento que dão resposta a estas questões: crime de falsas declarações e crime de denúncia caluniosa. E a condenação mencionada no parágrafo anterior poderá ser precisamente um exemplo do que constitui um crime de falsas declarações – porque é *falsamente atestada* perante um *funcionário no exercício das suas funções uma qualidade, a que a lei atribui efeitos jurídicos alheios* (n.º 1 do art. 348.º-A do CP) – e, simultaneamente, de denúncia caluniosa – porque perante *autoridade, com a consciência da falsidade da imputação, foi lançada sobre determinada pessoa a suspeita da prática de um crime, com a intenção de que contra ela se instaure procedimento* (n.º 1 do art. 365.º do CP), ao qual foi dada resposta com a subsunção da conduta no crime previsto no 306.º do CP (crime com moldura penal semelhante à do crime de falsas declarações e bastante inferior quando comparada com a do crime de denúncia caluniosa). O crime de falsas declarações a que nos reportamos foi tipificado em 2013 e trata-se de um crime que pretende tutelar a realização da justiça e, embora não tenha sido desenhado a pensar nestas condutas⁹³, é passível de as abarcar, pelo que o Tribunal, provando a prática do crime e considerando ter sido ofendido o bem jurídico por esta norma protegido, pode condenar. Já o crime de denúncia caluniosa não encontra um consenso no que diz respeito ao bem jurídico tutelado, se por um lado

⁹¹ Proc. 612/09.7TMFAR.E1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/52a037a9dccb-689680257de10056fb76?OpenDocument>

⁹² Proc. 502/17.0T9LRS.L1-9, disponível em: http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/33182fc-732316039802565fa00497eec/ce7bea33ae86ac8c802583e-00036d548?OpenDocument&fbclid=IwAR1318_TawrAz31lf0_tf0hjOBpLY0RXF0Ss-jEMo7KAoobc8wjyB35-LE

⁹³ Alteração trazida pela Lei n.º 19/2013, de 21/02. Para melhor entender este tipo de crime, *vide per todos* PAULO DÁ MESQUITA, “Parecer sobre a tutela penal de falsas declarações e eventuais lacunas carecidas de intervenção legislativa em matéria de falsas declarações perante autoridade pública” *in Revista do Ministério Público*, n.º 134, 2013, 79-116.

entende alguma doutrina e jurisprudência que este é um crime que pretende tutelar tanto a *realização da justiça* como o próprio *indivíduo*⁹⁴ (*o bom nome, a honra e consideração do caluniado*⁹⁵), outra parte da doutrina e jurisprudência entende que tal norma tutela somente *honra e o bom nome dos visados pela denúncia*⁹⁶, pelo que a instauração do competente processo crime poderá depender tanto da iniciativa do Tribunal como da do arguido, dependendo da leitura que se faz da tutela concedida por esta norma (sobre a qual não nos debruçaremos por ser uma discussão demasiadamente longa para este ensejo). No fundo, embora reconhecendo que o que pode existir, em termos jurídico-penais, é apenas um concurso aparente de normas, o que queremos sublinhar é que, em termos práticos, nem sempre precisamos que uma declaração que levante uma suspeita da prática de um crime (denúncia caluniosa) para que um qualquer relato de um estado ou qualidade de um agente (declarações falsas) possa desencadear efeitos jurídicos prejudiciais a outrem. Casos existem em que declarações falsas dirigidas a um determinado sujeito não têm por objetivo que se instaure procedimento criminal, mas tão só a descredibilização de outrem (relatar, por exemplo, problemas de alcoolismo do outro progenitor). Nesses casos, constituindo-se tais declarações como difamatórias, um indivíduo pode, ainda, socorrer-se do crime de difamação (dependente de queixa e previsto no art. 180.º do CP) ou mesmo do crime de VD, se se sentir vítima de maus-tratos

psíquicos (alínea *a*) do n.º 1 do art. 152.º do CP).

Deste modo, percebemos que o arguido pode defender a sua honra e dignidade através do crime de denúncia caluniosa, de difamação ou de VD. Por sua vez, pode o Tribunal defender a realização da justiça, através dos crimes de falsas declarações e, eventualmente (questão não pacífica, como vimos), de denúncia caluniosa, o que nos convoca para uma reflexão muito pertinente acerca desta matéria: como operamos a concordância prática entre a proteção que a lei vem conferindo à vítima e a defesa da realização da justiça e o respeito pelo princípio de presunção de inocência do arguido? Como proteger e não incorrer numa vitimização secundária da vítima e, ao mesmo tempo, confirmar se esta não mente? E como permitir a participação da vítima no processo sem que isso atrepele os direitos do arguido?

8. A convivência de um princípio de presunção de vitimização com o princípio constitucionalmente reconhecido da presunção de inocência do arguido

Em 1998, reconheceu o Tribunal Penal Internacional que a proteção e participação das vítimas deveriam ser permitida e assegurada com o limite de que tal seja feito *por forma a não prejudicar os direitos do arguido nem a ser incompatível com estes ou com a realização de um julgamento equitativo e imparcial* (n.ºs 1 e 3 do art. 68.º do Estatuto de Roma⁹⁷), cabendo, portanto, ao Tribunal (*rectius*, aos juizes) encontrar esse equilíbrio⁹⁸. Se por um lado, ao violarmos o princípio de presunção de inocência, cor-

⁹⁴ Desenvolvidamente, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial Tomo III, Coimbra Editora, 2001, 523.

⁹⁵ Ac. do TRP de 24-02-2016, <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/AA650477B4C04AD280257F78004E649E>.

⁹⁶ Ac. do TRP, de 07-07-2021, <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdff/2df0b317dcde-d099802587250046ad63?OpenDocument>

⁹⁷ <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf>

⁹⁸ Salvatore Zappalà, “The Rights of Victims v. the Rights of the Accused”, *Journal of International Criminal Justice*, 8, 2010, 137-164, doi:10.1093/jicj/mqq001., 137.

remos o risco de condenar um inocente, causando-lhe um *dano moral imensurável*, por outro, ao não reconhecer um princípio de vitimização, podem as vítimas ver a sua credibilidade posta em causa e sofrer uma vitimização secundária, o que conduz igualmente a um mesmo tipo de dano sofrido do lado da vítima.⁹⁹

Em 2015, como vimos¹⁰⁰, o nosso ordenamento jurídico-penal reconheceu *direitos de informação, de assistência, de proteção e de participação ativa no processo penal* à “vítima”, uma mudança na lei que vem conduzindo à alteração de mentalidades e, por sua vez, à alteração do paradigma. Se em tempos a vítima se sentia culpada e envergonhada pela sua posição, remetendo-se ao silêncio, muitas vezes assim aconselhada pela família, atualmente, a vítima sente apoio por parte da sociedade para denunciar, confortada por um ordenamento jurídico-penal que lhe atribui direitos. E, do lado de quem recebe a denúncia, tudo mudou, também, pois, perante a denúncia de um qualquer crime, esperamos que o denunciante seja inquirido de forma escrupulosa, a fim de clarificar se o que diz é verdadeiro, no entanto, por força da política criminal internacional, regional, e, conseqüentemente, nacional, no sentido de proporcionar ao/à denunciante/vítima, neste tipo de crime, um espaço de segurança e validação, o que seria a ação típica do MP perante outro tipo de criminalidade, perde-se. Estando em causa matéria tão sensível, bem como a própria história que nem sempre esteve do lado das vítimas¹⁰¹, há, hoje, uma grande vontade de erradicar as cifras negras, construindo-se um sistema que força o

MP a adotar uma postura que não pode colocar em causa a credibilidade da vítima, uma postura entendida como *culture of belief*^{102,103}, que consiste numa postura de consideração da vítima não como “suposta vítima”, mas como “vítima real” até prova em contrário, o que é importantíssimo para as efetivas vítimas de crime, por lhes transmitir confiança na hora em que procuram ajuda¹⁰⁴. E é precisamente por o sistema estar a ser construído em torno das vítimas e da sua proteção que alguns autores falam na existência de um verdadeiro *princípio de presunção de vitimização*^{105,106}, do lado da vítima, análogo

¹⁰² Expressão do Conselho da Europa, num estudo de 2008: “Combating violence against women: minimum standards for support services”, 17, em: <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/publications>

¹⁰³ JORGE DOS REIS BRAVO utiliza, em português, “cultura de crédito da vítima”, (nota 58, 61).

¹⁰⁴ Ênfase para os pontos 19, 25, 53, 54 e 63 da Diretiva 2012/29/UE do P. E. e do Conselho, de 25/10.

¹⁰⁵ Assim, TERESA LANCRY A. S. ROBALO, que secunda os autores M.E.I. Brienen e E. H. Hoegen in “Princípio... (nota 2, 180 e ss.); em clara discordância, cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Princípio de presunción de inocencia y principio de victimización: una convivencia imposible” in *Revista do Ministério Público*, n.º 160, outubro-dezembro 2019.

¹⁰⁶ Exemplos que corroboram a tese da existência de um princípio de presunção de vitimização no ordenamento jurídico português são a manutenção de medidas de proteção à vítima, até ao trânsito em julgado da sentença, quando o arguido é absolvido em primeira instância. Se o arguido é absolvido, porque se mantêm as medidas? Só se justificam se vigorar um princípio de presunção de vitimização. Um outro exemplo é o facto de apesar de dispor o n.º 1 do art. 355.º do CPP que “[n]ão valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência”, haver, aparentemente, um atropel ao princípio do contraditório, que opera a favor do arguido, uma vez que o STJ (Ac. n.º 8/2017, de 21/11), se pronunciou, recentemente, dispondo que: “[a]s declarações para memória futura, prestadas nos termos do artigo 271.º do Código de Processo Penal, não têm de ser obrigatoriamente lidas em audiência de julgamento para que possam ser tomadas em conta e constituir prova validamente utilizável para a formação da convicção do tribunal, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 355.º e 356.º, n.º 2, alínea a), do mesmo Código”, disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/114223836/details/maximized>

Mas instituições e autores que não reconhecem que, ainda assim, não há uma verdadeira proteção da vítima, considerando, sobretudo, o hiato temporal entre a denúncia e a aplicação de medidas de coação ao arguido, defendendo a possibilidade de aplicação de medidas

⁹⁹ Reflexões de Ronald Dworkin *apud* GABRIELA CAMPOS PEDROSO (nota 2, 8-9; 27 e ss.).

¹⁰⁰ *Supra*, 4. A.

¹⁰¹ Como bem nos recorda MARIA DO CARMO SARAIVA DE MENEZES DA SILVA SIAS, apoiada em Taipa de Carvalho in “Ofendida, lesada... (nota 4, 2).

ao princípio de presunção de inocência, do lado do arguido. Eis que nos surge o dilema: Como operamos a concordância prática entre a proteção que a lei vem conferindo à vítima, com vista a que esta se sinta acreditada, e a defesa da realização da justiça com a garantia de que não condenamos – e não nos referimos apenas a uma condenação proferida por um Tribunal, mas também a uma condenação pela sociedade – um inocente, que, afinal, é ele próprio vítima?

A abertura de um inquérito conduz, naturalmente, a uma investigação acerca do comportamento dos intervenientes, tendo estes processos como particularidade um discurso contruído pela “palavra de um contra a do outro”, em que raramente há testemunhas e que a pena de prisão é uma possibilidade, a *final*, para o arguido. Na falta de provas e testemunhas, como é que se pode inquirir a vítima, com vista a perceber se ela diz a verdade e se o seu discurso apresenta ou não incongruências, sem que, com isso, se afete a dignidade da vítima e sem que tal contribua para a vitimização secundária? E como consegue o sistema proteger a vítima e permitir-lhe a participação no processo sem desrespeitar o princípio da presunção de inocência do arguido? Pode a investigação, para além de colocar em causa a credibilidade do arguido, pôr também em causa a credibilidade da vítima, analisando comportamentos passados, sem que isso afete o sistema de proteção que vem sendo construído? O GREVIO¹⁰⁷ não considera ser esse o caminho. Ou seja, o que a autoridade judiciária deve fazer noutros casos é desaconselhado neste tipo de cri-

me. Então, se a credibilidade da vítima não deve ser avaliada, se a vítima deve ser vista como efetiva vítima, parece afirmar-se efetivamente um princípio de presunção de vitimização, pelo que, a forma que o sistema pode ter para reagir a eventuais comportamentos fraudulentos será, em nosso modo de ver, cumprindo as previsões teóricas no que diz respeito à tramitação de um processo por VD, nomeadamente, garantindo um número adequado de profissionais para que os processos sejam tramitados com a urgência apropriada e garantindo que estes são profissionais altamente especializados, inseridos em equipas multidisciplinares, atentas e particularmente habilitadas nesta matéria, para que possam ser detetadas tentativas de manipulação *ab initio*, para que não se prolonguem situações apenas para que ninguém possa dizer que “não se acreditou na «vítima»”, e, sobretudo, para que se evite serem tomadas decisões que possam desencadear efeitos jurídicos que afetam diretamente o arguido, particularmente até fora do processo penal, muitas vezes de forma irreparável.

A última pergunta que se impõe é se serão mesmo necessárias mais reações ou até mesmo maior aplicação das existentes. Não sabendo qual o número real de casos, não conseguimos responder à questão, mas podemos tentar, com base na tramitação que observámos. Ainda que se reconheça que tais casos serão uma minoria, é importante que não se idealize que não há quem tente beneficiar do estatuto de vítima. Por este motivo, não devem os Tribunais deixar de estar alerta. E, no caso de se provarem as declarações falsas, devem estes proceder às devidas condenações, pois só assim se protege a credibilidade do sistema e a defesa do arguido inocente, uma vez que um processo aberto, ainda que arquivado, não apaga o peso da suspeita, uma vez exposta. No que à proteção das crianças con-

restritivas da liberdade pelos OPC e MP (Instituições como a APAV, que sugerem alterações ao nosso regime processual, cfr. RUTE CARDOSO ALMEIDA, “Do futuro da intervenção precoce e prevenção no âmbito da violência doméstica – uma reflexão sobre os objetivos da Convenção de Istambul”, *Revista do Ministério Público*, n.º 152, 2017, 143 e ss.).

¹⁰⁷ Atente-se 189, 190 e 191 do Relatório de avaliação do GREVIO (nota 86).

cerne, a condenação por crimes relacionados com declarações falsas não apresenta proteção para estas vítimas, a menos que o Tribunal condene pelo crime de VD contra menores, sendo que, bem analisadas as sanções daí decorrentes, se percebe que dificilmente haverá sanção compatível com o *superior interesse da criança*. A chave é a prevenção.

9. Conclusões

A. A violência doméstica é um problema grave, a nível mundial, com dados preocupantes. Por esse motivo, deve ser incansável o combate à perpetuação deste crime, apostando-se na prevenção e proteção das vítimas, nomeadamente encorajando-as a identificar comportamentos disruptivos e a denunciar, envidando esforços para que estas encontrem um espaço seguro e respeitoso, com profissionais que trabalham articulada e eficientemente, evitando a vitimização secundária. Ao mesmo tempo que se desenvolvem mecanismos que encorajem a denúncia, o sistema não deve deixar de estar atento a possíveis motivações secundárias para a apresentação de queixa contra cônjuge ou análogo. A existência de filhos menores deve constituir um alerta, uma vez que a queixa por violência doméstica desencadeia decisões extra ordenamento penal conexas com o *superior interesse da criança* que podem significar o afastamento de filhos e progenitores, potencialmente irreparável, por força de medidas como o afastamento do exercício em comum das responsabilidades parentais ou o afastamento da residência alternada da criança junto de ambos os progenitores ou até através da limitação ou mesmo suspensão do regime de visitas.

B. As declarações falsas no crime de violência doméstica resultam em consequências psicológicas, financeiras, laborais e sociais para o arguido, assim

como produzem impactos psicológicos imensuráveis nos filhos, particularmente menores. E o afastamento de progenitor e filho, durante demasiado tempo (tempo que é sempre relativo), pode levar à consolidação de situações fácticas e irreversíveis de rutura, cabendo ao Estado garantir que tais medidas se limitem ao estritamente necessário para apurar a verdade, tendo sempre em vista o *superior interesse da criança* e o respeito pelo princípio de presunção de inocência, sob pena de este se tornar cúmplice de condutas alienadoras e, em última instância, cúmplice de verdadeiros crimes. O próprio sistema, ao despender recursos que são necessários à investigação de outros crimes, sofre com tais aproveitamentos fraudulentos, podendo, a longo prazo, por um lado, ver a sua imagem destruída perante a sociedade; como pode, por outro lado, tornar-se mais intolerante à mentira, correndo o risco de falhar na proteção de vítimas reais, contribuindo para que estas se tornem mais relutantes à denúncia, aumentando as cifras negras.

C. O processo penal apresenta várias reações possíveis às declarações falsas, quer protegendo o arguido que é, afinal, inocente (através da denúncia caluniosa, do crime de difamação – 180.º do CP e do próprio crime de VD), quer protegendo a criança (através do crime de subtração de menor – n.º 1 do art. 249.º, crime de sequestro – 158.º ou, sobretudo, do crime de VD praticado contra menor – alínea *d*) do n.º 1 do art. 152.º do CP), quer protegendo o sistema (através do crime de declarações – 348.º-A e do crime de denúncia caluniosa – 365.º do CP). Mas a grande dificuldade do sistema será sempre a de encontrar o equilíbrio entre o princípio da presunção de vitimização e o princípio de presunção de inocência, enquanto se investiga para descobrir a verdade e realizar a justiça.

D. Acreditamos que o sistema não precisa de mais mecanismos de reação, de mais legislação ou de mais manuais de boas práticas. A melhor forma de combater as declarações falsas no crime de VD e, conseqüentemente, os efeitos gerados por estas, é, na verdade, cumprindo as próprias previsões teóricas propostas para o combate ao crime de VD: apostando na prevenção da violência; diminuindo os prazos de inquérito e decisões intermediárias, possíveis com a alocação de mais profissionais; garantindo a criação de equipas multidisciplinares, especializadas, aptas a considerar cada caso, visto que a falta de especialização das autoridades judiciárias contribui para um sistema mais suscetível ao aproveitamento fraudulento.

E. Não é objetivo deste estudo minimizar a seriedade das denúncias por VD nem sugerir que todas as vítimas são manipuladoras, antes, apenas, alertar para os efeitos que um olhar desatento, a médio ou longo prazo, poderá trazer para a realização da justiça. Por conseguinte, declarações falsas devem ser punidas exemplarmente, recorrendo

aos tipos de ilícito previstos no nosso ordenamento. Isto, porque, acreditando que se deve ambicionar justiça para as verdadeiras vítimas, não podemos deixar que falsas vítimas descredibilizem o sistema de proteção que vem sendo construído. Terminamos com uma reflexão de Paulo Guerra¹⁰⁸: “Sabemos todos que cada vez surgem mais casos de famílias separadas em que um dos progenitores acusa o outro de manipular o filho ao ponto da criança não querer ter mais contacto com ele. (...) Que o sistema de proteção e os tribunais não falhem nesta tarefa de defender a criança envolvida no fenómeno complexo da violência doméstica, sancionando devidamente o autor do ato ilícito e culposo, sem vitimizar ainda mais o sujeito de direito alvo dessas vis agressões.”

Todas as hiperligações indicadas encontravam-se operacionais a 20.01.2022.

¹⁰⁸ PAULO GUERRA, “Em tom de abertura” in *O Fenómeno da “Alienação Parental”*... (nota 24, 11).

ASPETOS SUCESSÓRIOS DA PROcriação Medicamente Assistida Post MORTEM — A NOVA LEI N.º 72/2021, DE 12 DE NOVEMBRO

Maria João Marques Paixão

Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Resumo: *o avanço da ciência e da técnica viabilizou a reprodução humana depois da morte. Não obstante, a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida post mortem levanta múltiplos dilemas, o que dificulta a sua abordagem pelo Direito. A complexidade da tarefa deve-se, em boa parte, aos intrincados conflitos axiológicos suscitados no domínio no Direito Sucessório. Em face desta conflitualidade, o acolhimento da figura pelo ordenamento jurídico exige do legislador a criação de uma disciplina o mais completa possível, que previna um indesejável excesso de litigiosidade na praxis, pernicioso para a segurança jurídica e para a legitimidade social do instituto.*

Palavras-chave: *Procriação Medicamente Assistida; Reprodução Post mortem; Filhos Póstumos; Direitos Sucessórios; Partilha.*

Abstract: *The advancement of science and technology has made human reproduction possible after death. Nevertheless, the use of post mortem medically assisted procreation techniques raises multiple dilemmas, which makes it difficult for the Law to approach the subject. The complexity of the task is largely due to the intricate axiological conflicts raised in the domain of inheritance law. In face of this uncertainty, the acceptance of the figure by the legal system requires the legislator to create a legal discipline as complete as possible, which prevents an undesirable excess of litigiousness in practice, harmful to the legal security and social legitimacy of the institute.*

Keywords: *Medically Assisted Reproduction; Post mortem reproduction; Posthumously Conceived Children; Succession Law.*

1. Introdução

Diferentemente do que sucedeu durante a maior parte da História da Humanidade, a repro-

dução humana não está hoje irremediavelmente dependente do ato sexual, nem da biologia. O avanço científico e tecnológico colocou o ato médico no cerne da atividade reprodutiva, permitindo ao ser humano ultrapassar algumas angústias ancestrais e sonhar com novas formas de intimidade humana.

A Procriação Medicamente Assistida, por contraposição à procriação sexual, é comumente acusada de romper com a lei da Natureza... de violar a ordem natural das coisas. Este raciocínio pressupõe, todavia, um juízo prévio de categorização como contranatural de tudo quanto interfere com o desenvolvimento espontâneo dos acontecimentos no mundo físico. Ora, esta é uma pré-compreensão perigosa e até falaciosa. Perigosa, desde logo, porquanto levada à letra significaria recusar qualquer tipo de intervenção médica – qualquer tipo de intervenção humana (científica, tecnológica, técnica...), aliás! Ademais, é um entendimento falacioso na medida em que, de certa perspetiva, toda a sociedade humana, tal qual a conhecemos desde os primórdios da Humanidade, é “contranatural”. A razão humana que nos destaca enquanto espécie e que nos oferta com a criatividade, a lógica, o engenho, a astúcia, o talento... sempre instigou o Homem a controlar, em certa medida, o mundo e as leis naturais. A procriação assistida por tecnologias e técnicas médicas é apenas mais uma dimensão da demanda humana pela superação das

limitações naturais à sua própria existência¹.

Com o exposto não se propugna, sublinhe-se, que tudo quanto a mente humana pode imaginar e criar deve ser permitido. São inúmeros os exemplos de experiências e inovações que se mostraram e mostram eticamente inaceitáveis, quer porque permitem ao Homem dominar e destruir a Natureza, quer porque viabilizam o domínio de uns homens sobre os outros, desumanizando a sua condição. Cabe, de facto, ao Direito servir de mediador. Deste modo, o que se pretende demonstrar é, isso sim, que classificar *in abstracto* uma dada técnica como contranatura é redutor e, mais ainda, frívolo – todas as invenções humanas o são, em certa medida. O juízo ético-jurídico que se faça sobre a Procriação Medicamente Assistida haverá de fundar-se em considerações radicadas a jusante, reportando-se às consequências da aplicação dessas técnicas sobre o mundo natural e a sociedade humana.

Tudo quanto ficou dito tem particular cabimento a respeito da Procriação Medicamente Assistida *post mortem*, que, em abono da verdade, representa um passo mais no sentido da suplantação das leis naturais.

2. Procriação Medicamente Assistida: definição e tipologia

O conceito de Procriação Medicamente Assistida (PMA) engloba todas as técnicas de auxílio à reprodução humana que viabilizam a procriação sem ocorrência de ato sexual².

¹ RAPOSO, Vera, *O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Coimbra: Almedina, 2014, 1154.

² Apesar de só nas últimas décadas ter ganjeado verdadeira atenção política e social, sobretudo em virtude da relativa massificação do seu uso, as origens da PMA remontam ao séc. XVIII. Sobre a evolução da prática e as motivações que ao longo da História impulsionaram o seu uso, cf. SHERI, Gilbert, «Fatherhood from the grave: an analysis of post-

As várias modalidades de PMA podem ser categorizadas a partir de uma multiplicidade de critérios, destacando-se aqui os critérios dos sujeitos e dos meios. No que concerne aos sujeitos envolvidos, as técnicas de PMA podem ser classificadas em dois grandes grupos: PMA homóloga e PMA heteróloga. Na PMA *homóloga* é utilizado apenas material genético dos beneficiários do procedimento e futuros pais da criança concebida. A PMA *heteróloga*, por sua vez, pressupõe a utilização de material genético de um ou mais dadores (terceiros que não são os beneficiários do procedimento)³. De acordo com o critério dos meios, identificam-se vários tipos de operações que podem servir para auxiliar a reprodução⁴. Entre essas operações destacam-se, pela sua prevalência: a Inseminação Artificial; a Fecundação *in vitro*; a Transferência de Embriões Criopreservados; e a Gestação de Substituição⁵.

mortem insemination», *Hofstra Law Review*, Vol. 22, N.º 2 (1993), 521-566. ANTALL, Kristin L., «Who is my mother?: Why States should ban posthumous reproduction by woman», *Health Matrix*, Vol. 9 (1999), 203-234.

³ Doravante o conceito de “beneficiários” refere-se aos sujeitos que iniciam um processo de reprodução assistida com o intuito de se tornarem pais, independentemente da técnica utilizada e do respetivo contributo genético para a concepção. Não são, por isso, beneficiários das técnicas de PMA os meros dadores de gametas nem as gestoras de substituição, porquanto não intervêm no processo com a finalidade de assumir a paternidade ou maternidade da criança concebida. O art. 6.º da Lei n.º 32/2006 enuncia os indivíduos autorizados a recorrer a técnicas de PMA enquanto beneficiários.

⁴ Sobre os principais procedimentos de PMA disponíveis no estado atual da ciência médica, cf. ANTALL, Kristin L., (nota 2), 206-211. RAPOSO, Vera (nota 1), 389-393. VANCANNON, Kayla, «Fathering a child from the grave: what are the inheritance rights of children born through new technology after the death of a parent», *Drake Law Review*, Vol. 52, N.º 2 (2003-2004), 338-341.

⁵ A criopreservação de embriões verifica-se, entre nós, sobretudo no contexto de procedimentos de fertilização *in vitro*, do qual resultam embriões excedentários (que não são utilizados nesse tratamento, devido ao risco de gravidez múltipla). Os embriões excedentários considerados viáveis e que reúnam condições para ser utilizados num futuro tratamento (por ex. para concepção de um segundo filho) são criopreservados, ficando disponíveis para utilização posterior pelo casal. O art. 25.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho de 2006 disciplina o destino possível dos embriões excedentários.

⁶ O art. 8.º da Lei n.º 32/2006 consagra os cenários – excecionais – em que a gestação de substituição é autorizada no nosso ordenamento jurídico.

A PMA *post mortem*, que nos irá ocupar, consiste no recurso a técnicas de PMA após a morte de um ou ambos os beneficiários e pretensos pais⁷. Neste contexto, as várias técnicas acima expostas podem ser mobilizadas e combinadas para atender a cenários de morte de um ou ambos os elementos de um casal, homossexual ou heterossexual, bem como em casos de morte cerebral de gestantes ou de falecimento de um indivíduo não casado nem unido de facto que pretende procriar. São, portanto, variadíssimas as possibilidades concebíveis, algumas bastante controvertidas. É o caso, desde logo, da utilização da PMA em caso de morte de ambos os elementos do casal, bem como da PMA *post mortem* em benefício de pessoa singular. Esta última, apesar de pouco concebível no nosso quadrante sociocultural, tem vindo a ser empregue noutros espaços geográficos, sobretudo em zonas do globo massacradas pela guerra⁸. Também os cenários de PMA *post mortem* em que o elemento sobrevivido do casal (heterossexual) é o homem – assim, tanto no caso de morte da mulher anterior à conceção como no caso de morte cerebral durante a gestação – têm gerado alguma celeuma. A este respeito, não pode ignorar-se a significativa influência da cultura éti-

co-social e religiosa dominante⁹¹⁰.

Entre nós, e à semelhança da maioria dos ordenamentos jurídicos, a problemática da PMA *post mortem* é discutida sobretudo a respeito da utilização das técnicas de PMA homóloga pela mulher sobrevivida à morte do cônjuge ou companheiro. Será também sobre estas hipóteses – de fecundação, fertilização *in vitro* e transferência embrionária *post mortem* – que se debruçará o presente estudo, na medida em que os demais cenários, além de eventualmente enfrentarem uma proibição específica, colidem com outras proibições genéricas em matéria de PMA, mormente a proibição da gestação de substituição, a proibição relativa da PMA heteróloga e as limitações subjetivas no acesso às técnicas.

3. PMA *post mortem*: entre a Ética, a Medicina e o Direito

3.1. Argumentos contra

O primeiro entrave colocado à PMA *post mortem* em qualquer debate sobre a matéria reporta-se ao bem-estar e interesse da criança a nascer. Nesta sede, são vários os aspetos comumente apontados como problemáticos. Desde logo, propugna-se a lesão do bem-estar psicológico da criança, que nasce sem pai e em circunstâncias que podem considerar-se traumáticas¹¹. Depois, argui-se que, de acordo com as estatísticas existentes, as crianças educadas no seio de famílias monoparentais (que, as mais das vezes, são casos de maternidade a solo)

⁷ Distinguindo-a dos cenários – verificados desde tempos imemoriais – de parto ou nascimento depois da morte de um ou ambos os progenitores: HASHILONI-DOLEV, Yael, SCHICKTANZ, Silke, «A Cross-Cultural Analysis of Posthumous Reproduction: The Significance of the Gender and Margins-of-Life Perspectives», *Reproductive BioMedicine and Society Online*, N.º 4 (2017), 22. ROBERTSON, John A., «Posthumous Reproduction», *Indiana Law Journal*, Vol. 69, N.º 4, Artigo 8 (1994), 1027.

⁸ O caso paradigmático é o de Israel, onde o procedimento, além de objeto de intenso debate político e social, já foi autorizado pelos tribunais em diversas ocasiões. Cf. KREBS, Jean Denise, «Any Man Can Be a Father, but Should a Dead Man Be a Dad: An Approach to the Formal Legalization of Posthumous Sperm Retrieval and Posthumous Reproduction in the United States», *Hofstra Law Review*, Vol. 47, N.º 2 (2018), 775-812. HASHILONI-DOLEV, Yael, SCHICKTANZ, Silke (nota 7), 25-26.

⁹ Cf. RAPOSO, Vera, «Até que a morte nos separe: breves notas sobre a reprodução *post mortem* no caso de gestante em morte cerebral», *Lex Medicinæ*, Ano 15, N.º 29, 75-76.

¹⁰ Realizando uma interessante análise dos termos em que a tradição e cultura israelita e alemã determinam diferentes soluções quanto à PMA *post mortem*, mais progressistas nuns aspetos e mais conservadoras em outros: HASHILONI-DOLEV, Yael, SCHICKTANZ, Silke (nota 7), 28-30.

¹¹ SHERI, Gilbert (nota 2), 546.

têm maior propensão para a delinquência, para o vício e para a desistência precoce dos estudos¹². Ademais, argui-se que um progenitor sozinho – sobretudo uma mulher – não consegue oferecer ao filho as mesmas condições económicas que um casal oferece. Por fim, alega-se uma violação intencional do direito da criança à identidade genética e pessoal, por se lhe vedar, de antemão, a possibilidade de conhecer um dos progenitores¹³.

O segundo argumento apontado contra a PMA *post mortem* é a circunstância de subverter a finalidade terapêutica que justifica o acesso às técnicas de PMA¹⁴. Defende-se que o recurso à PMA depois da morte de um dos elementos do casal permite o uso das técnicas médicas de reprodução por mera conveniência, e não apenas como método subsidiário, que visa auxiliar os casais com problemas na reprodução “natural”.

O terceiro argumento mobilizável é o da violação da dignidade e da integridade do corpo do falecido¹⁵. Este raciocínio tem especial cabimento quando a PMA *post mortem* tem lugar por intermédio da recolha póstuma do material genético do falecido ou com utilização de material genético ou embriões criopreservados, mas sem o consentimento expresso à reprodução e paternidade depois da morte.

A quarta crítica à admissibilidade da PMA *post mortem* refere-se à motivação subjacente à prática. De uma perspectiva, defende-se que a viúva, encontrando-se num estado de enorme fragilidade emocional, recorrerá à PMA apenas para criar um “substituto” do falecido, procurando apenas o con-

forto de “replicar” a pessoa amada¹⁶. De outra perspectiva, teme-se que a reprodução póstuma seja motivada por interesses económicos, na medida em que a viúva ficará responsável pela administração da parte da herança atribuída ao filho até à sua maioridade.

O quinto fator mobilizado para afastar a PMA *post mortem* é a violação do “princípio da finitude e da continuidade cronológica das gerações”¹⁷: esta prática vem desafiar os limites da vida e da morte e a estrutura cronológica da filiação. Neste sentido, permitir que um filho nasça depois da morte do pai é, mais do que estranho às leis naturais, subversivo dessas mesmas leis, pelo que o Direito o não deve permitir¹⁸.

O sexto reparo apostado à PMA *post mortem* reporta-se à estrutura familiar tradicional, supostamente sob ameaça. Mesmo não se considerando como referência a estrutura mais tradicional, composta por um pai, uma mãe e os filhos, alega-se que as crianças têm, pelo menos, direito à biparentalidade. Nesta sede, verifica-se a mobilização da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para fundar um direito a usufruir de uma vida familiar “normal”, ao qual acresce, no plano interno, o dever dos progenitores de prestar assistência aos filhos (art. 36.º/5 CRP).

A sétima crítica apontada à PMA *post mortem* consiste no encargo gerado para o Estado: além dos encargos decorrentes dos subsídios e apoios previstos para situações de orfandade, argui-se ser este cenário propício a tornar necessária a assistência pública à educação e crescimento da criança¹⁹. Por conseguinte, haveria legitimidade do poder público para restringir a prática.

¹² STEINBOCK, Bonnie, «Sperm as property», *Stanford Law & Policy Review*, Vol. 6, N.º 2 (1995), 62.

¹³ RAPOSO, Vera, (nota 9), 79-80.

¹⁴ RAPOSO, Vera, (nota 1), 825. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 316-319.

¹⁵ RAPOSO, Vera (nota 9), 78-79. RAPOSO, Vera (nota 1), 826 e ss.

¹⁶ SHERI, Gilbert (nota 2), 547. ANTALL, Kristin L. (nota 2), 220.

¹⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias (nota 14), 316-319.

¹⁸ ANTALL, Kristin L. (nota 2), 221. PARIZER-KRIEF, Karène, «Post Mortem Procreation in French and British Law», *Culture and Research*, Vol. 5 (2016), 96.

¹⁹ SHERI, Gilbert (nota 2), 544-547.

3.2. Argumentos a favor

O primeiro argumento por regra invocado a favor da utilização das técnicas de PMA *post mortem* é o respeito pelo direito dos beneficiários à procriação²⁰. Apesar de um direito com tal configuração não resultar expressamente dos ordenamentos positivos, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a construí-lo, sobretudo a partir das disposições constitucionais relativas ao direito a constituir família²¹. No âmbito de tal direito – em muitos quadrantes considerado direito fundamental – poderá enquadrar-se a faculdade de recorrer a técnicas de PMA e, eventualmente, de o fazer depois da morte: por um lado, afirma-se o direito da mulher sobreviver à reprodução e, sobretudo, a escolher com quem se reproduzir (o que inclui a decisão de recorrer à PMA *post mortem* quando o parceiro escolhido morre antes de o projeto parental se concretizar); por outro lado, alega-se o direito do falecido a ver os seus desejos reprodutivos respeitados depois da morte (sempre que seja conhecida a sua vontade de ter filhos)²². Além disso, a importância que reveste para o indivíduo a possibilidade de dar continuidade ao seu legado genético concorre também para a configuração de um direito à procriação²³. Está aqui em causa o propalado instinto humano para a auto-perpetuação, intrinsecamente ligado ao desejo pela “imortalidade”²⁴.

O segundo sustentáculo teórico da PMA *post mortem* reside na similitude entre os cenários de

recurso a essa prática e aqueles outros de morte do pai durante a gravidez²⁵. De facto, quando, em condições perfeitamente naturais, o pai vem a falecer antes do nascimento da criança concebida por via sexual, é impensável obrigar a mulher a abortar apenas porque a criança nascerá órfã de pai. Ora, também neste cenário se colocam todos aspetos sociológicos negativos associados à PMA *post mortem*, desde a potencial lesão do bem-estar da criança até às hipotéticas deficiências da monoparentalidade.

O terceiro fundamento da admissibilidade da PMA *post mortem* diz respeito, paradoxalmente, também ao interesse da criança. Desta perspetiva alega-se que nascer, mesmo que sem pai, é sempre melhor do que não chegar sequer a existir²⁶. Ainda que não se concorde com tal asserção – desde logo, em face da figura das “*wrongful life actions*”²⁷ –, dir-se-á, pelo menos, que não parece que o sofrimento eventualmente causado a uma criança por nascer sem pai seja significativo o suficiente para concluir que melhor seria ela não ter nascido. Portanto, no mínimo, o interesse da criança, ainda que eventualmente não justifique a admissibilidade da PMA *post mortem*, também não constitui argumento derradeiro para a proibir²⁸.

A quarta razão mobilizada para justificar a PMA *post mortem* consiste no respeito pelos desejos do falecido. Os ordenamentos jurídicos dão sinais claros de que o princípio basilar da autonomia da vontade implica o respeito pela vontade ou interesse do indivíduo em caso de incapacidade e/ou morte – assim se compreende a supremacia quase absoluta da

²⁰ ANTALL, Kristin L. (nota 2), 217. SHERI, Gilbert (nota 2), 531-539. GORDON, John L., «Successive rights of posthumously conceived children», *Journal of Juvenile Law*, Vol. 18 (1997), 86-89.

²¹ RAPOSO, Vera (nota 1), 48 e ss. RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, «La Reproducción Artificial Post mortem en España: Estudio ante un Nuevo Dilema Jurídico», *Revista Boliviana de Derecho*, N.º 20 (2015), 299-301.

²² ROBERTSON, John A. (nota 7), 1031-1032.

²³ ANTALL, Kristin L. (nota 2), 216-217.

²⁴ RAPOSO, Vera (nota 1).

²⁵ SHERI, Gilbert (nota 2), 543-544. RAPOSO, Vera (nota 1), 829.

²⁶ ROBERTSON, John (nota 7), 1040-1041.

²⁷ Cf. RAPOSO, Vera, «As *wrong actions* no início da vida (*wrongful conception, wrongful birth e wrongful life*) e a responsabilidade médica», *Revista Portuguesa do Direito Corporal*, Ano XIX, N.º 21 (2010), 61-99.

²⁸ STEINBOCK, Bonnie (nota 12), 63-64.

vontade do testador em sede de sucessão testamentária, o cumprimento da Diretiva Antecipada de Vontade (ou Testamento Vital), o norteamo das decisões dos tutores dos incapazes e das decisões dos parentes e médicos dos doentes impossibilitados de decidir segundo o hipotético interesse ou interesse superior da pessoa. Nestes termos, existindo consentimento do falecido para a PMA *post mortem*, haverá de respeitar essa vontade²⁹.

O quinto aspeto que suporta a legalização da PMA *post mortem* é a autonomia da mulher sobreviva ao companheiro³⁰. Sobretudo nos ordenamentos jurídicos que permitem a mulheres solteiras recorrer a técnicas de PMA, parece incongruente recusar-lhes o direito de serem mães utilizando o material genético do companheiro já falecido, em vez do material genético de um dador. Aliás, poderá até suceder que o dador tenha falecido entretanto e que, por isso, a criança seja concebida com gâmetas de um homem pré-morto. Inexiste, então, verdadeira diferença entre os dois cenários, pelo que a autonomia da mulher deve granjear igual proteção. Com a vantagem, acrescente-se, de que em caso de PMA *post mortem* a criança poderá, pelo menos, conhecer a identidade do progenitor, bem como poderá, eventualmente, contactar com a família paterna.

O sexto aspeto favorável à PMA *post mortem* é o facto de a criança nascida por esta via ser, indubitavelmente, desejada pela mãe³¹. Tendo em conta os custos económicos, sociais e emocionais do processo, impõe-se concluir que uma mulher que ultrapassa todos esses obstáculos para conseguir conceber tem um desejo profundo de criar vida e

ter um filho. Aliás, o que ficou dito torna altamente improvável que as beneficiárias de técnicas de PMA depois da morte do companheiro possam ser movidas por interesses económicos ou materiais³².

O sétimo argumento a favor da PMA *post mortem* consubstancia-se na ausência de interesses públicos relevantes que legitimem a restrição legal do direito à procriação (entendido nos termos *supra* apresentados) e da autonomia da vontade. A proteção do bem-estar da criança não parece ser justificação suficiente porquanto é incerto que o nascimento nestas condições cause, necessariamente, danos psicológicos, ou signifique maiores dificuldades económicas ou maior propensão para comportamentos desviantes. Aliás, em comparação com outros fatores potenciadores de tais resultados, a PMA *post mortem* não se mostra especialmente propícia à sua verificação. A salvaguarda da estrutura familiar tradicional também não parece bastar para legitimar tão séria restrição, desde logo porque está hoje demonstrado que famílias de estrutura não tradicional – nomeadamente, monoparental – podem criar condições de desenvolvimento tão boas quanto as criadas por famílias biparentais heterossexuais³³. Por fim, o alegado interesse em conter a despesa pública também não se antolha satisfatório, uma vez que, por um lado, uma mulher que disponha de capacidade económica para recorrer a técnicas de PMA (bastante dispendiosas), não terá maior propensão para necessitar de auxílios estatais do que o cidadão comum, e, por outro, o número de casos de PMA *post mortem* será sempre estatisticamente insignificante.

²⁹ ROBERTSON, John A. (nota 7), 1032-1033.

³⁰ SHERI, Gilbert (nota 2), 539-543. CARAYON, Lisa, «Arlésienne Bioéthique – La Procréation Post mortem en Débats», *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, N.º 25, Vol. 1 (2020), 46.

³¹ PARIZER-KRIEF, Karène (nota 18), 96.

³² RAPOSO, Vera Lúcia, DANTRAS, Eduardo, «Aspectos jurídicos da reprodução post mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal», *Lex Medicinæ*, Ano 7, N.º 14 (2010), 84-85.

³³ RAPOSO, Vera (nota 9), 80.

4. Breve escurso pelo Direito Comparado: cultura e juridicidade

4.1. Modelos liberais

De um modo geral – e, por isso, assumidamente redutor – os modelos de regulação da PMA *post mortem* podem ser arrumados em duas categorias: por um lado, os modelos liberais, que, de forma mais ou menos ampla, autorizam a utilização de técnicas de PMA depois da morte de, pelo menos, um dos beneficiários; por outro lado, os modelos restritivos, que proíbem, por princípio, as práticas de PMA após a morte dos beneficiários. Na primeira categoria discernem-se, paradigmaticamente, os regimes britânico, estadunidense e espanhol. Ainda que todos admitam a PMA *post mortem*, os termos em que o fazem são, porém, diversos. As diferenças verificadas compreendem-se, em grande medida, por referência aos valores socioculturais imperantes em cada ordem jurídica.

No Reino Unido a disciplina da PMA póstuma consta do *Human Fertilisation and Embryology Act*, de 2008. O regime britânico é, porventura, o mais permissivo, autorizando tanto a transferência de embriões criopreservados como a inseminação e a fertilização *in vitro*, quer em caso de morte do elemento masculino quer em caso de morte do elemento feminino de um casal heterossexual^{34,35}.

³⁴ No que concerne a transferência de embriões criopreservados, a lei permite inclusivamente a transferência de embriões gerados a partir de esperma de um dador, reconhecendo, não obstante, a paternidade do beneficiário falecido (art. 40.º).

³⁵ A hipótese de morte da mulher suscita, todavia, maiores dificuldades (ainda que tais dificuldades não sejam específicas da PMA *post mortem*, mas antes se coloquem em todos os casos de gestação de substituição). De acordo com o art. 33.º do Ato, a gestante é sempre a mãe legal da criança e o seu companheiro ou cônjuge será o pai legal (mesmo que o material genético seja do elemento masculino do casal de beneficiários). Após a morte da beneficiária, apenas o beneficiário sobrevivente poderá obter o reconhecimento da sua paternidade em relação à criança concebida, recorrendo ao expediente da “*parental order*” previsto no art. 54.º-A do Ato.

Ademais, é ainda autorizada a transferência embrionária *post mortem* em benefício da mulher sobrevivente de um casal homossexual³⁶. Apesar da respetiva permissibilidade, o regime britânico, regulando expressamente o estabelecimento da filiação em relação aos beneficiários falecidos, afasta a produção dos efeitos sucessórios daí resultantes nos termos gerais³⁷.

Nos EUA, a matéria da PMA *post mortem* não granjeia uma regulação positiva de âmbito nacional antes sendo decidida casuisticamente pelos tribunais. A questão foi discutida pela primeira vez no caso *Hecht v. Superior Court*, por referência ao qual se debateram os dois aspetos que fundamentalmente têm ocupado os tribunais estadunidenses desde então: 1) o relevo jurídico da vontade/consentimento do falecido; 2) o tratamento do material genético como propriedade ou como parte do corpo³⁸. Também bastante discutida no âmbito do ordenamento estadunidense é a existência do direito fundamental à procriação e o respetivo âmbito objetivo³⁹. Em termos gerais, o acesso às técnicas de PMA *post mortem*, *per se*, não é muito debatido; o quesito que com maior frequência ocupa os tribunais é, isso sim, a filiação e os direitos sucessórios da criança postumamente concebida.

³⁶ A legislação britânica admite, *inclusive*, o estabelecimento da maternidade em relação a uma mulher com a qual a mulher falecida não estava casada nem vivia em união de facto: art. 46.º, (2).

³⁷ Cf. PARIZER-KRIEF, Karène (nota 18), 103-109. RAPOSO, Vera (nota 1), 1121.

³⁸ Cf. STEINBOCK, Bonnie (nota 12), 59-64. JR., Charles P. Kindregan, MCCRIEN, Maureen, «Posthumous Reproduction», *Family Law Quarterly*, Vol. 39, N.º 3 (2005), p. 579-598. KREBS, Jean Denise (nota 8), 785-787. KATZ, Gail A., «Parpalaix c. CECOS: Protecting intent in reproductive technology», *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 11, N.º 3 (1998), 687 e ss.

³⁹ Cf. ANTALL, Kristin L. (nota 2), 221-229. SHERI, Gilbert (nota 2), 531-538. GORDON, John L. (nota 20), 85-88. ROBERTSON, John A. (nota 7), 1028-1030.

Em Espanha, a regulação da matéria é menos liberal do que nos dois modelos já apresentados⁴⁰. A Ley 14/2006, no respetivo art. 9.º, autoriza a PMA *post mortem* quando reunidos dois pressupostos: 1) consentimento do falecido; 2) realização do procedimento no prazo de 12 meses após a morte. O preceito discerne entre a inseminação e fertilização *in vitro*, por um lado, e a transferência embrionária, por outro, presumindo o consentimento do falecido quanto a esta última. O diploma mostra-se mais restritivo que os regimes britânico e estadunidense porquanto só autoriza a PMA *post mortem* em caso de morte do elemento masculino de um casal heterossexual – o que está, aliás, em consonância com a proibição da gestação de substituição contida no art 10.º do diploma⁴¹. Não obstante, o regime do país vizinho apresenta-se mais liberal no que concerne as consequências da procriação pós-tuma: a criança concebida é reconhecida como filha do progenitor falecido e titula os correspondentes direitos sucessórios.

A permissividade dos ordenamentos apresentados – sobretudo o britânico e o estadunidense – é produto indubitável da primazia que a liberdade individual granjeia nesses quadrantes, bem como da visão do mundo partilhada pelos elementos das respetivas comunidades, menos arreigada a valores comunitários.

⁴⁰ A diferença compreende-se facilmente: ao passo que as tradições jurídicas britânica e estadunidense conferem particular centralidade à liberdade e autonomia individuais, a tradição espanhola é mais coletivista, à semelhança dos demais países da Europa Continental. Aqui, muito mais do que ali, a estrutura familiar e a comunidade são valores protegidos quase como instituições.

⁴¹ RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María (nota, 21), p. 295-298. A autora propugna ainda uma ulterior restrição à prática: do espírito e letra do preceito extrai a proibição da PMA *post mortem* heteróloga, ou seja, com recurso à doação de esperma (o teor literal da norma prevê o consentimento do marido para que o seu próprio material genético seja utilizado, e nada mais) ou com utilização de embriões concebidos com esperma doado.

4.2. Modelos restritivos

Arquétipos restritivos de regulação da PMA *post mortem* podem encontrar-se na Alemanha, França e Itália, cujas legislações proíbem, por princípio, a utilização de técnicas de PMA depois da morte do(s) beneficiário(s).

A legislação alemã é comumente apontada como a mais restritiva de entre os regimes vigentes no nosso espaço sociocultural. De facto, a *Embryonenschutzgesetz* (ESchG), de 1990, não só proíbe a PMA *post mortem* como sanciona penalmente o médico que realizar o procedimento (§ 4, N.º 3)⁴². Não obstante, o ordenamento tem apresentado alguns sinais de abertura, mormente por via jurisprudencial: num célebre caso de 2010, os tribunais alemães autorizaram a continuação de um processo de PMA iniciado em vida de ambos os membros do casal mesmo após a morte de um deles, permitindo, assim, a transferência embrionária *post mortem*⁴³. A ideia de continuação de um processo de conceção em curso é importante no debate académico, jurisprudencial e social alemão, sobretudo porque equacionada do ponto de vista da proteção do embrião⁴⁴.

A disciplina italiana antolha-se também seriamente restritiva. A *Legge* n.º 40 del 19 febbraio 2004, no respetivo art. 5.º, impõe, como requisito subjetivo de acesso à PMA a vida de ambos os membros do casal. Fica, por conseguinte, vedado o acesso às técnicas de PMA quando um ou ambos

⁴² Afirmado que o ordenamento alemão não é tão restritivo quanto parece *prima facie*, por se mostrar mais receptivo à PMA *post mortem* em caso de gestante em morte cerebral do que muitos ordenamentos considerados liberais: HASHILONI-DOLEV, Yael, SCHICKTANZ, Silke (nota 7), 29.

⁴³ Decisão do tribunal superior Oberlandesgericht Rostock 7 U 67/09, proferida a 5 de maio de 2010. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20100525012617/http://www.mv-justiz.de/dokumente/GVP/7u0679ua.pdf>

⁴⁴ HASHILONI-DOLEV, Yael, SCHICKTANZ, Silke (nota 7), 26-27.

os membros do casal já faleceram. Ademais, o art. 12.º/2 prevê, *inclusive*, uma específica sanção para o incumprimento da proibição da procriação *post mortem*. Apesar da clara opção do legislador, os tribunais italianos têm admitido a transferência uterina *post mortem* de embriões criopreservados em países onde a prática é autorizada, identificando o momento da fecundação como o momento relevante para aferição do preenchimento dos requisitos do art. 5.º Levando o seu raciocínio mais além, numa decisão recente, a *Corte di Cassazione* italiana permitiu a uma mulher registar como filho do marido uma criança nascida exatamente por essa via (Sentença n.º 13000, de 15 de maio de 2019)⁴⁵. Portanto, à semelhança do que se verifica no ordenamento alemão, a proibição legal aparentemente absoluta tem sido, de certa forma, temperada pela ponderação jurisprudencial.

O regime francês apresenta contornos similares ao italiano: o Article L2141-2 do *Côde de la Santé Publique* delimita o âmbito subjetivo da PMA determinando que apenas casais compostos por um homem e uma mulher vivos podem aceder a tais técnicas. O ordenamento jurídico francês foi o primeiro a lidar diretamente com a problemática da PMA *post mortem*: em 1984, os tribunais franceses foram chamados a decidir o caso *Parpaliax*, no âmbito do qual se discutia o direito da viúva a utilizar esperma criopreservado pelo marido antes da morte para engravidar⁴⁷. Nesta primeira decisão jurisprudencial sobre a matéria – numa época

em que a lei não a regulava – a conceção póstuma foi autorizada com base no afastamento do regime tradicional da propriedade, justificado a partir da ideia de que o material genético se particulariza pelo seu potencial único para gerar vida humana e no subsequentemente perscrutado consentimento implícito do falecido⁴⁸. Pese embora este início auspicioso do debate sobre a PMA *post mortem* em França, a alteração ao *Code de la Santé Publique* que veio disciplinar o recurso às técnicas de PMA depois da morte, determinou, nos termos expostos, a respetiva proibição. Não obstante, a matéria continua a ser alvo de intenso debate na sociedade francesa e, inclusivamente, de decisões jurisprudenciais e opiniões técnicas que contrariam o disposto na lei⁴⁹. Numa decisão de 2016, o Conselho de Estado autorizou uma mulher a transportar para Espanha o esperma do marido para aí realizar um procedimento de PMA depois da sua morte. Esta linha jurisprudencial tem sido, entretanto, seguida pelos tribunais administrativos. Concomitantemente, também os tribunais judiciais têm adotado uma postura flexível, avaliando casuisticamente as disputas colocadas a seu juízo⁵¹. O *Comité Consultatif National d'Éthique* já se pronunciou a favor da transferência embrionária *post mortem* e a própria Assembleia Nacional apresentou uma proposta legislativa no sentido de admitir essa prática, man-

55

⁴⁵ Para uma análise da decisão jurisprudencial da perspetiva da doutrina italiana: IMBALZANO, Chiara, «Procreazione Post Mortem e Stato Giuridico del Nato», *Rivista di Informazione Giuridica*, N.º 10 (2020).

⁴⁶ Sobre o problema da filiação no contexto da utilização de técnicas de PMA no ordenamento jurídico italiano: SALANITRO, Ugo A., «La Disciplina della Filiazione da Procreazione Medicalmente Assistita», *Família*, Vol. 3 (2004), 489-514.

⁴⁷ *Cf.* KATZ, Gail A. (nota 38), 684-687.

⁴⁸ *Parpaliax v. CECOS*, Tribunal de Grande Instance de Creteil, Gazette du Palais (G.P.), Sep. 15, 1984.

⁴⁹ Considerem-se, por exemplo, as decisões da Cour d'Appel de Rennes, N.º 09/674, 15 Octobre 2009; e do Conseil d'État, Assemblée, 31/05/2016, 396848.

⁵⁰ *Cf.* CARAYON, Lisa (nota 30), 45-46. MOUTEL, G., *et al.*, «Autoconservation de Sperme et Prise en Charge des Demandes d'Insémination Post Mortem», *Médecine & Droit*, N.º 19 (1996), 1-4.

⁵¹ MONZIOIS, Guillaume, «Conditions d'Accès à l'Assistance Médicale à la Procréation et Procréation Post mortem: l'Appel des Juges à la Révision des Lois de Bioéthique?», *Médecine & Droit*, 2017 (2017), 37-43.

tendo a proibição da fecundação e inseminação *in vitro*⁵². Em suma, apesar da proibição legal, o ordenamento francês é marcado pela incerteza e pela conflitualidade em torno da questão.

5. PMA *post mortem* e Direito Sucessório: novos limites do início e fim da vida?

5.1. Prólogo: a filiação depois da morte

Na maioria dos ordenamentos jurídicos em que a PMA *post mortem* é autorizada, uma das questões fundamentais sob escrutínio é o estabelecimento da filiação⁵³. Os ordenamentos jus-civilísticos não foram pensados para acomodar este tipo de situações, pelo que se mostram, muitas vezes, lacunosos.

Observando as categorias clássicas, conclui-se que a filiação se estabelece pelo parto, pelo vínculo genético ou por adoção (sendo aqui afastada a preponderância do fator biológico)⁵⁴. Quando técnicas médicas são envolvidas no processo de reprodução, o quadro tradicional deixa, muitas vezes, de se mostrar suficiente para viabilizar o estabelecimento da filiação. Assim sucede, desde logo, na PMA heteróloga, em que se impõe identificar, entre os dadores de gâmetas e os beneficiários do procedimento, quem deverá ser registado como pai e/ou mãe. O legislador português respondeu a esta questão dando prevalência ao critério volitivo, em detrimento do critério genético e do critério gestacional (no caso da maternidade de substituição) – vide os arts. 8.º/7, 10.º/2, 20.º, 21.º, 27.º da Lei

n.º 32/2006. Igual insuficiência se verifica também a respeito da PMA *post mortem*, domínio em que a questão se coloca sobretudo quanto ao estabelecimento da paternidade. Em primeiro lugar, não tem aplicação nesta sede a presunção de paternidade instituída no art. 1826.º CC⁵⁵: o filho não é nem nascido nem concebido na constância do casamento, porquanto o casamento se dissolve com a morte e a PMA *post mortem* se caracteriza, exatamente, pela circunstância de a conceção ocorrer após a morte de um ou ambos os beneficiários. Em segundo lugar, a perfilhação não poderá ter lugar, porquanto o ato só pode ser praticado depois da conceção (arts. 1854.º e 1855.º CC) e, na PMA *post mortem*, esta ocorre já após a morte do progenitor⁵⁶. Em terceiro lugar, a averiguação oficiosa da paternidade (arts. 1864.º a 1868.º CC) e a ação de investigação da paternidade (arts. 1869.º a 1873.º CC), tendo lugar após a morte do progenitor, enfrentam obstáculos sérios no que concerne a prova do vínculo biológico⁵⁷.

Na versão originária da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula, entre nós, a utilização de técnicas de PMA, era autorizada somente a *transferência de embriões criopreservados* em caso de morte do elemento masculino de casal heterossexual (1.ª versão do art. 22.º/3), sendo proibidas, por princípio, todas as demais modalidades de PMA *post mortem*, incluindo a *inseminação e fertilização in vitro* (1.ª versão dos arts. 22.º/1 e 26.º). Não obstante, algo surpreendente e caricatamente, o legislador havia solucionado o problema do estabelecimento da paternidade para os casos de inseminação ou fertilização *in vitro* ocorridos em contravenção da lei,

⁵² *Ibidem*, 39.

⁵³ Cf. JR., Charles P. Kindregan, MCCRIEN, Maureen (nota 38), 582-597. GORDON, John L. (nota 20), 89-94.

⁵⁴ RAPOSO, Vera (nota 1), 835. OLIVEIRA, Guilherme de, «Critérios jurídicos da parentalidade», in OLIVEIRA, Guilherme de, (coord.), *Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, 271-306.

⁵⁵ Sobre a presunção de paternidade: OLIVEIRA, Guilherme de, RAMOS, Rui Manuel Moura, *Manual de Direito da Família*, Coimbra: Almedina, 2020, 402-408.

⁵⁶ Sobre o ato de perfilhação: *Ibidem*, 417-429.

⁵⁷ Sobre a averiguação oficiosa e a ação de investigação de paternidade: *Ibidem*, 430-450.

não fornecendo qualquer solução legal específica para as hipóteses de transferência embrionária (1.ª versão do art. 23.º/1). Este silêncio do legislador a respeito da transferência embrionária originava uma lacuna legal, a preencher por via interpretativa⁵⁸: o estabelecimento da paternidade far-se-ir em relação ao progenitor falecido, nos termos previstos para as hipóteses de inseminação artificial *post mortem*⁵⁹.

A mais recente alteração legislativa na matéria, formalizada por via da Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, dirigiu-se ao alargamento do âmbito objetivo da PMA *post mortem* em Portugal⁶⁰: passou a ser autorizado o recurso a técnicas de inseminação artificial e fertilização *in vitro* depois da morte do elemento masculino de casais heterossexuais (autorização vertida na nova redação do art. 22.º da Lei n.º 32/2006). Este alargamento foi acompanhado da criação de uma nova disciplina jurídica, inserida no capítulo dedicado à inseminação artificial. É curioso notar, todavia, que a lacuna aponta-

da subsiste: o legislador afirma o princípio geral do estabelecimento da paternidade entre o falecido e a criança que vier a nascer na sequência de inseminação artificial póstuma (nova redação do n.º 1 do art. 23.º), mas permanece omissivo quanto à condição das crianças nascidas por transferência embrionária *post mortem*.

5.2. PMA *post mortem* e o nó górdio da sucessão

5.2.1. Problematização

O alargamento do âmbito objetivo da PMA *post mortem* operado pela Lei n.º 72/2021 reacendeu o debate em torno da sucessão *mortis causa* neste cenário singular, desde logo por ser de esperar, nos anos vindouros, o aumento do número de casos de procriação póstuma, exigindo decisões concludentes por parte dos tribunais, dos cartórios notariais e das conservatórias.

O núcleo do problema que se coloca no cruzamento entre a sucessão *mortis causa* e a PMA *post mortem* diz respeito aos direitos sucessórios do filho postumamente concebido: será possível a vocação sucessória do filho nascido depois da morte do pai autor da sucessão? Em caso afirmativo, em que termos é afetada a partilha da herança?⁶¹

Em primeiro lugar, a PMA *post mortem* representa um problema para o Direito Sucessório porquanto gera um potencial conflito entre indicações normativas: por um lado, na nossa tradição jurídico-legal, constitui requisito geral da vocação sucessória a existência (personalidade jurídica) do chamado ao tempo da abertura da sucessão (art.

⁵⁸ Note-se que a ausência de disciplina específica dificilmente é superada mediante recondução do quesito ao regime geral, pois, mesmo no caso de criação dos embriões antes da morte, as disposições do Código Civil não se antolham aplicáveis: por um lado, a presunção não poderá ser convocada porquanto o nascimento sempre acontecerá depois de decorridos 300 dias da dissolução do casamento (por morte); por outro lado, o consentimento prestado pelo progenitor (condição da transferência embrionária *post mortem*) não pode equivaler a um ato de perfilhação, por ocorrer antes da concepção. Eventualmente, poderia propugnar-se que o silêncio do legislador significaria a identificação do momento da concepção com o momento da criação dos embriões, assim se admitindo que o consentimento prestado funcionasse também como ato de perfilhação. Contudo, em princípio, o ato de consentimento não respeitará a forma exigida para a perfilhação no art. 1853.º CC. Restaria o recurso à ação de investigação, com todos os inconvenientes e dificuldades que esta solução envolve.

⁵⁹ Analisando a questão detidamente: MAGALHÃES, Sandra Marques, *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 105-133.

⁶⁰ O debate foi suscitado por uma iniciativa de cidadãos, na sequência da qual foram apresentados vários projetos de lei por parte dos partidos políticos. Os Projetos de Lei 214/XIV/1, 223/XIV/1, 237/XIV/1 e 572/XIV/2, que serviram de base ao diploma, podem ser consultados em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleDiplomaAprovado.aspx?BID=23281>

⁶¹ Cf. RIBEIRO, Ana Raquel, «Aspectos jurídicos da procriação medicamente assistida post mortem», *Estudos de Doutoramento e Mestrado*, Instituto Jurídico, Série M, N.º 11, Maio 2020. GORDON, John L. (nota 20), 89-94. VANCANNON, Kayla (nota 4), 350-362.

2033.º/1 CC), que ocorre no momento da morte (art. 2031.º CC)⁶²; por outro lado, há muito que os ordenamentos jurídicos do nosso quadrante sociocultural afirmaram um princípio fundamental de igualdade entre filhos (art. 36.º/4 CRP). Ora, do enquadramento jurídico tradicional da sucessão *mortis causa* resultaria que o filho nascido depois da morte do pai não gozaria dos mesmos direitos sucessórios que eventuais irmãos já nascidos, porquanto não nascido ou concebido no momento da abertura da sucessão⁶³.

Em segundo lugar, a eventual criação de um regime jurídico-sucessório particular para as hipóteses de PMA *post mortem*, dirigido a conceder igual tratamento aos filhos nascidos antes e depois da morte do progenitor autor da sucessão, envolve o risco de provocar a suspensão da partilha da herança *ad eternum* ou por tempo desrazoável e de lesar os interesses dos demais sucessíveis. Como bem se compreende, qualquer dos cenários identificados é absolutamente inaceitável do ponto de vista da segurança jurídica e do interesse público na partilha célere e definitiva do património do falecido⁶⁴.

⁶² Apesar do teor literal do art. 2033.º CC, que mobiliza o termo “capacidade”, a doutrina tem construído este pressuposto da vocação sucessória em torno do conceito de “existência”, do qual depende a personalidade jurídica sem a qual nenhum ente pode titular direitos. Os autores divergem, todavia, quanto a tratar os quesitos da existência/personalidade jurídica e da capacidade como um único pressuposto ou como dois pressupostos autónomos. Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito civil: sucessões*, 5ª ed., revista., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 123-124. COELHO, Francisco Pereira, *Direito das sucessões: lições ao curso de 1973-1974, actualizadas em face da legislação posterior*, Coimbra: [s.n.], 1992, 129.

⁶³ Importa não olvidar que a instituição do princípio da não discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento (reitere-se que os filhos póstumos são necessariamente havidos como nascidos fora do casamento, porquanto o casamento se dissolve com a morte e o nascimento nunca poderá ocorrer nos 300 dias posteriores ao falecimento) pela Lei Fundamental de 1976 teve o efeito imediato de revogar as disposições que concediam “superiores” direitos sucessórios aos filhos legítimos. Cf. COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, 5ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, 150-153.

⁶⁴ As dificuldades suscitadas nesta sede surgem, muitas vezes, invocadas, na doutrina e na jurisprudência, enquanto argumento contra a

5.2.2. Alternativas de resolução

Em termos abstratos, podem divisar-se três vias alternativas de resolução: 1) recusar linearmente a vocação sucessória do filho concebido postumamente, afastando quaisquer efeitos sucessórios do estabelecimento da paternidade nas hipóteses de PMA *post mortem*; 2) admitir a vocação sucessória do filho póstumo em termos limitados; 3) admitir a vocação sucessória do filho póstumo em termos gerais, equiparando a sua posição à dos filhos já nascidos aquando da morte do pai.

A primeira solução, acolhida no ordenamento britânico⁶⁵, não seria, em princípio, suscetível de consagração entre nós, já que a vocação sucessória de nascituros, concebidos e não concebidos, encontrou acolhimento legal logo na versão originária do Código Civil de 1966 (1.ª versão do art. 2033.º/1 e 2/a)).

A segunda solução era, porventura, a que melhor se coadunava com quadro legal anterior à alteração legislativa de 2021. De facto, embora inexistisse abertura normativa que permitisse genericamente a vocação sucessória dos filhos póstumos, os cenários de conceção póstuma eram subsuníveis à previsão normativa da vocação sucessória dos nascituros, concebidos e não concebidos⁶⁶. Esta

autorização legal da PMA *post mortem*. Cf. VANCANNON, Kayla (nota 4), 359-360. JR., Charles P. Kindregan, MCCRIEN, Maureen (nota 38), 583-585. ANTALL, Kristin L. (nota 2), 220-221.

⁶⁵ Vejam-se os artigos 39.º (3), 40.º (4), 46.º (4), 48.º (3) e (4) do *Human Fertilization and Embryology Act*. De acordo com estas disposições, o reconhecimento da paternidade (e maternidade, porquanto o Ato admite também a PMA *post mortem* em caso de morte da mulher) do progenitor falecido cumpre apenas o propósito de permitir que os dados pessoais do falecido sejam inseridos no registo da criança como dados do pai. Esta é a dimensão mais conservadora ou restritiva do diploma no que concerne à PMA *post mortem*, atenuando, em certa medida, o seu caráter altamente progressista.

⁶⁶ Na medida em que, no nosso ordenamento jurídico, só podem recorrer a técnicas de PMA *post mortem* casais heterossexuais cujo elemento masculino tenha falecido, o filho póstumo a nascer será, no momento da abertura da sucessão, um nascituro não concebido filho

solução, porque alheia ao imaginário do legislador de 1966, não estava desprovida de dificuldades: as normas em causa não tinham sido pensadas para acomodar a situação dos filhos postumamente concebidos (desde logo, porque aquando da sua redação a técnica não estava ainda acessível), pelo que, por um lado, inexistia consenso doutrinal quanto à sua aplicabilidade, e, por outro, os termos dessa aplicação propugnados pela maioria da doutrina que lhe era favorável consubstanciavam-se num tratamento diferenciado das hipóteses de inseminação e fertilização *in vitro* e de transferência embrionária⁶⁷.

A terceira solução, por fim, exigia, entre nós, a configuração de uma nova disciplina jurídica, pensada especificamente para a PMA *post mortem*. Esta foi a via seguida pelo legislador nacional através da Lei n.º 72/2021, que cuidou de regular *ex novo* a filiação, a vocação sucessória e o processo de partilha em caso de utilização de técnicas de PMA depois da morte nos termos (agora) autorizados pela lei.

5.3. Resposta no ordenamento jurídico português

5.3.1. Quadro legal pré-existente: insuficiências e lacunas

Apesar da ausência de um tratamento específico, o regime positivo antecedente permitia já inte-

de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão – a companheira ou esposa do falecido. Seria, por isso, aplicável o n.º 2 do art. 2033.º CC. Nas hipóteses de transferência embrionária *post mortem* poderia até equacionar-se a aplicação no n.º 1 do art. 2033.º CC, na parte que prevê a vocação sucessória dos nascituros concebidos.

⁶⁷ Sobre as construções avançadas pela doutrina, *vide* nota 70.

⁶⁸ MAGALHÃES, Sandra Marques (nota 59), 168-169. A autora propugnava que a diferenciação entre filhos para efeitos sucessórios é insustentável, encontrando fundamento jurídico para a vocação sucessória *geral* do filho nascido na sequência de inseminação artificial *post mortem* na própria Constituição.

grar, de algum modo, as hipóteses de conceção *post mortem*. Neste quadro, a doutrina vinha procurando desenhar soluções quer para os casos de conceção realizada em contravenção da proibição legal quer para um cenário futuro de ampliação da autorização legal da PMA *post mortem*.

Quanto aos filhos nascidos por via da transferência embrionária *post mortem*, já permitida na versão originária da Lei n.º 32/2006, era debatida a possibilidade de qualificar os embriões criopreservados suscetíveis de transferência intrauterina depois da morte do pai como nascituros, concebendo a sua vocação sucessória geral nos termos do art. 2033.º/1 CC. Este raciocínio pressupõe assumir como momento relevante, para efeitos sucessórios, o da criação dos embriões, e não o da sua implantação uterina – embriões *in vitro* e embriões *in utero* teriam, portanto, a mesma dignidade⁶⁹. Esta solução, ainda que não reunindo consenso na doutrina, parecia a mais consentânea com o princípio da igualdade⁷⁰. Em bom rigor, propugnar solução diversa equivaleria a discriminar os casais

⁶⁹ A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem, contudo, propugnado que aos embriões não implantados no útero materno «(...) se não pode atribuir um grau de protecção correspondente à tutela da vida humana ou da vida intra-uterina». *Vide* o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009 (Processo n.º 963/06).

⁷⁰ Neste sentido: PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito das sucessões contemporâneo*, Lisboa: AAFDL, 2020, 219. NASCIMENTO, Paulo, «Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios», DIAS, Bernice, PINHEIRO, Jorge Duarte, (coord.), *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Porto Alegre: Magister, 2008, 239-240. DUARTE, Tiago, *In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, Coimbra: Almedina, 2003, 114. Em sentido contrário, propugnando que os embriões criopreservados não devem ser equiparados aos embriões já implantados: OLIVEIRA, Guilherme de, «O direito civil em face das novas técnicas de investigação genética», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º Extraordinário (2006), 160. ASCENSÃO, José de Oliveira (nota 62), 128-129. Guilherme de Oliveira, recusando embora a capacidade sucessória aos nascituros concebidos não implantados no útero materno, admite, em alternativa, que o filho póstumo reclame a sua parte da herança em dinheiro sob a forma de tornas (em termos similares aos previstos para os herdeiros preteridos em partilha em vida – art. 2029.º CC).

com problemas de fertilidade: a diferença entre a situação de um casal cujo elemento masculino falece durante a gravidez da companheira ou cônjuge e a situação de um casal que havia iniciado um procedimento de PMA e que se preparava para transferir os embriões já criados para o útero materno aquando da morte do elemento masculino é, exatamente, a infertilidade. De facto, em ambos os cenários há um processo reprodutivo em curso, cujo desenvolvimento já produziu um embrião com potencial para vir a ser o filho desejado; contudo, no segundo cenário apresentado, diferentemente do que sucede no primeiro, esse processo não pôde realizar-se sem o auxílio de técnicas médicas.

Quanto aos filhos nascidos na sequência de inseminação e fertilização *in vitro post mortem*, proibidas na versão original da Lei n.º 32/2006, face à diferenciação clara entre nascituros concebidos e não concebidos que resultava da redação anterior do n.º 1 e do n.º 2 do art. 2033.º CC, a única conclusão consentânea com o teor e espírito da lei – a admitir-se a sua vocação sucessória⁷¹ – era restringir a respetiva vocação à sucessão testamentária⁷².

Admitindo-se nestes termos a vocação sucessória dos filhos póstumos, colocava-se ainda a questão de saber em que termos seria realizada a partilha da herança. Ora, na falta de indicação legal clara (como sucedia até aqui) são divisáveis várias orientações teóricas. Desde logo, poderá sustentar-se a inviabilidade da partilha enquanto se não souber, definitivamente, quantos e quem são os herdeiros. Noutra perspetiva, poderá advogar-se a realização de uma partilha “por aproximação”, cabendo ao decisor “prever” se a companheira ou cônjuge so-

brevia iria recorrer às técnicas de PMA e quantas vezes o faria, tendo em conta as circunstâncias consideradas relevantes. Na eventualidade da previsão não se confirmar, dar-se-ia a correção da partilha. É também concebível a realização da partilha sob condição resolutiva: a herança seria repartida pelos herdeiros já existentes, estando sujeita à condição resolutiva de virem a nascer mais herdeiros. A proteção dos interesses dos nascituros, nesta hipótese, seria alcançada por via da tutela real: após o nascimento poderiam reivindicar os bens que lhes pertencem aos demais herdeiros ou a terceiros que, entretanto, os tenham adquirido⁷³. Por fim, poderá equacionar-se a realização imediata da partilha, acautelando-se a posição do filho superveniente reconhecendo-lhe o direito a receber a sua parte em dinheiro, por aplicação analógica do art. 2029.º/2 do Código Civil⁷⁴.

Independentemente da construção propugnada, no quadro normativo anterior não podia ignorar-se a remissão efetuada pelo art. 2240.º CC, que fazia aplicar nesta sede o regime da administração da herança⁷⁵.

⁷³ Cf. COELHO, Francisco Pereira (nota 62), 141-142. O autor nota que os interesses de terceiros não poderão ficar, em consequência, pura e simplesmente desprotegidos, sugerindo o registo a condição resolutiva, como ónus real. No mesmo sentido: SOUSA, Rabindranath Capelo, *Lições de direito das sucessões*, 4ª ed. renovada, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 213.

⁷⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte (nota 69), 218. OLIVEIRA, Guilherme de Oliveira (nota 69), 160.

⁷⁵ O preceito distingue, nos respetivos n.ºs 1 e 2, quanto ao responsável pela administração da herança, os nascituros não concebidos e os nascituros já concebidos. Tal significaria, no quadro que nos ocupa, a diferenciação entre os casos de inseminação ou fertilização *in vitro post mortem* – em que seria aplicável o n.º 1 do art. 2240.º CC – e os casos de transferência de embriões criopreservados – em que teria aplicação o n.º 2 do art. 2240.º CC. A distinção compreende-se face ao diferente grau de probabilidade de verificação do nascimento: o nascimento dos nascituros já concebidos é quase certo, pelo que é lógica a atribuição dos poderes de administração a quem, depois do respetivo nascimento, exercer essa função; já o nascimento dos nascituros não concebidos é muito mais incerto, o que justifica a atribuição da administração dos

⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira (nota 62), 129-130 mostra-se apreensivo mesmo quanto a subsumir as hipóteses de PMA *post mortem* na vocação sucessória de nascituros não concebidos.

⁷² NASCIMENTO, Paulo (nota 69), 241. DUARTE, Tiago (nota 69), 114.

5.3.1. Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro: virtualidades e dificuldades

As propostas de lei apresentadas na Assembleia da República para alteração da Lei n.º 32/2006 no sentido da admissibilidade da inseminação e fertilização *in vitro post mortem* apresentavam-se incompletas e lacunosas⁷⁶. Por um lado, não era estipulado um prazo máximo para o recurso às técnicas de PMA depois da morte do beneficiário, nem sequer um limite máximo ao número de filhos⁷⁷; por outro lado, a questão sucessória não era abordada. Na falta de disposição sobre a vocação sucessória do futuro filho, restaria aplicar o regime civilístico geral, donde resultaria, nos termos *supra*, um cenário potencialmente contrário ao princípio fundamental da não discriminação entre filhos em razão do nascimento. Ademais, inexistindo um prazo máximo para a realização do procedimento, ficava por saber se a partilha devia, ou não, ser realizada de imediato, bem como ficava em aberto a possibilidade de tal partilha ficar suspensa ou provisória durante um período incerto e/ou desrazoável, o que colidiria frontalmente com o valor fundamental da segurança jurídica⁷⁸.

Esta insuficiência era particularmente preo-

bens à pessoa que virá a recebê-los se o nascimento não se verificar. *Cf.* COELHO, Francisco Pereira (nota 62), 137-140.

⁷⁶ O Parecer do Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida, de 18 de outubro de 2020, destacou, igualmente, a insuficiência das propostas apresentadas. O Parecer encontra-se disponível em https://www.cnpma.org.pt/destaques/Documents/CNPMA%20Parecer_IPM%20OUT.2020.pdf

⁷⁷ Embora não seja um traço intuitivo do regime, nos ordenamentos onde a prática é permitida sem mais verifica-se, por vezes, a conceção de vários filhos, com lapsos temporais mais ou menos largos a separar as várias gravidezes.

⁷⁸ Repare-se: de acordo com o enquadramento legislativo inicialmente proposto (*vide supra* nota 60) a cônjuge ou companheira sobrevivente poderia vir a proceder à transferência uterina dos embriões criopreservados ou a utilizar o material genético crioconservados para inseminação ou fertilização *in vitro* decorridos, por exemplo, 10 anos da morte do cônjuge ou companheiro.

cupante por se tratar de uma prática nova, ainda envolta em intenso debate social. O elevado grau de controvérsia aconselha a que, ao optar por uma solução em detrimento da outra (por autorizar a prática em vez de a proibir), o legislador prossiga com especial cautela, criando um regime jurídico o mais completo e imune a reparos possível. Por conseguinte, a disciplina a elaborar haveria de prestar a máxima atenção aos valores da integridade da estrutura familiar e da definitiva e célere repartição dos patrimónios depois da morte⁷⁹.

A despeito das debilidades das propostas legislativas, a produção normativa subsequente mostrou-se sobremaneira profícua. Com efeito, o diploma legal que veio a ser promulgado a 12 de novembro de 2021 procurou estabelecer um regime tendencialmente completo e robusto.

A Lei n.º 72/2021 começa por alterar o art. 22.º da Lei n.º 32/2006, cuja redação original proibia a inseminação artificial *post mortem*⁸⁰. Além das demais condições de admissibilidade do recurso à PMA *post mortem*, destaca-se a preocupação em balizar a prática do instituto: o procedimento re-

⁷⁹ Terá sido, porventura, este o raciocínio que levou o país vizinho a estabelecer um prazo dentro do qual a PMA *post mortem* pode ter lugar logo quando autorizou a inseminação, a fertilização *in vitro* e a transferência embrionária depois da morte. O prazo de 12 meses estabelecido pretende evitar grandes disrupções na estrutura familiar, salvaguardar, em certa medida, interesses dos demais sucessíveis e evitar um indesejável “salto geracional” entre pai e filho. No entanto, também a legislação do país vizinho é lacunosa quanto aos efeitos sucessórios da filiação *post mortem*. A doutrina tem propugnado, em termos similares ao que seria equacionável entre nós, a aplicação do regime da vocação sucessória dos nascituros concebidos à transferência embrionária *post mortem* e do regime da vocação sucessória dos nascituros não concebidos à inseminação e à fertilização *in vitro post mortem*. Não obstante, os autores têm defendido que melhor seria a revisão do Código Civil espanhol, consagrando a vocação sucessória geral do filho póstumo ou, em alternativa, a ficção jurídica de que este já era nascido no momento da abertura da sucessão *Cf.* RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María (nota 21), 311-318.

⁸⁰ Todas as disposições a respeito da inseminação artificial são aplicáveis à fertilização *in vitro post mortem* por remissão do art. 26.º da Lei n.º 32/2006.

produtivo só pode ser realizado no prazo máximo de três anos a contar da morte do progenitor e só pode dar origem a uma única gravidez da qual resulte um nascimento completo e com vida (n.ºs 5 e 6). De seguida, é configurada uma nova redação para o art. 23.º, que passa a incluir o tratamento dos aspetos sucessórios debatidos. O n.º 1 consagra a regra geral segundo a qual a criança que vier a nascer em resultado de processo de inseminação *post mortem* é havida como filha do falecido. Ao que acresce a alteração introduzida ao Código Civil, nos termos do art. 4.º do diploma: o n.º 1 do art. 2033.º passa a reconhecer ‘capacidade sucessória’ também «[às] pessoas concebidas, nos termos da lei, no quadro de um procedimento de inseminação *post mortem*». Portanto, o novo regime jurídico estabelece a filiação entre o progenitor falecido e a criança nascida através do uso de técnicas de PMA *post mortem* e reconhece-lhe capacidade sucessória geral. Procurando evitar incertezas quanto ao processo de partilha, o legislador determina a jacência da herança durante o prazo de três anos dentro do qual o recurso às técnicas de PMA é possível, admitindo a respetiva prorrogação até ao nascimento completo e com vida em caso de gravidez (novo n.º 5 do art. 23.º da Lei n.º 32/2006). Durante esse período a herança será colocada em administração, nos termos da disciplina sucessória geral (novo n.º 6 do art. 23.º).

O legislador optou, portanto, pela via do enquadramento jurídico das técnicas de PMA *post mortem* enquanto condição suspensiva da partilha⁸¹.

⁸¹ Esta opção constitui, não ignoramos, uma nota inédita no regime jurídico português da sucessão *mortis causa*. Todavia, a temática da PMA *post mortem* é, ela própria, absolutamente inaudita nas ordens jurídicas. Em face de novas realidades, os ordenamentos só podem abrir-se a soluções também elas novas. O arreigamento às soluções tradicionais condenaria todo o sistema à obsolescência. E, bem vistas as coisas, a própria vocação sucessória de nascituros (concebidos ou não conce-

A realização da partilha é protelada para um momento em que já é certa a existência, ou não existência, do sucessível. Encontrando-se delimitado na lei o lapso temporal dentro do qual o procedimento de PMA pode ser levado a cabo após a morte do beneficiário e admitindo-se o chamamento do filho póstumo à sucessão legítima e legitimária (e não só testamentária), não se justificaria permitir uma partilha incerta que, a ser revogada ou corrigida, lesaria tão profundamente os interesses dos sucessíveis.

Pese embora a louvável completude da disciplina promulgada, ficam ainda em aberto alguns quesitos que exigirão desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial.

Em primeiro lugar, não pode deixar de se notar que todo o regime foi edificado para atender às hipóteses de inseminação artificial e fertilização *in vitro post mortem*, agora autorizadas dentro das condições prescritas na lei. À transferência de embriões é feita referência na norma geral de autorização do recurso a técnicas de PMA *post mortem* (nova redação do n.º 1 do art. 22.º), inexistindo qualquer outra disposição que lhe diga respeito. Atentando unicamente na letra da lei, persistem todas as dúvidas pré-existentes a respeito da transferência embrionária, mormente a de saber se o embrião criopreservado deve ser equiparado ao embrião já implantado para efeitos sucessórios. Esta omissão (bem como a omissão em matéria de filiação, *supra* apontada) não deixa de ser insólita, sobretudo tendo em conta a crítica doutrinal que já se lhe fazia no quadro legal anterior⁸².

bidos) já se encontra, ela mesma, sob condição legal. Nesse sentido: SOUSA, Rabindranath Capelo de (nota 72), 328.

⁸² Não se ignora, claro, que a discrepância haverá de ser fruto do foco principal da alteração legislativa: a autorização do recurso à inseminação e à fertilização *in vitro post mortem*, anteriormente proibidas. O que é, aliás, corroborado pelo facto de o novo regime legal ter

Em segundo lugar, caberá à doutrina elaborar construção jurídica que acomode a nova configuração legal da vocação sucessória. Como vimos, a opção legislativa afastou a controvérsia em torno da possibilidade de chamar o filho póstumo à sucessão *mortis causa*: o n.º 1 do art. 2033.º CC consagra hoje, claramente, a sua capacidade sucessória geral. No entanto, não pode deixar de se reconhecer que esta inovação colide potencialmente com um dos mais ancestrais alicerces do Direito Sucessório: a existência do chamado como pressuposto da vocação sucessória. Impõe-se, por isso, indagar: estar-se-á perante a postergação de um princípio da nossa tradição jurídico-sucessória ou será possível harmonizar os dados do problema? Como é sabido, a questão já se colocava a respeito da vocação sucessória de nascituros (sobretudo, dos nascituros não concebidos). Contudo, perante a nova redação do n.º 1 do art. 2033.º CC, a dúvida adensa-se. Estará em causa saber se a vocação de filhos póstumos constitui uma vocação pura e simples ou, diferentemente, deverá ser configurada como vocação condicionada ou como vocação sucessiva. Enveredar pela primeira opção exigira admitir uma “antecipação” da personalidade jurídica, o que parece ser uma construção demasiado artificiosa quando estão em causa pessoas nem sequer concebidas⁸³. A vocação condicionada, por sua vez, pressupõe o chamamento de uma pessoa que, no momento da morte, não existia, ainda que sob condição do seu posterior nascimento completo e com vida, o que, como bem se compreende, sempre constituirá uma exceção à regra da existência do chamado aquan-

do da abertura da sucessão⁸⁴. Por fim, a ideia de vocação sucessiva implica que se admita que nem sempre a vocação tem lugar no momento da abertura da sucessão, podendo produzir-se apenas em momento posterior. Segundo esta perspetiva, até ao nascimento não há vocação propriamente dita, apenas se produzindo alguns efeitos jurídicos decorrentes da lei, não coincidentes com os efeitos regra da vocação sucessória⁸⁵.

Esta última construção, que nos parece ser a que melhor articula os diversos dados do ordenamento jurídico, suspende a vocação sucessória dos filhos póstumos até ao seu nascimento, donde decorre que o direito a suceder não se constitui de imediato. Ora, muito poderá suceder entre o momento da morte do autor da sucessão e o momento do nascimento do filho póstumo, pelo que não é despidendo propugnar uma construção que nega a constituição instantânea do direito a suceder, postergando-a para o momento posterior do nascimento.

6. Conclusão

O que em tempos foi classificado de quimérico é hoje realidade: o ser humano pode, com o auxílio da técnica, reproduzir-se depois da morte. Gerando uma indubitável disrupção da “ordem natural das coisas”, a Procriação Medicamente Assistida *post mortem* coloca-nos diante de dilemas múltiplos, muitos deles reconduzíveis à própria angústia existencial do Homem. A PMA *post mortem* veio possibilitar a concretização de sonhos reprodutivos até aqui condenados por uma morte repentina e inesperada.

sido enxertado no capítulo da Lei n.º 32/2006 referente à inseminação artificial.

⁸³ Alertando para a excessiva artificialidade da construção a respeito dos nascituros não concebidos, embora a admitindo quanto aos nascituros já concebidos: COELHO, Francisco Pereira (nota 62), 143.

⁸⁴ Defendendo a vocação originária dos nascituros sob *conditio iuris* do seu nascimento: SOUSA, Rabindranath Capelo de (nota 72), 289.

⁸⁵ Propugnando esta solução para a figura dos nascituros em geral: ASCENSÃO, José de Oliveira (nota 62), 157. PINHEIRO, Jorge Duarte (nota 69), 231. E apenas para os nascituros não concebidos: COELHO, Francisco Pereira (nota 62), 144.

Contudo, exatamente por esse motivo, a reprodução póstuma levanta profundas questões ontoantropológicas⁸⁶. A problemática em apreço situa-se, portanto, no cruzamento entre a esperança e aspiração humanas, por um lado, e a rutura com a ideia fundamental de finitude humana, por outro.

Deste modo, a intervenção jurídico-legislativa neste domínio haverá de procurar estabelecer um equilíbrio – delicado, sem dúvida – entre os valores em jogo. Coloca-se nesta sede, porventura, uma exigência especial de atenção ao detalhe: por se tratar de um quesito que ainda divide marcadamente a opinião pública, o legislador que opte por autorizar e regular a prática deverá fazê-lo com extraordinária precaução, obstando à criação de brechas que permitam a entrada da insegurança jurídica e, por conseguinte, fomentem a litigiosidade, num domínio onde esta já impera.

Um dos aspetos mais problemáticos do regime jurídico-civilístico da PMA *post mortem* é a vocação sucessória dos filhos póstumos. A complexidade que este tópico encerra resulta da dificuldade de harmonização das soluções desenháveis com os princípios gerais imperantes no ordenamento sucessório. Em particular, apontam-se duas principais preocupações de índole jurídico-sucessória: primeiro, a *vocação sucessória* de entes que não existem de facto no momento da abertura da sucessão, sendo a existência do chamado um pressuposto fundamental da vocação sucessória; segundo, a organização da *partilha da herança* num momento em que não se conhece o número exato de sucessíveis, donde pode resultar prejuízo para a segurança jurídica e para a proteção dos interesses dos herdeiros já conhecidos no momento da abertura da sucessão.

Em face da probabilidade de alargamento do

seu âmbito objetivo, a conceção de um regime jurídico específico para a PMA *post mortem* parecia o caminho preferível, na medida em que permitiria atender particularmente ao princípio da não discriminação entre filhos e à exigência de tendencial definitividade da partilha (que desaconselha formas de propriedade instáveis). Ademais, era crucial que tal disciplina procedesse ao balizamento temporal da PMA *post mortem*, imprimindo, assim, alguma segurança na partilha da herança e limitando a lesão dos interesses dos herdeiros⁸⁷.

Tais preocupações parecem ter assistido ao legislador nacional na produção da Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, que veio autorizar a inseminação artificial e a fertilização *in vitro post mortem*. Foi consagrada a vocação sucessória geral dos filhos que venham a nascer por via de técnicas de PMA depois da morte do progenitor autor da sucessão. Esta opção é acompanhada pela determinação da suspensão da partilha durante o período dentro do qual o recurso às técnicas de PMA é possível. Tal opção não influirá desrazoavelmente sobre os interesses dos demais sucessíveis porquanto o legislador fixou prazo legal para a realização do procedimento depois da morte do *de cuius*, donde decorre que a partilha não ficará por realizar indefinidamente.

O diploma promulgado é, portanto, de louvar. A mera autorização do procedimento, ignorando os problemas estruturantes que daí resultam em matéria sucessória, teria exigido da doutrina e da jurisprudência um esforço suplementar para encontrar soluções – necessariamente desajustadas –

⁸⁶ Importa destacar que inexistente qualquer direito dos herdeiros aos bens ou sobre os bens hereditários. Poderá apenas falar-se numa *expectativa jurídica* dos herdeiros legítimos, a partir da qual se compreende o instituto da inoficiosidade, e dos donatários nas doações por morte para casamento, que explica o regime disposto no art. 1701.º CC. Sobre a questão, detalhadamente: COELHO, Francisco Pereira (nota 62), 100-107.

⁸⁶ PEREIRA, André Dias (nota 14), 316-317.

dentro do quadro vigente. A existência de normas positivas que oferecem resposta para os primeiros dilemas é fundamental para a sua introdução da figura no ordenamento jurídico português. O que não exclui, claro, a necessidade de ulterior labor doutrinal e jurisprudencial, sobretudo dirigido à garantia da pacífica inserção da nova disciplina legal nos quadros e instituições pré-existentes do Direito Sucessório português. De facto, a vocação sucessória geral dos filhos póstumos concebidos com recurso a técnicas de inseminação artificial ou fertilização *in vitro* tem potencial para gerar atritos no sistema que será necessário aplacar. Ademais,

não pode deixar de se apontar a incongruência suscitada pelo legislador ao disciplinar profusamente as técnicas agora autorizadas esquecendo, por completo, a técnica de PMA *post mortem* já previamente autorizada: a transferência embrionária. Melhor teria andado, nesta sede, se houvesse determinado a aplicação do novo regime (sobretudo em matéria de filiação e em matéria sucessória) também às hipóteses de transferência embrionária póstuma. Na ausência de tal determinação, restará a integração da lacuna por via interpretativa, com o potencial de dissenso que esta solução acarreta.

Jurisprudência Crítica

CIDADANIA DA UNIÃO E OBRIGATORIEDADE DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS NECESSÁRIOS AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO E RESIDÊNCIA E DE RECONHECIMENTO DE DOCUMENTOS DE OUTROS ESTADOS MEMBROS QUE GARANTAM ESSE DIREITO, MESMO QUE A SITUAÇÃO NELES REPORTADA SEJA DESCONHECIDA NESSE ESTADO MEMBRO

Rui Manuel Moura Ramos

Professor Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)

14 de dezembro de 2021 (*)

«Reenvio prejudicial — Cidadania da União — Artigos 20.º e 21.º TFUE — Direito de livre circulação e residência no território dos Estados-Membros — Criança nascida no Estado-Membro de acolhimento de seus pais — Certidão de nascimento emitida por esse Estado-Membro que menciona duas mães para essa criança — Recusa pelo Estado-Membro de origem de uma dessas duas mães de emitir uma certidão de nascimento da referida criança na falta de informações sobre a identidade da mãe biológica desta — Posse dessa certidão que constitui a condição para a emissão de um cartão de identidade ou de um passaporte — Regulamentação nacional desse Estado-Membro de origem que não admite a parentalidade de pessoas do mesmo sexo»

No processo C490/20, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo *Administrativen sad Sofiagrad* (Tribunal Administrativo de Sófia, Bulgária), por Decisão de 2 de outubro de 2020, que deu entrada no Tribunal de Justiça no mesmo dia, no processo

V.M.A.

contra

Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção), composto por: K. Lenaerts, presidente, L. Bay Larsen, vicepresidente, A. Arabadjiev, K. Jürimäe, C. Lycourgos, E. Regan, N. Jääskinen, I. Ziemele e J. Passer, presidentes de secção, M. Ilešič (relator), J.C. Bonichot, T. von Danwitz e N. Wahl, juízes, advogado geral: J. Kokott, secretário: M. Aleksejev, chefe de unidade, vistos os autos e após a audiência de 9 de fevereiro de 2021, vistas as observações apresentadas:

- em representação de V.M.A., por D. I. Lyubenova, advokat,
- em representação do Governo búlgaro, por T. Mitova e L. Zaharieva, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo alemão, inicialmente por J. Möller e S. Heimerl e, em seguida, por J. Möller, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo espanhol, inicialmente por S. Centeno Huerta e J. Ruiz Sánchez e, em seguida, por J. Ruiz Sánchez, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por W. Ferrante, *avvocato dello Stato*,

- em representação do Governo húngaro, por M. Z. Fehér e Z. BiróTóth, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo neerlandês, por C. S. Schillemans, na qualidade de agente,
- em representação do Governo polaco, por E. BorawskaKędzierska, A. SiwekŚlusarek e B. Majczyna, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo eslovaco, por B. Ricziová, na qualidade de agente,
- em representação da Comissão Europeia, inicialmente por E. Montaguti, I. Zaloguín e M. Wilderspin e, em seguida, por E. Montaguti e I. Zaloguín, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 15 de abril de 2021, profere o presente

Acórdão

1. O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 4.º, n.º 2, TUE, dos artigos 20.º e 21.º TFUE, bem como dos artigos 7.º, 9.º, 24.º e 45.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»).
2. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe V.M.A. ao *Stolichna obshtina, rayon «Pancharovo»* (Município de Sófia, distrito de Pancharovo, Bulgária) (a seguir «Município de Sófia»), a respeito da recusa deste último em emitir uma certidão de nascimento da filha de V.M.A. e da sua esposa.

Quadro jurídico

Direito internacional

3. O artigo 2.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 (*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 1577, p. 3), dispõe:

«1. Os Estados Partes comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação.

2. Os Estados Partes tomam todas as medidas adequadas para que a criança seja efectivamente protegida contra todas as formas de discriminação ou de sanção decorrentes da situação jurídica, de atividades, opiniões expressas ou convicções de seus pais, representantes legais ou outros membros da sua família.»

4. O artigo 7.º desta convenção prevê:

«1. A criança é registada imediatamente após o nascimento e tem desde o nascimento o direito a um nome, o direito a adquirir uma nacionalidade e, sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles.

2. Os Estados Partes garantem a realização destes direitos de harmonia com a legislação nacional e as obrigações decorrentes dos instrumentos jurídicos internacionais relevantes neste domínio, nomeadamente nos casos em que, de outro modo, a criança ficasse apátrida.»

Direito da União

Tratado UE

5. O artigo 4.º, n.º 2, TUE dispõe:

«A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respetiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado Membro.»

Tratado FUE

6. O artigo 20.º TFUE prevê:

«1. É instituída a cidadania da União. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui.

2. Os cidadãos da União gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres previstos nos Tratados. Assistem-lhe, nomeadamente:

- a) O direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros;

[...]

Estes direitos são exercidos nas condições e nos limites definidos pelos Tratados e pelas medidas adotadas para a sua aplicação.»

7. O artigo 21.º, n.º1, TFUE enuncia:

«Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adoptadas em sua aplicação.»

Carta

8. O artigo 7.º da Carta, epigrafado «Respeito pela vida privada e familiar», dispõe:

«Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.»

9. O artigo 9.º da Carta, epigrafado «Direito de contrair casamento e de constituir família», prevê:

«O direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respetivo exercício.»

10. O artigo 24.º da Carta, epigrafado «Direitos das crianças», tem a seguinte redação:

«1. As crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários ao seu bemestar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade.

2. Todos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.

3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores, excepto se isso for contrário aos seus interesses.»

11. O artigo 45.º da Carta, epigrafado «Liberdade de circulação e de permanência», enuncia:

«1. Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros.

2. Pode ser concedida liberdade de circulação e de permanência, de acordo com os Tratados, aos nacionais de países terceiros que residam legalmente no território de um Estado-Membro.»

Directiva 2004/38/CE

12. A Directiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (JO 2004, L 158, p. 77; rectificação no JO 2004, L 229, p. 35), prevê, no seu artigo 2.º, epígrafado «Definições»: «Para os efeitos da presente directiva, entende-se por:

1. “Cidadão da União”: qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro.

2. “Membro da família”:

a) O cônjuge;

b) O parceiro com quem um cidadão da União contraiu uma parceria registada com base na legislação de um Estado-Membro, se a legislação do Estado-Membro de acolhimento considerar as parcerias registadas como equiparadas ao casamento, e nas condições estabelecidas na legislação aplicável do Estado-Membro de acolhimento;

c) Os descendentes directos com menos de 21 anos de idade ou que estejam a cargo, assim como os do cônjuge ou do parceiro na acepção da alínea b);

d) Os ascendentes directos que estejam a cargo, assim como os do cônjuge ou do parceiro na acepção da alínea b).

3. “Estado-Membro de acolhimento”: o Estado-Membro para onde se desloca o cidadão da União a fim de aí exercer o seu direito de livre circulação e residência.

[...]

13. O artigo 4.º desta directiva, epígrafado «Direito de saída», dispõe:

«1. Sem prejuízo das disposições em matéria de documentos de viagem aplicáveis aos controlos nas fronteiras nacionais, têm direito a sair do território de um Estado-Membro a fim de se deslocar a outro Estado-Membro todos os cidadãos da União, munidos de um bilhete de identidade ou passaporte válido, e os membros das suas famílias que, não tendo a nacionalidade de um Estado-Membro, estejam munidos de um passaporte válido.

[...]

3. Os Estados-Membros, agindo nos termos do respetivo direito, devem emitir ou renovar aos seus nacionais um bilhete de identidade ou passaporte que indique a nacionalidade do seu titular.

4. O passaporte deve ser válido, pelo menos, para todos os Estados-Membros e para os países pelos quais o titular deva transitar quando viajar entre Estados-Membros. Se o direito de um Estado-Membro não determinar a emissão de bilhete de identidade, a validade do passaporte, aquando da sua emissão ou renovação, não pode ser inferior a cinco anos.»

14. O artigo 5.º da referida directiva, epígrafado «Direito de entrada», estabelece:

«1. Sem prejuízo das disposições em matéria de documentos de viagem aplicáveis aos controlos nas fronteiras nacionais, os Estados-Membros devem admitir no seu território os cidadãos da União, munidos de um bilhete de identidade ou passaporte válido, e os membros das suas famílias que, não tendo a nacionalidade de um Estado-Membro, estejam munidos de um passaporte válido.

[...]

4. Se um cidadão da União ou um membro da sua família que não tenha a nacionalidade de um Estado-Membro não dispuserem dos documentos de viagem necessários ou, se for o caso, dos vistos necessários, o Estado-Membro em causa deve, antes de recusar a sua entrada, dar-lhes todas as oportunidades razoáveis a fim de lhes permitir obter os do-

cumentos necessários ou de estes lhes serem enviados num prazo razoável, ou a fim de confirmar ou provar por outros meios a sua qualidade de titulares do direito de livre circulação e residência.

[...]

Direito búlgaro

15. Nos termos do artigo 25.º, n.º 1, da *Konstitutsia na Republika Bulgaria* (Constituição da República da Bulgária), na sua versão aplicável ao litígio no processo principal (a seguir «Constituição búlgara»):

«Tem nacionalidade búlgara qualquer pessoa cujos progenitores, ou pelo menos um dos progenitores, tenham nacionalidade búlgara ou que tenha nascido no território da República da Bulgária se não adquirir outra nacionalidade por filiação. A nacionalidade búlgara pode ser igualmente adquirida por naturalização.»

16. Nos termos do artigo 8.º da *Zakon za balgarskoto grazhdanstvo* (Lei Relativa à Nacionalidade Búlgara), de 5 de novembro de 1998 (DV n.º 136, de 18 de novembro de 1998, p. 1), «[tem] nacionalidade búlgara por filiação, qualquer pessoa cujos progenitores, ou pelo menos um dos progenitores, tenham nacionalidade búlgara».
17. O *Semeen kodeks* (Código da Família), de 12 de junho de 2009 (DV n.º 47, de 23 de junho de 2009, p. 19), prevê, no seu artigo 60.º, epígrafado «Filiação em relação à mãe»:

«(1) A filiação em relação à mãe é determinada pelo nascimento.

(2) A mãe da criança é a mulher que a deu à luz, inclusive no caso de procriação medicamente assistida.

[...]

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

18. *V.M.A.* é nacional búlgara e *K.D.K.* é nacional do Reino Unido. Esta última nasceu em Gibraltar, onde as duas mulheres se casaram em 2018. Desde o ano de 2015, residem em Espanha.
19. No mês de dezembro de 2019, *V.M.A.* e *K.D.K.* tiveram uma filha, *S.D.K.A.*, que nasceu e reside com os seus dois progenitores em Espanha. A certidão de nascimento da filha, emitida pelas autoridades espanholas, menciona *V.M.A.* como sendo a «mãe A» e *K.D.K.* como sendo a «mãe» da criança.
20. Em 29 de janeiro de 2020, *V.M.A.* solicitou ao município de Sófia que lhe emitisse uma certidão de nascimento de *S.D.K.A.*, certidão que era necessária, nomeadamente, para a emissão de um cartão de identidade ou de um passaporte búlgaro. Em apoio do seu pedido, *V.M.A.* apresentou uma tradução em língua búlgara, legalizada, e certificada como sendo conforme com o original, do extracto do registo civil de Barcelona (Espanha) relativo à certidão de nascimento de *S.D.K.A.*
21. Por correio eletrónico de 7 de fevereiro de 2020, o município de Sófia comunicou a *V.M.A.* que apresentasse, no prazo de sete dias, provas relativas à filiação de *S.D.K.A.* quanto à identidade da sua mãe biológica. Precisou, a este respeito, que o modelo de certidão de nascimento que figura nos modelos de certidões de estado civil em vigor a nível nacional prevê apenas um único campo para a «mãe» e outro para o «pai», podendo um só nome figurar em cada um desses campos.

22. Em 18 de fevereiro de 2020, *V.M.A.* respondeu ao município de Sófia que, ao abrigo da legislação búlgara em vigor, não era obrigada a prestar a informação solicitada.
23. Por Decisão de 5 de março de 2020, o município de Sófia indeferiu o pedido de *V.M.A.* de emissão de uma certidão de nascimento de *S.D.K.A.* Fundamentou essa decisão de indeferimento pela falta de informações relativas à identidade da mãe biológica da criança em questão e pelo facto de a menção numa certidão de nascimento de dois progenitores do sexo feminino ser contrária à ordem pública da República da Bulgária, a qual não autoriza o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo.
24. *V.M.A.* interpôs recurso dessa decisão de indeferimento para o *Administrativen sad Sofia* (Tribunal Administrativo de Sófia, Bulgária), o órgão jurisdicional de reenvio.
25. Este órgão jurisdicional refere que, por força do artigo 25.º, n.º 1, da Constituição búlgara e do artigo 8.º da Lei Relativa à Nacionalidade Búlgara, *S.D.K.A.* tem nacionalidade búlgara, ainda que, até à data, a interessada não tenha uma certidão de nascimento emitida pelas autoridades búlgaras. Com efeito, a recusa dessas autoridades de emitir essa certidão não significa que a nacionalidade búlgara lhe seja recusada.
26. O referido órgão jurisdicional tem, em contrapartida, dúvidas quanto à questão de saber se a recusa das autoridades búlgaras de registar o nascimento de um nacional búlgaro, que se verificou noutra Estado-Membro e que foi comprovado por uma certidão de nascimento que menciona duas mães, emitida pelas autoridades competentes deste último Estado-Membro, põe em causa os direitos conferidos a esse nacional pelos artigos 20.º e 21.º TFUE, e pelos artigos 7.º, 24.º e 45.º da Carta. Com efeito, a recusa pelas autoridades búlgaras de emitir uma certidão de nascimento — mesmo que não tenha incidência jurídica na nacionalidade búlgara da criança em questão e, conseqüentemente, na cidadania da União desta última — é susceptível de dificultar a emissão de um cartão de identidade ou de um passaporte búlgaros e, portanto, de colocar entraves ao exercício do direito à livre circulação dessa criança e, assim, ao pleno gozo dos seus direitos de cidadã da União.
27. Além disso, na medida em que a outra mãe de *S.D.K.A.*, *K.D.K.*, é nacional do Reino Unido, o mesmo órgão jurisdicional interroga-se sobre a questão de saber se as consequências jurídicas que decorrem do Acordo sobre a Saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atómica (*JO* 2020, L 29, p. 7, a seguir «Acordo de Saída»), nomeadamente o facto de essa criança já não poder usufruir do estatuto de cidadão da União através da nacionalidade de *K.D.K.*, são pertinentes para a apreciação desta questão.
28. Por outro lado, o *Administrativen sad Sofia* (Tribunal Administrativo de Sófia) interroga-se sobre a questão de saber se a obrigação imposta, sendo caso disso, às autoridades búlgaras, no âmbito da emissão de uma certidão de nascimento, de mencionar nessa certidão duas mães como

sendo os progenitores da criança em questão, é suscetível de pôr em causa a ordem pública e a identidade nacional da República da Bulgária, uma vez que este Estado-Membro não previu a possibilidade de mencionar numa certidão de nascimento dois progenitores do mesmo sexo para essa criança. Esse órgão jurisdicional salienta, a este respeito, que as disposições que regulam a filiação da referida criança revestem uma importância fundamental na tradição constitucional búlgara, bem como na doutrina búlgara em matéria de direito da família e das sucessões, tanto do ponto de vista meramente jurídico como do ponto de vista dos valores, tendo em conta o estágio actual de evolução da sociedade na Bulgária.

29. Assim, o *Administrativen sad Sofiagrad* (Tribunal Administrativo de Sófia) considera necessário encontrar um equilíbrio entre, por um lado, a identidade constitucional e nacional da República da Bulgária e, por outro, os interesses da criança, nomeadamente o direito desta à vida privada e à livre circulação.
30. Esse órgão jurisdicional pergunta-se se, no caso em apreço, tal equilíbrio pode ser alcançado em aplicação do princípio da proporcionalidade e, em especial, se a menção, na rubrica «Mãe», do nome de uma das duas mães que figura na certidão de nascimento emitida pelas autoridades espanholas, que pode ser quer a mãe biológica da criança quer a que se tornou mãe segundo uma outra via, por exemplo, a da adopção, sem preencher a rubrica «Pai», constituiria um equilíbrio adequado entre esses dife-

rentes interesses legítimos. Observa que, embora tal solução possa igualmente gerar certas dificuldades, devido a eventuais diferenças entre a certidão de nascimento emitida pelas autoridades búlgaras e a emitida pelas autoridades espanholas, esta solução permitiria, assim, a emissão de uma certidão de nascimento pelas autoridades búlgaras, afastando ou, pelo menos, atenuando, eventuais obstáculos à livre circulação da criança em questão. O referido órgão jurisdicional pergunta-se, todavia, se a referida solução é compatível com o direito à vida privada e familiar dessa criança, consagrado no artigo 7.º da Carta.

31. Por último, na hipótese de o Tribunal de Justiça concluir que o direito da União exige a menção das duas mães da criança em questão na certidão de nascimento emitido pelas autoridades búlgaras, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta-se quais as modalidades segundo as quais esta exigência deve ser posta em prática, uma vez que este órgão jurisdicional não pode substituir o modelo de certidão de nascimento que figura nos modelos de certidões de estado civil em vigor a nível nacional.
32. Nestas condições, o *Administrativen sad Sofiagrad* (Tribunal Administrativo de Sófia) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Devem os artigos 20.º e 21.º TFUE, bem como os artigos 7.º, 24.º e 45.º da [Carta], ser interpretados no sentido de que não permitem às autoridades administrativas búlgaras, às quais foi apresentado um pedido de certificação do nascimento de uma criança de nacionalidade búlgara, ocorrido noutra

Estado-Membro da União Europeia, comprovado por um assento de nascimento espanhol, em que estão registadas como mães duas pessoas de sexo feminino, sem se especificar se uma delas e, em caso afirmativo, qual delas é a mãe biológica, negar a emissão de um assento de nascimento búlgaro, com o fundamento de que a recorrente recusa indicar qual é a mãe biológica da criança?

2) Devem o artigo 4.º, n.º 2, TUE e o artigo 9.º da Carta ser interpretados no sentido de que o respeito da identidade nacional e da identidade constitucional dos Estados-Membros da [União] implica que estes últimos dispõem de um amplo poder de apreciação no que respeita às regras de estabelecimento da filiação? Em particular:

Deve o artigo 4.º, n.º 2, TUE ser interpretado no sentido de que permite aos Estados-Membros solicitar informações sobre a filiação biológica da criança?

Deve o artigo 4.º, n.º 2, TUE, lido em conjugação com o artigo 7.º e o artigo 24.º, n.º 2, da Carta, ser interpretado no sentido de que, para obter um equilíbrio de interesses, é indispensável ponderar, por um lado, a identidade nacional e a identidade constitucional de um Estado-Membro e, por outro, o superior interesse da criança, tendo em conta que não existe actualmente, nem no que respeita aos valores nem no plano jurídico, um consenso sobre a possibilidade de mencionar como progenitores no assento de nascimento pessoas do mesmo sexo, sem se especificar se uma delas e, em caso afirmativo, qual delas é o progenitor biológico da criança? Se for dada resposta afirmativa a esta questão, como pode esse equilíbrio de interesses ser concretamente alcançado?

3) São relevantes para a resposta à primeira questão as consequências jurídicas do [Acordo de Saída], na medida em que uma mãe, referida no assento de nascimento emitido noutro Estado-Membro, é nacional do Reino Unido e a outra mãe é nacional de um Estado-Membro da [União], tendo em conta que a recusa de emissão de um assento de nascimento búlgaro constitui um obstáculo à emissão, por um Estado-Membro da [União], de um documento de

identidade da criança e pode, por isso, dificultar o pleno exercício dos seus direitos como cidadã da União?

4) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão: o direito da União, em especial o princípio da efectividade, impõe às autoridades nacionais competentes que derroguem o modelo de redacção de um assento de nascimento, que [figura nos modelos de certidões de registo civil em vigor a nível nacional]?»

Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

33. No seu pedido de decisão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pede que o processo seja submetido a tramitação acelerada ao abrigo do artigo 105.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. Esse órgão jurisdicional alega, nomeadamente, que a recusa das autoridades búlgaras de emitirem a *S.D.K.A.*, que, em seu entender, é nacional búlgara, uma certidão de nascimento causaria a esta criança dificuldades sérias para obter um cartão de identidade ou um passaporte búlgaro e, por conseguinte, para exercer o seu direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, garantido pelo artigo 21.º TFUE.
34. O artigo 105.º, n.º 1, do Regulamento de Processo prevê que, a pedido do órgão jurisdicional de reenvio ou, a título excepcional, oficiosamente, o presidente do Tribunal de Justiça pode, quando a natureza do processo exija o seu tratamento dentro de prazos curtos, ouvidos o juiz relator e o advogado geral, decidir submeter um reenvio prejudicial a tramitação acelerada.
35. No caso em apreço, em 19 de outubro de

2020, o presidente do Tribunal de Justiça decidiu, ouvidos o juiz relator e a advogada-geral, deferir o pedido de tramitação acelerada mencionado no n.º 33 do presente acórdão. Esta decisão foi motivada pelo facto de *S.D.K.A.*, criança de tenra idade, estar actualmente privada de passaporte, quando reside num Estado-Membro do qual não tem a nacionalidade. Uma vez que as questões submetidas visam determinar se as autoridades búlgaras são obrigadas a emitir uma certidão de nascimento para essa criança e que resulta do pedido de decisão prejudicial que tal certidão é necessária, segundo o direito nacional, para poder obter um passaporte búlgaro, uma resposta do Tribunal de Justiça dada em prazos curtos é susceptível de contribuir para que a criança disponha mais rapidamente de um cartão de identidade ou de um passaporte (v., neste sentido, Despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 3 de julho de 2015, *Gogova*, C215/15, não publicado, EU:C:2015:466, n.ºs 12 a 14).

Quanto às questões prejudiciais

36. Com as suas questões, que importa examinar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o direito da União obriga um Estado-Membro a emitir uma certidão de nascimento, a fim de obter um cartão de identidade ou um passaporte segundo a sua regulamentação, em relação a uma criança, nacional desse Estado-Membro, cujo nascimento noutra Estado-Membro é comprovado por uma certidão de nascimento emitida pelas autoridades desse outro Estado-Membro, em conformidade com o seu direito nacional, e que designa, como sendo as mães dessa criança, uma nacional do primeiro desses Estados-Membros e a sua mulher, sem especificar qual das duas mulheres deu à luz a referida criança. Em caso de resposta afirmativa, esse órgão jurisdicional pergunta se o direito da União exige que tal certidão inclua, à semelhança da elaborada pelas autoridades do Estado-Membro onde a criança nasceu, a menção dos nomes dessas duas mulheres na sua qualidade de mães.
37. O referido órgão jurisdicional pretende igualmente saber se o facto de a outra mãe da criança em questão ser nacional do Reino Unido, que já não é um Estado-Membro, tem alguma incidência na resposta a dar a esta questão.
38. A título preliminar, importa recordar que, por um lado, a definição das condições de aquisição e de perda da nacionalidade é, em conformidade com o direito internacional, da competência de cada Estado-Membro e que, por outro, em situações abrangidas pelo direito da União, as normas nacionais em causa devem respeitar este último (Acórdãos de 2 de março de 2010, *Rottmann*, C135/08, EU:C:2010:104, n.ºs 39 e 41, e de 12 de março de 2019, *Tjebbes e o.*, C221/17, EU:C:2019:189, n.º 30).
39. Segundo as conclusões do órgão jurisdicional de reenvio, único competente a este respeito, *S.D.K.A.* tem, por nascimento, nacionalidade búlgara ao abrigo do artigo 25.º, n.º 1, da Constituição búlgara.

40. Nos termos do artigo 20.º, n.º 1, TFUE, é cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. Daqui resulta que, enquanto nacional búlgara, *S.D.K.A.* goza, por força desta disposição, do estatuto de cidadão da União.
41. A este respeito, o Tribunal de Justiça salientou em várias ocasiões que o estatuto de cidadão da União está vocacionado para ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros [Acórdãos de 20 de setembro de 2001, *Grzelczyk*, C184/99, EU:C:2001:458, n.º 31, e de 15 de julho de 2021, *A (Cuidados de Saúde Públicos)*, C535/19, EU:C:2021:595, n.º 41].
42. Como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, um nacional de um Estado-Membro que, na sua qualidade de cidadão da União, exerceu a sua liberdade de circular e de residir num Estado-Membro diferente do seu Estado-Membro de origem pode invocar direitos respeitantes a essa qualidade, designadamente os previstos no artigo 21.º, n.º 1, TFUE, incluindo, se for caso disso, no que diz respeito ao seu Estado-Membro de origem (Acórdão de 5 de junho de 2018, *Coman e o.*, C673/16, EU:C:2018:385, n.º 31 e jurisprudência referida). Podem igualmente invocar esta disposição e as disposições adoptadas em sua aplicação os cidadãos da União nascidos no Estado-Membro de acolhimento dos seus pais e que nunca exerceram o direito à livre circulação (Acórdão de 2 de outubro de 2019, *Bajratari*, C93/18, EU:C:2019:809, n.º 26 e jurisprudência referida).
43. Nos termos do artigo 21.º, n.º 1, TFUE, qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adoptadas em sua aplicação. A fim de permitir que os seus nacionais exerçam esse direito, o artigo 4.º, n.º 3, da Directiva 2004/38 impõe aos Estados-Membros, em conformidade com a sua legislação, que emitam aos seus nacionais um cartão de identidade ou passaporte que indique a nacionalidade do seu titular.
44. Por conseguinte, na medida em que *S. D.K.A.* é nacional búlgara, as autoridades búlgaras são obrigadas a emitir-lhe um cartão de identidade ou um passaporte que indique a sua nacionalidade, bem como o seu apelido, conforme resulta da certidão de nascimento emitida pelas autoridades espanholas, tendo o Tribunal de Justiça já tido a oportunidade de declarar que o artigo 21.º TFUE se opõe a que as autoridades de um Estado-Membro, ao aplicarem o seu direito nacional, recusem o reconhecimento do apelido de uma criança, tal como esse apelido foi determinado e registado noutro Estado-Membro, onde esse menor nasceu e desde então reside (v., neste sentido, Acórdão de 14 de outubro de 2008, *Grunkin e Paul*, C353/06, EU:C:2008:559, n.º 39).
45. Importa ainda precisar que o artigo 4.º, n.º 3, da Directiva 2004/38 impõe às autoridades búlgaras a emissão de um cartão de identidade ou de um passaporte a *S.D.K.A.*, independentemente da emissão de uma nova certidão de nascimento para

- essa criança. Assim, na medida em que o direito búlgaro exige que seja lavrada uma certidão de nascimento búlgara antes da emissão de um cartão de identidade ou de um passaporte búlgaro, esse Estado-Membro não pode invocar o seu direito nacional para recusar a emissão, para *S.D.K.A.*, desse cartão de identidade ou desse passaporte.
46. Esse documento, por si só ou associado a outros documentos, sendo caso disso, a um documento emitido pelo Estado-Membro de acolhimento do menor em questão, deve permitir a uma criança, que se encontra numa situação como a de *S.D.K.A.*, exercer o seu direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, garantido pelo artigo 21.º, n.º 1, TFUE, com cada uma das suas duas mães, cujo estatuto enquanto progenitor dessa criança foi estabelecido pelo Estado-Membro de acolhimento destas por ocasião de uma residência conforme com a Diretiva 2004/38.
47. Importa recordar que os direitos reconhecidos no artigo 21.º, n.º 1, TFUE aos nacionais dos Estados-Membros incluem o de manter uma vida familiar normal tanto no seu Estado-Membro de acolhimento como no Estado-Membro de que são nacionais, quando do seu regresso a esse Estado-Membro, beneficiando aí da presença, a seu lado, dos membros da sua família (Acórdão de 5 de junho de 2018, *Coman e o.*, C673/16, EU:C:2018:385, n.º 32 e jurisprudência referida).
48. É pacífico que, no processo principal, as autoridades espanholas estabeleceram legalmente a existência de um vínculo de filiação, biológica ou jurídica, entre *S.D.K.A.* e os seus dois progenitores, *V.M.A.* e *K.D.K.*, e confirmaram esse vínculo na certidão de nascimento emitida para a filha destas últimas. Por conseguinte, todos os Estados-Membros devem, em aplicação do artigo 21.º TFUE e da Diretiva 2004/38, reconhecer a *V.M.A.* e a *K.D.K.*, enquanto progenitores de um cidadão da União, que é menor, cuja guarda asseguram efetivamente, o direito de acompanhar este último no exercício do seu direito de circular e de permanecer livremente no território dos Estados-Membros (v., por analogia, Acórdão de 13 de setembro de 2016, *Rendón Marín*, C165/14, EU:C:2016:675, n.ºs 50 a 52 e jurisprudência referida).
49. Por conseguinte, as autoridades búlgaras, à semelhança das autoridades de qualquer outro Estado-Membro, são obrigadas a reconhecer esse vínculo de filiação a fim de permitir a *S.D.K.A.*, uma vez que, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, esta obteve a nacionalidade búlgara, exercer sem entraves, com cada um dos seus dois progenitores, o seu direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, garantido pelo artigo 21.º, n.º 1, TFUE.
50. Além disso, para permitir efetivamente a *S.D.K.A.* exercer o seu direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros com cada um dos seus progenitores, é necessário que *V.M.A.* e *K.D.K.* possam dispor de um documento que as menciona como sendo pessoas habilitadas a viajar com essa criança. No caso em

apreço, as autoridades do Estado-Membro de acolhimento estão mais bem colocadas para elaborar esse documento, que pode consistir na certidão de nascimento. Os outros Estados-Membros têm a obrigação de reconhecer esse documento.

51. É certo que, como o órgão jurisdicional de reenvio salientou, o artigo 9.º da Carta prevê que o direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respetivo exercício.
52. A este respeito, no estado actual do direito da União, o estado das pessoas, do qual fazem parte as normas relativas ao casamento e à filiação, é uma matéria abrangida pela competência dos Estados-Membros, competência que o direito da União não põe em causa. Os Estados-Membros têm, assim, liberdade para prever ou não, no seu direito nacional, o casamento entre pessoas do mesmo sexo assim como a parentalidade destas últimas. Todavia, no exercício dessa competência, cada Estado-Membro deve respeitar o direito da União e, em especial, as disposições do Tratado FUE relativas à liberdade reconhecida a qualquer cidadão da União de circular e de permanecer no território dos Estados-Membros, reconhecendo, para esse fim, o estado das pessoas estabelecido noutro Estado-Membro, em conformidade com o direito deste (v., neste sentido, Acórdão de 5 de junho de 2018, *Coman* e o., C673/16, EU:C:2018:385, n.ºs 36 a 38 e jurisprudência referida).
53. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça se

o artigo 4.º, n.º 2, TUE pode justificar a recusa das autoridades búlgaras de emitir uma certidão de nascimento de S.D.K.A. e, assim, um bilhete de identidade ou um passaporte para essa criança. Esse órgão jurisdicional refere, nomeadamente, que uma eventual obrigação de as referidas autoridades emitirem uma certidão de nascimento mencionando, como sendo os progenitores da referida criança, duas pessoas de sexo feminino poderia pôr em causa a ordem pública e a identidade nacional da República da Bulgária, na medida em que a Constituição búlgara e o direito da família búlgaro não preveem a parentalidade de duas pessoas do mesmo sexo.

54. A este respeito, importa recordar que, em conformidade com o artigo 4.º, n.º 2, TUE, a União respeita a identidade nacional dos seus Estados-Membros, inerente às suas estruturas fundamentais políticas e constitucionais.
55. Por outro lado, o Tribunal de Justiça declarou reiteradamente que o conceito de «ordem pública» enquanto justificação de uma derrogação a uma liberdade fundamental deve ser objecto de interpretação estrita, pelo que o seu âmbito não pode ser unilateralmente determinado por cada um dos Estados-Membros, sem fiscalização das instituições da União. Daqui decorre que a ordem pública só pode ser invocada em caso de ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade (Acórdão de 5 de junho de 2018, *Coman* e o., C673/16, EU:C:2018:385, n.º 44 e jurisprudência referida).

56. Ora, como a advogada-geral salientou, em substância, nos n.ºs 150 e 151 das suas conclusões, a obrigação de um Estado-Membro, por um lado, de emitir a uma criança, nacional desse Estado-Membro, que nasceu noutra Estado-Membro e cuja certidão de nascimento emitida pelas autoridades desse outro Estado-Membro designa como seus progenitores duas pessoas do mesmo sexo, um cartão de identidade ou um passaporte e, por outro, reconhecer o vínculo de filiação entre essa criança e cada uma dessas duas pessoas no âmbito do exercício por esta dos seus direitos ao abrigo do artigo 21.º TFUE e dos actos de direito derivado a este relativos, não viola a identidade nacional nem ameaça a ordem pública desse Estado-Membro.
57. Com efeito, essa obrigação não implica que o Estado-Membro de que a criança em causa é nacional deva prever no seu direito nacional a parentalidade de pessoas do mesmo sexo ou reconhecer, para fins diferentes do exercício dos direitos que o direito da União confere a essa criança, vínculo de filiação entre a referida criança e as pessoas mencionadas como sendo os progenitores da criança na certidão de nascimento emitida pelas autoridades do Estado-Membro de acolhimento (v., por analogia, Acórdão de 5 de junho de 2018, *Coman* e o., C673/16, EU:C:2018:385, n.ºs 45 e 46).
58. Importa acrescentar que uma medida nacional que é susceptível de colocar entraves ao exercício da livre circulação das pessoas só pode ser justificada quando essa medida for conforme com os direitos fundamentais garantidos pela Carta, cujo respeito o Tribunal de Justiça assegura (Acórdão de 5 de junho de 2018, *Coman* e o., C673/16, EU:C:2018:385, n.º 47).
59. Na situação que é objecto do litígio no processo principal, o direito ao respeito pela vida privada e familiar garantido no artigo 7.º da Carta, e os direitos da criança garantidos no seu artigo 24.º, nomeadamente o direito a que seja tido em conta o interesse superior da criança enquanto consideração primordial em todos os actos relativos às crianças, bem como o de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores, são fundamentais.
60. A este propósito, como resulta das Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais (*JO* 2007, C 303, p. 17), em conformidade com o artigo 52.º, n.º 3, da Carta, os direitos garantidos pelo seu artigo 7.º têm o mesmo sentido e o mesmo alcance que os que são garantidos no artigo 8.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950.
61. Ora, resulta da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que a existência de uma «vida familiar» é uma questão de facto que depende da realidade prática de vínculos pessoais estreitos e que a possibilidade de um progenitor e o seu filho estarem juntos representa um elemento fundamental da vida familiar (Acórdão TEDH, 12 de julho de 2001, *K. e T. c. Finlândia*, CE:ECHR:2001:-

0712JUD002570294, §§ 150 e 151). Além disso, como o Tribunal de Justiça teve oportunidade de declarar, decorre dessa jurisprudência que a relação mantida por um casal homossexual é suscetível de estar abrangida pelos conceitos de «vida privada» e de «vida familiar» do mesmo modo que a de um casal de sexo oposto que se encontra na mesma situação (Acórdão de 5 de junho de 2018, *Coman* e o., C673/16, EU:C:2018:385, n.º 50 e jurisprudência referida).

62. Por conseguinte, como salientou a advogada-geral no n.º 153 das suas conclusões, a relação da criança em questão com cada uma das duas pessoas com as quais tem uma vida familiar efectiva no Estado-Membro de acolhimento e que são mencionadas como sendo os seus progenitores na certidão de nascimento elaborada pelas autoridades deste último é protegida no artigo 7.º da Carta.
63. Além disso, como foi recordado no n.º 59 do presente acórdão, o direito ao respeito pela vida familiar, como este é anunciado no artigo 7.º, da Carta, deve ser lido em conjugação com a obrigação de ter em conta o interesse superior da criança, reconhecido no artigo 24.º, n.º 2, da Carta. Ora, uma vez que o artigo 24.º da Carta constitui, como recordam as Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, uma integração no direito da União dos principais direitos da criança consagrados na Convenção sobre os Direitos da Criança, que foi ratificada por todos os Estados-Membros, há que ter devidamente em conta, na interpretação deste artigo, as disposições desta convenção

[v., neste sentido, Acórdãos de 14 de fevereiro de 2008, *Dynamic Medien*, C244/06, EU:C:2008:85, n.º 39, e de 11 de março de 2021, *Estado belga (Regresso do progenitor de um menor)*, C112/20, EU:C:2021:197, n.º 37].

64. Em especial, o artigo 2.º desta convenção estabelece, a respeito da criança, o princípio da não discriminação, que exige que os direitos enunciados na referida convenção, entre os quais figura, no seu artigo 7.º, o direito de ser registada desde o seu nascimento, de ter um nome, e de adquirir uma nacionalidade, sejam garantidos a essa criança, sem que esta sofra, a este respeito, qualquer discriminação, incluindo uma discriminação em razão da orientação sexual dos seus progenitores.
65. Nestas condições, seria contrário aos direitos fundamentais que os artigos 7.º e 24.º da Carta garantem a essa criança privá-la da relação com um dos seus progenitores quando do exercício do seu direito de circular e de permanecer livremente no território dos Estados-Membros ou tornar-lhe o exercício desse direito, na prática, impossível ou excessivamente difícil pelo facto de os seus progenitores serem do mesmo sexo.
66. Por último, a circunstância de um dos progenitores da criança em causa ser nacional do Reino Unido, que já não é um Estado-Membro, não é relevante a este respeito.
67. Por outro lado, na hipótese de, após verificação, *S.D.K.A.* não dever possuir a nacionalidade búlgara, importa recordar

- que, seja qual for a sua nacionalidade e independentemente da questão de saber se elas próprias têm a qualidade de cidadãs da União, *K.D.K.* e *S.D.K.A.* devem ser consideradas por todos os Estados-Membros como sendo, respectivamente, a cónjuge e a descendente directa, na acepção do artigo 2.º, ponto 2, alíneas a) e c), da Directiva 2004/38, e, por conseguinte, como sendo membros da família de *V.M.A.* (v., neste sentido, Acórdão de 5 de junho de 2018, *Coman* e o. C673/16, EU:C:2018:385, n.ºs 36 e 51).
68. Com efeito, um filho menor cuja qualidade de cidadão da União não está estabelecida e cuja certidão de nascimento emitida pelas autoridades competentes de um Estado-Membro designa como seus progenitores duas pessoas do mesmo sexo, uma das quais é cidadã da União, deve ser considerado, por todos os Estados-Membros, um descendente directo dessa cidadã da União, na acepção da Directiva 2004/38, para efeitos do exercício dos direitos conferidos no artigo 21.º, n.º 1, TFUE e dos actos de direito derivado a este relativos.
69. Tendo em conta todas as considerações precedentes, há que responder às questões submetidas que o artigo 4.º, n.º 2, TUE, os artigos 20.º e 21.º TFUE, bem como os artigos 7.º, 24.º e 45.º da Carta, em conjugação com o artigo 4.º, n.º 3, da Directiva 2004/38, devem ser interpretados no sentido de que, estando em causa um filho menor, cidadão da União cuja certidão de nascimento emitida pelas autoridades competentes do Estado-Membro de acolhimento designa como seus progenitores duas pessoas do mesmo sexo, o Estado-Membro do qual essa criança é nacional é obrigado, por um lado, a emitir-lhe um cartão de identidade ou um passaporte, sem exigir que seja lavrada previamente uma certidão de nascimento pelas suas autoridades nacionais, e, por outro lado, a reconhecer, como qualquer outro Estado-Membro, o documento que emana do Estado-Membro de acolhimento que permite à referida criança exercer, com cada uma dessas duas pessoas, o seu direito de circular e de permanecer livremente no território dos Estados-Membros.
- Quanto às despesas**
70. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.
- Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara:
- O artigo 4.º, n.º 2, TUE, os artigos 20.º e 21.º TFUE, bem como os artigos 7.º, 24.º e 45.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em conjugação com o artigo 4.º, n.º 3, da Directiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que**

revoga as Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, devem ser interpretados no sentido de que, estando em causa um filho menor, cidadão da União cuja certidão de nascimento emitida pelas autoridades competentes do Estado-Membro de acolhimento designa como seus progenitores duas pessoas do mesmo sexo, o Estado-Membro do qual essa criança é nacional é obrigado, por um lado, a emitir-lhe um cartão de identidade ou um passaporte, sem exigir que seja lavrada previamente uma certidão de nascimento pelas suas autoridades nacionais, e, por outro lado, a reconhecer, como qualquer outro Estado-Membro, o documento que emana do Estado-Membro de acolhimento que permite à referida criança exercer, com cada uma dessas duas pessoas, o seu direito de circular e de permanecer livremente no território dos Estados-Membros.

Assinaturas

ANOTAÇÃO

1. *Introdução.* O acórdão acima transcrito reveste-se de uma particular importância na evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia¹ relativa à cidadania da União, muito embora essa importância transcenda largamente aquela problemática. Assim, ele tem por pano de fundo os desenvolvimentos ocorridos no âmbito do direito da família, em que a eclosão de uma multiplicidade de novas formas de relações familia-

res veio substituir o modelo clássico², fazendo assim emergir um conflito de culturas e civilizações que aparentemente poderia justificar o recurso a vários mecanismos do direito internacional privado que reagem perante a importação de valores ou soluções desconhecidos ou contrários aos acolhidos num determinado Estado.

No processo sobre o qual o Tribunal de Justiça prolatou o acórdão que ora se comenta, esta instância foi chamada a pronunciar-se sobre um conjunto de questões que envolviam a emissão de certos documentos (e o reconhecimento de documentos estrangeiros) relativos a uma situação jurídica que o Estado cuja jurisdição havia formulado a questão prejudicial não reconhecia. Como que imune a este último aspecto da questão, o Tribunal de Justiça retomou a orientação de uma anterior decisão em que se pronunciara já em sentido análogo, enriquecendo uma vez mais o tratamento da cidadania da União.

Na exposição subsequente começaremos por analisar o litígio presente ao tribunal búlgaro (os factos da causa e a posição por este tomada) e por ele levado à jurisdição da União (I), para dissecar depois os termos em que esta o enquadrou juridicamente (II), e apresentar por último algumas considerações sobre os termos da solução dada ao caso e as ilações que dela se poderão tirar (III).

2. *Os termos do litígio que foi levado ao Tribunal de Justiça: os factos da causa e a apreciação sobre eles feita pela jurisdição nacional.* Uma nacional búlgara (V.M.A) e uma nacional do Reino Unido (K.D.K.), nascida em Gibraltar, residentes em Espanha desde 2015, contraíram casamento naquele território em 2018, tendo tido uma filha (S.D.K.A.) em Dezem-

¹ De ora em diante, simplesmente Tribunal de Justiça, ou TJUE.

² Cfr. a este propósito, por exemplo, Javier Carrascoza González, «Nuevos modelos de familia y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI», 21 *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 2003, p. 109-143.

bro de 2019, que nasceu e reside com as progenitoras em Espanha e em cuja certidão de nascimento, emitida pelas autoridades espanholas, V.M.A. figura como sendo a «mãe A» e S.D.K. a «mãe» da criança.

Em 29 de janeiro de 2020, V.M.A. solicitou ao município de Sófia a emissão de uma certidão de nascimento de S.D.K.A., certidão que era necessária, nomeadamente, para a emissão de um cartão de identidade ou de um passaporte búlgaros, apresentando, em apoio do seu pedido, uma tradução em língua búlgara, legalizada, e certificada como sendo conforme com o original, do extracto do registo civil de Barcelona (Espanha) relativo à certidão de nascimento de S.D.K.A. Em resposta, a 7 de fevereiro seguinte, o município de Sófia comunicou a V.M.A. que apresentasse, no prazo de sete dias, provas relativas à filiação de S.D.K.A. quanto à identidade da sua mãe biológica, precisando, a este respeito, que o modelo de certidão de nascimento que figura nos modelos de certidões de estado civil em vigor a nível nacional prevê apenas um único campo para a «mãe» e outro para o «pai», podendo um só nome figurar em cada um desses campos.

Depois de V.M.A. ter respondido ao município de Sófia que não era obrigada, nos termos da legislação búlgara, a prestar a informação solicitada, aquele município, por Decisão de 5 de março de 2020, indeferiu o pedido de V.M.A. de emissão de uma certidão de nascimento de S.D.K.A., fundamentando essa decisão de indeferimento na falta de informações relativas à identidade da mãe biológica da criança em questão e no facto de a menção numa certidão de nascimento de dois progenitores do sexo feminino ser contrária à ordem pública da República da Bulgária, a qual não autoriza o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo.

V.M.A. interpôs recurso dessa decisão de indeferimento para o *Administrativen sad Sofiagrad*

(Tribunal Administrativo de Sófia, Bulgária), que, na decisão de reenvio refere que, por força do artigo 25.º, n.º 1, da Constituição búlgara e do artigo 8.º da Lei Relativa à Nacionalidade Búlgara, S.D.K.A. tem nacionalidade búlgara, ainda que, até à data, não tenha uma certidão de nascimento emitida pelas autoridades búlgaras³. Aquele órgão jurisdicional tem, em contrapartida, dúvidas quanto à questão de saber se a recusa das autoridades búlgaras de registar o nascimento de um nacional búlgaro, que se verificou noutro Estado-Membro e que foi comprovado por uma certidão de nascimento que menciona duas mães, emitida pelas autoridades competentes deste último Estado-Membro, põe em causa os direitos conferidos a esse nacional pelos artigos 20.º e 21.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁴, e pelos artigos 7.º, 24.º e 45.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵. Com efeito, a recusa das autoridades búlgaras de emitir uma certidão de nascimento⁶ é susceptível de dificultar a emissão de um cartão de identidade ou de um passaporte búlgaros e, portanto, de colocar entraves ao exercício do direito à livre circulação dessa criança e, assim, ao pleno gozo dos seus direitos de cidadã da União.

Além disso, na medida em que a outra mãe de S.D.K.A., K.D.K., é nacional do Reino Unido, o mesmo órgão jurisdicional interroga-se sobre a questão de saber se as consequências jurídicas que decorrem do Acordo sobre a Saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia, nomeadamente o facto de essa criança já

³ Uma vez que a recusa dessas autoridades de emitir essa certidão não significa que a nacionalidade búlgara lhe seja recusada

⁴ De ora em diante, simplesmente TFUE.

⁵ A partir de agora, simplesmente, Carta.

⁶ Mesmo que não tenha incidência jurídica na nacionalidade búlgara da criança em questão e, consequentemente, na cidadania da União desta última.

não poder usufruir do estatuto de cidadã da União através da nacionalidade de K.D.K., são pertinentes para a apreciação desta questão.

Por outro lado, o *Administrativen sad Sofiagrad* interroga-se sobre a questão de saber se a obrigação imposta, sendo caso disso, às autoridades búlgaras, no âmbito da emissão de uma certidão de nascimento, de mencionar nessa certidão duas mães como sendo os progenitores da criança em questão, é susceptível de pôr em causa a ordem pública e a identidade nacional da República da Bulgária, uma vez que este Estado-Membro não previu a possibilidade de mencionar numa certidão de nascimento dois progenitores do mesmo sexo para essa criança. E salienta, a este respeito, que as disposições que regulam a filiação da referida criança revestem uma importância fundamental na tradição constitucional búlgara, bem como na doutrina búlgara em matéria de direito da família e das sucessões, tanto do ponto de vista meramente jurídico como do ponto de vista dos valores, tendo em conta o estágio actual de evolução da sociedade na Bulgária. Nestes termos, o *Administrativen sad Sofiagrad* considera necessário encontrar um equilíbrio entre, por um lado, a identidade constitucional e nacional da República da Bulgária e, por outro, os interesses da criança, nomeadamente o direito desta à vida privada e à livre circulação.

E pergunta-se se, no caso em apreço, tal equilíbrio pode ser alcançado em aplicação do princípio da proporcionalidade e, em especial, se a menção, na rubrica «Mãe», do nome de uma das duas mães que figura na certidão de nascimento emitida pelas autoridades espanholas, que pode ser quer a mãe biológica da criança quer a que se tornou mãe segundo uma outra via, por exemplo, a da adopção, sem preencher a rubrica «Pai», constituiria um equilíbrio adequado entre esses diferentes inte-

resses legítimos. E acrescenta que, embora tal solução possa igualmente gerar certas dificuldades, devido a eventuais diferenças entre a certidão de nascimento emitida pelas autoridades búlgaras e a emitida pelas autoridades espanholas, ela permitiria, em todo o caso, a emissão de uma certidão de nascimento pelas autoridades búlgaras, afastando ou, pelo menos, atenuando, eventuais obstáculos à livre circulação da criança em questão. O referido órgão jurisdicional pergunta-se, todavia, se a referida solução é compatível com o direito à vida privada e familiar dessa criança, consagrado no artigo 7.º da Carta.

Por último, na hipótese de o Tribunal de Justiça concluir que o direito da União exige a menção das duas mães da criança em questão na certidão de nascimento emitida pelas autoridades búlgaras, o órgão jurisdicional de reenvio questiona-se quais as modalidades segundo as quais esta exigência deve ser posta em prática, uma vez que este órgão jurisdicional não pode substituir o modelo de certidão de nascimento que figura nos modelos de certidões de estado civil em vigor a nível nacional.

É após estas considerações que o *Administrativen sad Sofiagrad* submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Devem os artigos 20.º e 21.º do TFUE, bem como os artigos 7.º, 24.º e 45.º da [Carta], ser interpretados no sentido de que não permitem às autoridades administrativas búlgaras, às quais foi apresentado um pedido de certificação do nascimento de uma criança de nacionalidade búlgara, ocorrido noutra Estado-Membro da União Europeia, comprovado por um assento de nascimento espanhol, em que estão registadas como mães duas pessoas de sexo feminino, sem se especificar se uma delas e, em caso afirmativo, qual delas é a mãe biológica, negar a emissão de um assento de nascimento búlgaro, com o fundamento de que a recorrente recusa indicar qual é a mãe biológica da criança?

2) Devem o artigo 4.º, n.º 2, do Tratado da União

Europeia⁷ e o artigo 9.º da Carta ser interpretados no sentido de que o respeito da identidade nacional e da identidade constitucional dos Estados-Membros da [União] implica que estes últimos dispõem de um amplo poder de apreciação no que respeita às regras de estabelecimento da filiação? Em particular:

Deve o artigo 4.º, n.º 2, do TUE ser interpretado no sentido de que permite aos Estados-Membros solicitar informações sobre a filiação biológica da criança?

Deve o artigo 4.º, n.º 2, do TUE, lido em conjugação com o artigo 7.º e o artigo 24.º, n.º 2, da Carta, ser interpretado no sentido de que, para obter um equilíbrio de interesses, é indispensável ponderar, por um lado, a identidade nacional e a identidade constitucional de um Estado-Membro e, por outro, o superior interesse da criança, tendo em conta que não existe atualmente, nem no que respeita aos valores nem no plano jurídico, um consenso sobre a possibilidade de mencionar como progenitores no assento de nascimento pessoas do mesmo sexo, sem se especificar se uma delas e, em caso afirmativo, qual delas é o progenitor biológico da criança? Se for dada resposta afirmativa a esta questão, como pode esse equilíbrio de interesses ser concretamente alcançado?

3) São relevantes para a resposta à primeira questão as consequências jurídicas do [Acordo de Saída], na medida em que uma mãe, referida no assento de nascimento emitido noutro Estado-Membro, é nacional do Reino Unido e a outra mãe é nacional de um Estado-Membro da [União], tendo em conta que a recusa de emissão de um assento de nascimento búlgaro constitui um obstáculo à emissão, por um Estado-Membro da [União], de um documento de identidade da criança e pode, por isso, dificultar o pleno exercício dos seus direitos como cidadã da União?

4) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão: o direito da União, em especial o princípio da efetividade, impõe às autoridades nacionais competentes que derroguem o modelo de redacção de um assento de nascimento, que [figura nos modelos de certidões de registo civil em vigor a nível nacional]?».

3. *A posição do Tribunal de Justiça.* Entendendo que as questões postas deveriam ser examinadas em conjunto, o Tribunal de Justiça reconduziu-as ao problema de saber se o direito da União obriga um Estado-Membro a emitir uma certidão de nascimento, a fim de obter um cartão de identidade ou um passaporte segundo a sua regulamentação, em relação a uma criança, nacional desse Estado-Membro, cujo nascimento noutro Estado-Membro é comprovado por uma certidão de nascimento emitida pelas autoridades desse outro Estado-Membro, em conformidade com o seu direito nacional, e que designa, como sendo as mães dessa criança, uma nacional do primeiro desses Estados-Membros e a sua mulher, sem especificar qual das duas mulheres deu à luz a referida criança. Em caso de resposta afirmativa, esse órgão jurisdicional pergunta se o direito da União exige que tal certidão inclua, à semelhança da elaborada pelas autoridades do Estado-Membro onde a criança nasceu, a menção dos nomes dessas duas mulheres na sua qualidade de mães⁸. Para além disso, pretende-se ainda saber se o facto de a outra mãe da criança em questão ser nacional do Reino Unido, que já não é um Estado-Membro, tem alguma incidência na resposta a dar a esta questão⁹.

Após ter recordado que a definição das condições de aquisição e de perda da nacionalidade é, em conformidade com o direito internacional, da competência de cada Estado-Membro e que, em situações abrangidas pelo direito da União, as normas nacionais em causa devem respeitar este último¹⁰, o Tribunal de Justiça começou por afirmar que tendo S.D.K.A., por nascimento, nacionalidade búlgara, ao abrigo do artigo 25.º, n.º 1, da

⁸ Ponto 36.

⁹ Ponto 37.

¹⁰ Ponto 38.

⁷ De ora em diante, simplesmente, TUE.

Constituição deste país¹¹, e uma vez que nos termos do artigo 20.º, n.º 1, do TFUE, é cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro, há que concluir que, enquanto nacional búlgara, S.D.K.A. goza, por força desta disposição, do estatuto de cidadã da União¹², estatuto que, segundo a jurisprudência¹³, «está vocacionado para ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros»¹⁴.

Acrescentou em seguida que os direitos respeitantes àquela qualidade podem ser invocados por um nacional de um Estado-Membro que, nessa sua qualidade, de cidadão da União, exerceu a sua liberdade de circular e de residir num Estado-Membro diferente do seu Estado-Membro de origem, incluindo, se for caso disso, neste último Estado-membro¹⁵; e que podem igualmente invocar esta disposição os cidadãos da União nascidos no Estado-Membro de acolhimento dos seus pais e que nunca exerceram o direito à livre circulação¹⁶. Ora, uma vez que nos termos do artigo 21.º, n.º 1, do TFUE, qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação, e que, a fim

de permitir que os seus nacionais exerçam esse direito, o artigo 4.º, n.º 3, da Directiva 2004/38¹⁷ impõe aos Estados-Membros, em conformidade com a sua legislação, que emitam aos seus nacionais um cartão de identidade ou passaporte que indique a nacionalidade do seu titular¹⁸, «na medida em que S.D.K.A. é nacional búlgara, as autoridades búlgaras são obrigadas a emitir-lhe um cartão de identidade ou um passaporte que indique a sua nacionalidade, bem como o seu apelido, conforme resulta da certidão de nascimento emitida pelas autoridades espanholas»¹⁹.

O Tribunal de Justiça reforçou a exigência desta obrigação ao recordar que o artigo 4.º, n.º 3, da Directiva 2004/38 impõe às autoridades búlgaras, independentemente da emissão de uma nova certidão de nascimento, a emissão de um cartão de identidade ou de um passaporte a S.D.K.A., pelo que, na medida em que o direito búlgaro exige que seja lavrada uma certidão de nascimento búlgara antes da emissão de um cartão de identidade ou de

¹⁷ Directiva 2004/38/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias nos territórios dos Estados-Membros (*in JOUE*, l, 229, de 29 de Junho de 2004, p. 35-48).

¹⁸ Ponto 43.

¹⁹ Ponto 44. O acórdão recordou ainda que o Tribunal já tinha declarado que o artigo 21.º do TFUE se opõe a que as autoridades de um Estado-Membro, ao aplicarem o seu direito nacional, recusem o reconhecimento do apelido de uma criança, tal como esse apelido foi determinado e registado noutra Estado-Membro, onde esse menor nasceu e desde então reside [assim o acórdão de 14 de Outubro de 2008, *Grunkin e Paul*, C353/06, *Colectânea*, 2008, p. 559, ponto 39, Moura Ramos, «O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e da União Europeia e a regulamentação do direito ao nome nas relações privadas internacionais», *in Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, Coimbra, 2016, Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 329-373 (361-369), Volker Lipp, «Die “Anerkennung” des ausländischen Namens eines Burgers der Europäischen Union – Von “Konstantinidis” bis “Runevic-Vardyn/Wardyn”», *in Mélanges en l'honneur de Spyridon V. Vrellis*, Athens, 2014, Nomiki Bibliothiki, p. 539-556, e Kurt Siehr, «Right of personality in European private international law: The law of personal names», *in Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2014, G. Giappichelli Editore, p. 251-263].

¹¹ De acordo com o qual «Tem nacionalidade búlgara qualquer pessoa cujos progenitores, ou pelo menos um dos progenitores, tenham nacionalidade búlgara ou que tenha nascido no território da República da Bulgária se não adquirir outra nacionalidade por filiação. A nacionalidade búlgara pode ser igualmente adquirida por naturalização».

¹² Pontos 39 e 40.

¹³ Assim, de forma constante, depois do acórdão de 20 de Setembro de 2001, *Grzeleczyk*, C-184/99, *Colectânea*, 2001, p. 1-6193-1-6249, ponto 31

¹⁴ Ponto 41.

¹⁵ Como havia sido afirmado no acórdão de 5 de junho de 2018, *Coman e o.*, C673/16, *Colectânea*, 2018, p. 385 e s., ponto 31.

¹⁶ Ponto 42, como se afirmara também no acórdão de 2 de outubro de 2019, *Bajratari*, C93/18, *Colectânea*, 2019, p. 809 e s., ponto 26.

um passaporte búlgaro, esse Estado-Membro não pode invocar o seu direito nacional para recusar a emissão, para S.D.K.A., desse cartão de identidade ou desse passaporte²⁰.

Definida a questão da obrigatoriedade de emissão de documentos por parte das autoridades búlgaras, restava a problemática relativa ao reconhecimento daqueles que fossem emitidos por autoridades estrangeiras. A este respeito, o Tribunal de Justiça começou por salientar que os direitos reconhecidos no artigo 21.º, n.º 1, do TFUE aos nacionais dos Estados-Membros incluem o de manter uma vida familiar normal tanto no seu Estado-Membro de acolhimento como no Estado-Membro de que são nacionais, quando do seu regresso a esse Estado-Membro, beneficiando aí da presença, a seu lado, dos membros da sua família²¹. Pelo

²⁰ Ponto 45. E acrescentou que esse documento, por si só ou associado a outros documentos, sendo caso disso, a um documento emitido pelo Estado-Membro de acolhimento do menor em questão, deve permitir a uma criança, que se encontra numa situação como a de S.D.K.A., exercer o seu direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, garantido pelo artigo 21.º, n.º 1, do TFUE, com cada uma das suas duas mães, cujo estatuto enquanto progenitor dessa criança foi estabelecido pelo Estado-Membro de acolhimento (a Espanha) por ocasião de uma residência conforme com a Directiva 2004/38 (ponto 46).

²¹ Ponto 47. Como se afirmara já no acórdão *Coman e o.* (cit. supra, na nota 15), ponto 32.

No processo que conduziu àquele acórdão estava em causa a situação de um cidadão romeno e de um norte-americano que, após uma coabitação de quatro anos nos Estados Unidos, contraíram casamento em Bruxelas onde entretanto o titular da nacionalidade romena passara a residir. O litígio surgiu após a pretensão de residência na Roménia (na qualidade de familiar do nacional deste país) ter sido negada ao cidadão americano, com o fundamento de que, por ter sido celebrado entre pessoas do mesmo sexo, o casamento não poderia ser reconhecido neste último Estado. Chamado a pronunciar-se, no âmbito da excepção de inconstitucionalidade deduzida pelos dois cônjuges que punham em causa, por violação dos direitos à vida íntima, à vida familiar e à vida privada constitucionalmente consagrados, o não reconhecimento, para efeitos do exercício do direito de residência, dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo celebrados no estrangeiro, o Tribunal Constitucional romeno viria a formular um conjunto de questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça. Em resposta, este último decidiria que «numa situação em que um cidadão da União fez uso da sua liberdade de circulação, ao deslocar-se e ao residir de forma efectiva, em confor-

que, tendo as autoridades espanholas estabelecido legalmente a existência de um vínculo de filiação, biológica ou jurídica, entre S.D.K.A. e as suas duas progenitoras, V.M.A. e K.D.K., e confirmado esse vínculo na certidão de nascimento emitida para a filha destas últimas, incumbiria a todos os Estados-Membros, em aplicação do artigo 21.º do TFUE e da Directiva 2004/38, reconhecer a V.M.A. e a K.D.K., enquanto progenitores de um cidadão da União, que é menor, cuja guarda asseguram efectivamente, o direito de acompanhar esta última no exercício do seu direito de circular e de permanecer livremente no território dos Estados-Membros²².

Pelo que as autoridades búlgaras, como as de qualquer outro Estado-Membro, seriam obrigadas a reconhecer esse vínculo de filiação a fim de permitir a S.D.K.A., uma vez que esta obteve a nacionalidade búlgara, exercer sem entraves, com cada uma das suas duas progenitoras, o seu direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, garantido pelo artigo 21.º, n.º 1, do TFUE²³. O que implicaria, ademais, para permitir efectivamente a S.D.K.A. exercer o seu direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros com cada um dos seus progenitores, que V.M.A. e K.D.K. pudessem dispor de um documento que as mencionasse como sendo pessoas habilitadas a viajar com essa

midade com as condições previstas no artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 2004/38, num Estado-Membro diferente daquele de que é nacional, e desenvolveu ou consolidou, por essa ocasião, uma vida familiar com um nacional de um país terceiro do mesmo sexo, ao qual se uniu por um casamento legalmente celebrado no Estado-Membro de acolhimento, o artigo 21.º, n.º 1, do TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que as autoridades competentes do Estado-Membro de que o cidadão da União é nacional se recusem a conceder um direito de residência no território desse Estado-Membro ao referido nacional de um país terceiro, pelo facto de o direito do referido Estado-Membro não prever o casamento entre pessoas do mesmo sexo» (ponto 51).

²² Ponto 48.

²³ Ponto 49.

criança. No caso em apreço, as autoridades do Estado-Membro de acolhimento estariam mais bem colocadas para elaborar esse documento, que pode consistir na certidão de nascimento, tendo os outros Estados-Membros, segundo o Tribunal, a obrigação de o reconhecer²⁴.

Considerando a questão de o artigo 9.º da Carta prever que o direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respetivo exercício, o Tribunal recorda que, no estado actual do direito da União, o estado das pessoas, do qual fazem parte as normas relativas ao casamento e à filiação, é uma matéria abrangida pela competência dos Estados-Membros, competência que o direito da União não põe em causa. Pelo que os Estados-Membros têm, assim, liberdade para prever ou não, no seu direito nacional, o casamento entre pessoas do mesmo sexo assim como a parentalidade destas últimas. Todavia, no exercício dessa competência, cada Estado-Membro deve respeitar o direito da União e, em especial, as disposições do TFUE relativas à liberdade reconhecida a qualquer cidadão da União de circular e de permanecer no território dos Estados-Membros, reconhecendo, para esse fim, o estado das pessoas estabelecido noutra Estado-Membro, em conformidade com o direito deste último²⁵.

O Tribunal de Justiça aborda em seguida a questão, avançada pelo *Administrativen sad Sofiagrad* de saber se o artigo 4.º, n.º 2, do TUE²⁶ pode jus-

tificar a recusa das autoridades búlgaras de emitir uma certidão de nascimento de S.D.K.A. e, assim, um bilhete de identidade ou um passaporte para essa criança²⁷. E recorda que, se, de acordo com este preceito, «a União respeita a identidade nacional dos seus Estados-Membros, inerente às suas estruturas fundamentais políticas e constitucionais», ele havia já declarado reiteradamente que o conceito de «ordem pública» enquanto justificação de uma derrogação a uma liberdade fundamental deve ser objeto de interpretação estrita, pelo que o seu âmbito não pode ser unilateralmente determinado por cada um dos Estados-Membros, sem fiscalização das instituições da União. Daqui decorre que a ordem pública só pode ser invocada em caso de ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade²⁸.

Ora, como havia sido salientado pela Advogada-Geral²⁹, a obrigação de um Estado-Membro, quer de emitir a uma criança, nacional desse Estado-Membro, que nasceu noutra Estado-Membro e cuja certidão de nascimento emitida pelas autoridades desse outro Estado-Membro designa como seus progenitores duas pessoas do mesmo sexo, um cartão de identidade ou um passaporte, quer de reconhecer o vínculo de filiação entre essa criança e

segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro».

²⁷ Para aquela instância jurisdicional, uma eventual obrigação de as referidas autoridades emitirem uma certidão de nascimento mencionando, como sendo os progenitores da referida criança, duas pessoas de sexo feminino poderia pôr em causa a ordem pública e a identidade nacional da República da Bulgária, na medida em que a Constituição búlgara e o direito da família búlgaro não preveem a parentalidade de duas pessoas do mesmo sexo (ponto 53).

²⁸ Ponto 55 [E também o ponto 44 do acórdão *Coman e o.* (*cit. supra*, nota 15)].

²⁹ Pontos 150 e 151 das Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott apresentadas a 15 de Abril de 2021. Para uma análise deste texto, cfr. Marta Requejo Isidro, «AG Kokott on C-490/20, V.M.A. v. Stolichna Obshtina, Rayon “Pancharevo”», EAPIL blog, 21 April 2021.

²⁴ Ponto 50.

²⁵ Ponto 52. No mesmo sentido, os pontos 36 a 38 do acórdão *Coman e o.* (*cit. supra*, nota 15).

²⁶ Segundo esta disposição, «A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a

cada uma dessas duas pessoas no âmbito do exercício por esta dos seus direitos ao abrigo do artigo 21.º do TFUE e dos actos de direito derivado a este relativos, não viola a identidade nacional nem ameaça a ordem pública desse Estado-Membro³⁰. Na verdade, segundo o Tribunal, essa obrigação não implica que o Estado-Membro de que a criança em causa é nacional deva prever no seu direito interno a parentalidade de pessoas do mesmo sexo ou reconhecer, para fins diferentes do exercício dos direitos que o direito da União confere a essa criança, um vínculo de filiação entre a referida criança e as pessoas mencionadas como sendo os progenitores da criança na certidão de nascimento emitida pelas autoridades do Estado-Membro de acolhimento³¹.

O Tribunal de Justiça acrescentaria ainda que uma medida nacional que é susceptível de colocar entraves ao exercício da livre circulação das pessoas só pode ser justificada quando essa medida for conforme com os direitos fundamentais garantidos pela Carta, cujo respeito o Tribunal de Justiça assegura³², recordando que se revestem desta natureza, na situação que é objecto do processo principal, o direito ao respeito pela vida privada e familiar garantido no artigo 7.º da Carta³³, e os

direitos da criança garantidos no seu artigo 24.º, nomeadamente o direito a que seja tido em conta o interesse superior da criança enquanto consideração primordial em todos os actos relativos às crianças, bem como o de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores³⁴. O que levou a jurisdição da União a adiantar que a relação da criança em questão com cada uma das duas pessoas com as quais tem uma vida familiar efectiva no Estado-Membro de acolhimento e que são mencionadas como sendo as suas progenitoras na certidão de nascimento elaborada pelas autoridades deste último é protegida no artigo 7.º da Carta³⁵.

Por outro lado, devendo o direito ao respeito pela vida familiar afirmado naquele artigo 7.º ser lido em conjugação com a obrigação de ter em conta o interesse superior da criança, reconhecido no artigo 24.º, n.º 2, do mesmo texto, e uma vez que este último constitui³⁶ uma integração no direito da União dos principais direitos da criança consagrados na Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada por todos os Estados-Membros, haveria que ter devidamente em conta, na interpretação deste artigo, as disposições desta convenção³⁷. Sendo de salientar que o artigo 2.º desta convenção estabelece, a respeito da criança, o princípio da não discriminação, que exige que os direitos nela enunciados, entre os quais figura, no seu artigo 7.º, o direito de ser registada desde o seu nascimento, de ter um nome, e de adquirir uma nacionalidade, sejam garantidos a essa criança, sem que esta sofra,

89

³⁰ Ponto 56.

³¹ Ponto 57. Assim também os pontos 45 e 46 do acórdão *Coman e o.* (cit. *supra*, nota 15)].

³² Ponto 58. No mesmo sentido, cfr. o ponto 47 do acórdão *Coman e o.* (cit. *supra*, nota 15)].

³³ O Tribunal sublinhou que os direitos garantidos por este artigo têm, em conformidade com o artigo 52.º, n.º 3, da mesma Carta, e como decorre das Anotações a este texto, o mesmo sentido e o mesmo alcance que os que são garantidos no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (ponto 60). E que resulta da jurisprudência deste Tribunal que a existência de uma «vida familiar» é uma questão de facto que depende da realidade prática de vínculos pessoais estreitos e que a possibilidade de um progenitor e o seu filho estarem juntos representa um elemento fundamental da vida familiar, dela decorrendo, como o afirmou o TJUE, que «a relação mantida por um casal homossexual é susceptível de estar abrangida pelos conceitos de «vida privada» e de «vida familiar» do mesmo modo que a de um casal de sexo oposto

que se encontre na mesma situação» (ponto 61 do acórdão em comentário e ponto 50 do acórdão *Coman e o.* (cit. *supra*, nota 15)).

³⁴ Ponto 59.

³⁵ Ponto 62, como de resto havia sido já salientado no ponto 153 das conclusões da Advogada-Geral Kokott (cit. *supra*, nota 29).

³⁶ Assim o referem as Anotações à Carta.

³⁷ Ponto 63.

a este respeito, qualquer discriminação, incluindo uma discriminação em razão da orientação sexual dos seus progenitores³⁸, o Tribunal de Justiça concluiu que seria contrário aos direitos fundamentais que os artigos 7.º e 24.º da Carta garantem a essa criança privá-la da relação com um dos seus progenitores quando do exercício do seu direito de circular e de permanecer livremente no território dos Estados-Membros ou tornar-lhe o exercício desse direito, na prática, impossível ou excessivamente difícil pelo facto de os seus progenitores serem do mesmo sexo³⁹.

E, depois de ter afirmado a irrelevância quer da circunstância de um dos progenitores da criança em causa ser nacional de um Estado não membro (o Reino Unido)⁴⁰, quer da nacionalidade (e, portanto, também da condição de cidadãs da União) de K.D.K. e de S.D.K.A., uma vez que estas devem, em qualquer caso, ser consideradas por todos os Estados-Membros como sendo, respectivamente, a cônjuge e a descendente directa, na acepção do artigo 2.º, ponto 2, alíneas a) e c), da Directiva 2004/38, e, por conseguinte, como sendo membros da família de V.M.A.⁴¹, concluiria afirmando que um filho menor cuja qualidade de cidadão da União não está estabelecida e cuja certidão de nascimento emitida pelas autoridades competentes de um Estado-Membro designa como seus progenitores duas pessoas do mesmo sexo, uma das quais é cidadã da União, deve ser considerado, por todos os Estados-Membros, um descendente directo dessa cidadã da União, na acepção da Directiva 2004/38, para efeitos do exercício dos direitos conferidos no

artigo 21.º, n.º 1, do TFUE e dos actos de direito derivado a este relativos⁴².

Termos em que respondeu à questão prejudicial afirmando que «o artigo 4.º, n.º 2, do TUE, os artigos 20.º e 21.º do TFUE, bem como os artigos 7.º, 24.º e 45.º da Carta, em conjugação com o artigo 4.º, n.º 3, da Directiva 2004/38, devem ser interpretados no sentido de que, estando em causa um filho menor, cidadão da União cuja certidão de nascimento emitida pelas autoridades competentes do Estado-Membro de acolhimento designa como seus progenitores duas pessoas do mesmo sexo, o Estado-Membro do qual essa criança é nacional é obrigado, por um lado, a emitir-lhe um cartão de identidade ou um passaporte, sem exigir que seja lavrada previamente uma certidão de nascimento pelas suas autoridades nacionais, e, por outro lado, a reconhecer, como qualquer outro Estado-Membro, o documento que emana do Estado-Membro de acolhimento que permite à referida criança exercer, com cada uma dessas duas pessoas, o seu direito de circular e de permanecer livremente no território dos Estados-Membros»⁴³.

4. *Considerações finais.* Como se adiantou, o presente acórdão tem como pano de fundo a oposição de diferentes modelos de família⁴⁴, que não escapou, desde logo, à jurisdição de reenvio. O cuidado por esta posto na redacção das questões prejudiciais é aliás um dos aspectos deste processo que merecem reflexão.

Assim, o *Administrativen sad Sofiagrad*⁴⁵ começa

⁴² Ponto 68.

⁴³ Ponto 69.

⁴⁴ Sobre esta problemática, cfr. Horatia Muir-Watt, «Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (Aspects de droit international privé)», in *Mundialización y Familia* [A. L. Calvo Caravaca/J. L. Iriarte Ángel (Eds.)], Madrid, 2001, Editorial Colex, p. 11-22.

⁴⁵ Uma jurisdição de primeira instância, de resto.

³⁸ Ponto 64.

³⁹ Ponto 65.

⁴⁰ Ponto 66.

⁴¹ Ponto 67. Cfr., igualmente, os pontos 36 e 51 do acórdão *Coman e o.* (cit. *supra*, nota 15).

por perguntar se as disposições relativas à cidadania da União permitem às autoridades búlgaras responder negativamente ao pedido de emissão de um assento de nascimento búlgaro, com o fundamento de que a recorrente recusa indicar qual é a mãe biológica da criança em questão. Na verdade, aquela jurisdição estava perfeitamente ciente de que, na Bulgária, «a mãe da criança é a mulher que a deu à luz, inclusive no caso de procriação medicamente assistida»⁴⁶, e que, na situação sobre que se devia pronunciar, os progenitores da criança eram duas pessoas do sexo feminino, apresentadas na certidão de nascimento emitida pelas autoridades espanholas⁴⁷ como a «mãe A» e a «mãe». E estava colocada perante a posição de uma autoridade administrativa do seu país⁴⁸ que, invocando a falta de informações sobre a identidade da mãe biológica e a ordem pública búlgara⁴⁹ recusavam a emissão da certidão de nascimento a uma pessoa com a nacionalidade búlgara.

Por outro lado, as dúvidas daquela instância jurisdicional iam ao ponto de saber se o respeito da identidade nacional e da identidade constitucional dos Estados-Membros da [União] implica que estes últimos dispõem quer de um amplo poder de apreciação no que respeita às regras de estabelecimento da filiação, quer da possibilidade de solicitar informações sobre a filiação biológica da criança. E face às posições contrastadas dos sistemas em presença⁵⁰, se para obter um equilíbrio de interesses, é

indispensável ponderar, por um lado, a identidade nacional e a identidade constitucional de um Estado-Membro e, por outro, o superior interesse da criança, tendo em conta que não existe actualmente, nem no que respeita aos valores nem no plano jurídico, um consenso sobre a possibilidade de mencionar como progenitores no assento de nascimento pessoas do mesmo sexo, sem se especificar se uma delas e, em caso afirmativo, qual delas é o progenitor biológico da criança.

A jurisdição de reenvio fazia assim uma referência implícita ao equilíbrio de interesses a que o Tribunal de Justiça aludira, em matéria de nome, no acórdão *Runevic-Vardyn-Wardyn*⁵¹. O mesmo equilíbrio era igualmente referido no acórdão *Schmidberger*⁵², para frisar que, numa situação em que se suscitava uma questão de «conciliação necessária das exigências da protecção dos direitos fundamentais na Comunidade com as exigências de protecção decorrentes de uma liberdade fundamental consagrada pelo Tratado e, mais concretamente, a questão do alcance respectivo das liberdades de expressão e de reunião»⁵³, garantidas pelos artigos

91

⁵¹ Na circunstância entre o direito ao respeito da vida privada e familiar e a protecção legítima, pelo Estado-membro, da sua língua oficial nacional e das suas tradições. Cfr. o acórdão de 12 de Maio de 2011, no processo C-391/99, *Colectânea*, 2003, p. I-3818-I-3852, ponto 87: «o objectivo prosseguido por uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal, que visa proteger a língua oficial nacional através da imposição de regras de grafia previstas nessa língua, constitui, em princípio, um objectivo legítimo susceptível de justificar restrições aos direitos de livre circulação e de permanência previstos no artigo 21.º do TFUE e pode ser levado em conta quando da ponderação entre interesses legítimos e os referidos direitos reconhecidos pelo direito da União». Cfr., a propósito, os trabalhos citados *supra*, na nota 19.

⁵² Acórdão de 12 de Junho de 2003, processo 112/00, *Colectânea*, 2003, p. I-5659-I-5725.

⁵³ Direitos a cujo exercício podem ser impostas restrições, «desde que estas correspondam efectivamente a objectivos de interesse geral e não constituam, tendo em conta o objectivo prosseguido por estas restrições, uma intervenção excessiva e intolerável que atente contra a própria substância dos direitos protegidos» (ponto 80 do acórdão citado na nota anterior).

⁴⁶ Artigo 60, (2), do Código da Família), de 12 de junho de 2009.

⁴⁷ Espanha era, desde 2015, o Estado-membro da residência habitual das duas progenitoras e do seu casamento em 2018, assim como também fora o local do nascimento da criança (em 2019).

⁴⁸ O *Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»* (Município de Sófia, distrito de Pancharevo).

⁴⁹ Que recusava o reconhecimento ao casamento de pessoas do mesmo sexo.

⁵⁰ O búlgaro e o espanhol, desde logo em matéria de casamento e filiação.

10.º e 11.º da CEDH, e da livre circulação de mercadorias, quando as primeiras são invocadas como justificação de uma restrição à segunda»⁵⁴, «importa ponderar os interesses em presença e determinar, face ao conjunto das circunstâncias de cada caso concreto, se foi respeitado um justo equilíbrio entre estes interesses»⁵⁵, tarefa em que «as autoridades competentes dispõem de um amplo poder de apreciação»⁵⁶. E viria a estar de novo em causa, por exemplo, no acórdão proferido no processo *Bogendorff von Wolffersdorff*⁵⁷ onde se assinalou que «há que ter em conta diversos elementos na ponderação do direito de livre circulação reconhecido aos cidadãos da União pelo artigo 21.º do TFUE e dos interesses legítimos prosseguidos pelas limitações à utilização de títulos nobiliárquicos e pela proibição da criação da aparência de uma origem nobiliárquica impostas pelo legislador alemão»⁵⁸.

O que significa que o *Administrativen sad Sofiagrad* ensaiou vias para tentar preservar de algum modo a possibilidade de tomada em consideração dos imperativos que serviam de base às soluções consagradas na legislação búlgara. Sem êxito, porém.

Na verdade, o acórdão do Tribunal de Justiça partiu da circunstância de S.D.K.A. ser uma cidadã da União e da importância deste estatuto para daí deduzir, depois de ter sublinhado que um nacional de um Estado-Membro que nasceu no Estado-Membro dos seus progenitores e que nunca exerceu o direito à livre circulação pode invocar os

direitos respeitantes àquela qualidade⁵⁹, designadamente os previstos no artigo 21.º, n.º 1, do TFUE, incluindo, se for caso disso, no que diz respeito ao seu Estado-Membro de origem⁶⁰, que «as autoridades búlgaras são obrigadas a emitir-lhe um cartão de identidade ou um passaporte que indique a sua nacionalidade, bem como o seu apelido»⁶¹, conforme resulta da certidão de nascimento emitida pelas autoridades espanholas»⁶². A emissão deste documento, que é independente da de qualquer certidão de nascimento emitida por esse Estado, destina-se a permitir à sua titular exercer o seu direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, garantido pelo Tratado, com cada uma das suas duas mães, cujo estatuto enquanto progenitor dessa criança foi estabelecido pelo Estado-Membro de acolhimento destas por ocasião de uma residência conforme com a Directiva 2004/38⁶³.

Incluindo-se nos direitos reconhecidos por aquele artigo 21.º, n.º 1, o de «manter uma vida familiar normal tanto no seu Estado-Membro de acolhimento como no Estado-Membro de que são nacionais, quando do seu regresso a esse Estado-Membro, beneficiando aí da presença, a seu lado, dos membros da sua família»⁶⁴, o TJUE entende que as autoridades dos Estados-membros⁶⁵ devem reconhecer quer o vínculo de filiação estabelecido pelas autoridades espanholas a fim de que S.D.K.A. possa

⁵⁹ Cfr. o acórdão proferido no processo *Bajratari* (*cit. supra*, nota 16), ponto 26.

⁶⁰ Cfr. O acórdão *Coman e o.* (*cit. supra*, nota 15), ponto 31.

⁶¹ Obrigação directamente resultante do artigo 4.º, n.º 3, da Directiva 2004/38.

⁶² Ponto 44 do acórdão em comentário.

⁶³ Ponto 46 do mesmo acórdão.

⁶⁴ Ponto 47.

⁶⁵ De todo e qualquer Estado-Membro, portanto também as autoridades búlgaras.

⁵⁴ Ponto 77 do acórdão citado na nota anterior.

⁵⁵ Ponto 81.

⁵⁶ Ponto 82.

⁵⁷ Acórdão de 2 de Junho de 2016, C-438/14, *Colectânea*, 2016, p. 401.

⁵⁸ Ponto 80 do acórdão citado na nota anterior.

exercer sem entraves, com cada um dos seus dois progenitores, o seu direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros⁶⁶, quer o documento que considera as duas progenitoras como habilitadas a viajar com ela⁶⁷.

O Tribunal de Justiça observa depois que a circunstância de «o estado das pessoas, do qual fazem parte as normas relativas ao casamento e à filiação, [ser] uma matéria abrangida pela competência dos Estados-Membros⁶⁸, não exclui que, no exercício dessa competência, «cada Estado-Membro deve respeitar o direito da União e, em especial, as disposições do Tratado FUE relativas à liberdade reconhecida a qualquer cidadão da União de circular e de permanecer no território dos Estados-Membros, reconhecendo, para esse fim, o estado das pessoas estabelecido noutro Estado-Membro, em conformidade com o direito deste»⁶⁹. E afastou o argumento de que a emissão de uma certidão de nascimento pelas autoridades búlgaras mencionando como progenitores de S.D.K.A. duas pessoas do mesmo sexo seria um acto contrário à ordem pública e à identidade nacional búlgaras⁷⁰ recordando que aquele conceito só pode ser invocado «em caso de ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade»⁷¹ e que «uma medida nacional

que é susceptível de colocar entraves ao exercício da livre circulação das pessoas só pode ser justificada quando essa medida for conforme com os direitos fundamentais garantidos pela Carta, cujo respeito o Tribunal de Justiça assegura»⁷².

Importa assim relevar que o presente acórdão, na linha do que o precedeu e nele é particularmente citado⁷³, prossegue o que já foi qualificado⁷⁴ como reconhecimento funcional da parentalidade

signa como seus progenitores duas pessoas do mesmo sexo, um cartão de identidade ou um passaporte e, por outro, reconhecer o vínculo de filiação entre essa criança e cada uma dessas duas pessoas no âmbito do exercício por esta dos seus direitos ao abrigo do artigo 21.º do TFUE e dos actos de direito derivado a este relativos, não viola a identidade nacional nem ameaça a ordem pública desse Estado-Membro» uma vez que tal «obrigação não implica que o Estado-Membro de que a criança em causa é nacional deva prever no seu direito nacional a parentalidade de pessoas do mesmo sexo ou reconhecer, para fins diferentes do exercício dos direitos que o direito da União confere a essa criança, vínculo de filiação entre a referida criança e as pessoas mencionadas como sendo os progenitores da criança na certidão de nascimento emitida pelas autoridades do Estado-Membro de acolhimento» [pontos 55 e 56 do acórdão, com citação dos pontos 45 e 46 do acórdão *Coman e o.* (*cit. supra*, nota 15)].

⁶⁶ Ora teriam esta natureza quer o direito ao respeito pela vida privada e familiar garantido no artigo 7.º da Carta, quer os direitos da criança garantidos no artigo 24.º deste instrumento, nomeadamente o direito a que seja tido em conta o interesse superior da criança enquanto consideração primordial em todos os actos relativos às crianças, bem como o de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores (ponto 59), o que determina que «a relação da criança em questão com cada uma das duas pessoas com as quais tem uma vida familiar efectiva no Estado-Membro de acolhimento e que são mencionadas como sendo os seus progenitores na certidão de nascimento elaborada pelas autoridades deste último é protegida no artigo 7.º da Carta (ponto 62), sendo ademais «contrário aos direitos fundamentais que os artigos 7.º e 24.º da Carta garantem a essa criança privá-la da relação com um dos seus progenitores quando do exercício do seu direito de circular e de permanecer livremente no território dos Estados-Membros ou tornar-lhe o exercício desse direito, na prática, impossível ou excessivamente difícil pelo facto de os seus progenitores serem do mesmo sexo» (ponto 65).

⁶⁷ O acórdão *Coman e o.* (*cit. supra*, nota 15). Neste último, na verdade, não está em causa a paternidade de pessoas do mesmo sexo mas a própria relação (familiar) entre elas existente.

⁶⁸ Por Johann Meeusen, «Functional recognition of same-sex parenthood for the benefit of mobile Union citizens – Brief comments of the CJUE's Pancharevo judgement», *in GEDIP*.

⁶⁶ Ponto 49.

⁶⁷ Ponto 50.

⁶⁸ O que implica a liberdade destes para prever ou não, no seu direito nacional, o casamento entre pessoas do mesmo sexo e a parentalidade destas pessoas.

⁶⁹ Ponto 52, com citação expressa dos pontos 36 a 38 do acórdão *Coman e o.* (*cit. supra*, nota 15).

⁷⁰ Uma vez que a Constituição e o direito da família deste Estado não preveem a parentalidade de duas pessoas do mesmo sexo.

⁷¹ Ponto 55, com citação do ponto 44 do acórdão *Coman e o.* (*cit. supra*, nota 15).

O que não aconteceria no caso vertente onde «a obrigação de um Estado-Membro, por um lado, de emitir a uma criança, nacional desse Estado-Membro, que nasceu noutro Estado-Membro e cuja certidão de nascimento emitida pelas autoridades desse outro Estado-Membro de-

de pessoas do mesmo sexo⁷⁵, ao fundamentar a posição da interessada na ideia de que entre os direitos de que gozam os cidadãos da União se encontra o de levar a cabo uma vida familiar normal⁷⁶. E que permite que continuem intocadas as soluções do Estado de origem relativas ao direito da família, assim afastando do debate a alegação do respeito pela ordem pública daquele Estado-membro e da sua identidade constitucional, uma vez que se centra na exigência, que a este último é feita, da emissão de documentos de identidade e do reconhecimento dos documentos do Estado de acolhimento que lhe permitem o direito de livre circulação e permanência⁷⁷. Resta saber, como também se referiu já⁷⁸, até que ponto é que esta linha de abordagem, que enfatiza a separabilidade entre o estatuto como tal e algumas das consequências jurídicas que comum-

mente lhe são ligadas⁷⁹, ao afirmar-se válida para os direitos (que dificilmente poderão deixar de ser todos os) decorrentes da ordem jurídica da União poderá vir a ser cantonada aos direitos de circulação e residência.

⁷⁵ Uma vez que se limita a assegurar aos cidadãos da União o exercício dos seus direitos de livre circulação (assim implicando a emissão de documentos de circulação), sem requerer ao Estado-membro de origem que leve mais longe aquele reconhecimento.

⁷⁶ Direito cujo exercício decorre do reconhecimento do certificado de nascimento emitido pelo Estado de acolhimento.

⁷⁷ Dir-se-á assim que é por isso em bem menor medida que por esta forma se põe em causa a coesão das ordens jurídicas, que constitui, para alguns autores, um dos fundamentos da crítica que dirigem ao método do reconhecimento das situações [neste sentido, por exemplo, Yves Lequette, «Les Mutations du Droit International Privé: Vers un Changement de Paradigme? Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 387 (2015), p. 9-644 (594-619)].

⁷⁸ Cfr. o texto de Johann Meeussen *cit. supra* na nota 74.

⁷⁹ Não sendo por isso aparentemente obrigada a recorrer à referida metodologia do reconhecimento das situações. Sobre esta última, no domínio que nos importa, vejam-se Patrick Kinsch, «Recognition in 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 Siebr* (K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides, eds), The Hague, 2010, Eleven International Publishing, p. 232-275, 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 Audit*, Paris, 2014, L.G.D.J., p. 359-381, Matthias Lehmann, «Recognition as a substitute for Conflict of Laws?», in *General Principles of European Private International Law* (Edited by Stefan Lleible), Alphen aan den Rijn, 2016, Kluwer Law International, p. 11-43, e, entre nós, 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.

O QUE DIZ O SUPREMO

Fernanda Isabel Pereira
Juíza Conselheira Jubilada

A globalidade da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça neste 2º semestre de 2021 incidiu, maioritariamente, sobre questões jurídicas relativas à regulação das responsabilidades parentais, à promoção e protecção de menores e à casa de morada de família, sendo que outras, porventura com relevância, não foram objecto de conhecimento por força dos mecanismos de admissibilidade do recurso de revista em matéria de jurisdição voluntária.

Passaremos a enunciar algumas que, em nosso entender, podem suscitar particular interesse pelo enfoque das questões jurídicas suscitadas e sociais abordadas nesta área temática do direito da família e menores.

Regulação das responsabilidades parentais

No Acórdão proferido, em 30/11/2021, na revista excepcional 794/20.7T8VCT.G1.S1 -1ª secção cível foi apreciada a questão da guarda partilhada com residência alternada de filho menor com cada um dos progenitores e ainda equacionada a relevância das condições de habitação destes para a fixação de tal regime.

Estava em causa definir se a criança, com 6 anos de idade à data daquele Acórdão, deveria ser confiada aos cuidados do pai ou, como pedia a mãe, ser-lhe determinada a residência alternada com o pai e a mãe com guarda partilhada por ambos.

A 1ª instância, por sentença proferida em 14 de Dezembro de 2020, confiou a guarda do menor ao pai e fixou-lhe a residência habitual junto deste, estabelecendo o regime de visitas e contactos do mesmo com a mãe, decisão confirmada pelo Tribunal da Relação de Guimarães.

A alternância de residências como solução para regular o convívio do menor com os pais e a gestão das responsabilidades parentais tem sido objecto de discussão na doutrina e na jurisprudência, divergindo estas sobre as reais vantagens e desvantagens da sua admissibilidade.

Os seus opositores argumentavam, essencialmente, que esta medida seria desajustada para a consolidação dos hábitos e valores da criança, prejudicando a formação da sua personalidade, sobretudo em crianças de tenra idade, e que a alternância sistemática entre as duas casas envolveria separações repetidas de cada um dos progenitores e confrontação com padrões de vida diferentes, tudo constituindo fonte de insegurança e comprometendo a continuidade e unicidade da educação.

Para os defensores da alternância da residência, esta permite à criança ter com os pais uma relação afectiva mais aproximada da existente durante a vida em comum, defende a criança de possíveis «lealdades» e «escolhas» entre os progenitores e propicia o fortalecimento dos laços afectivos com ambos, fazendo senti-la integrada e com espaço

próprio nos dois lares que a acolhem e não mera visita de fim-de-semana e férias naquele em que não tem residência habitual.

O legislador veio pôr cobro a essa discussão com a Lei n.º 65/2020, de 4 de Novembro, ao alterar o artigo 1906.º do Código Civil, aditando-lhe, no que ora releva, o n.º 6, cuja redacção deixou claro que a residência alternada do filho menor não carece do acordo dos pais, deixando a sua determinação ao critério do tribunal, ponderadas as circunstâncias relevantes, o que é revelador de que considera que esta opção pode ter virtualidades e contribuir para o desenvolvimento equilibrado da criança.

Esta alteração legislativa entrou em vigor no dia 1 de Dezembro de 2021 (artigo 3.º), tendo ocorrido, por conseguinte, já na pendência do processo e antes de proferidas as decisões da 1.ª instância e da Relação.

O Supremo Tribunal de Justiça decidiu, porém, aplicar ao caso a lei nova (n.º 6 aditado ao artigo 1906.º do Código Civil), por força do comando legal insito no n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil, no segmento em que estabelece que, abstraindo dos factos que lhes deram origem, a lei nova deve aplicar-se às situações jurídicas que se constituíram na vigência da lei antiga e que transitam para o domínio da lei nova.

E, perante a divergência dos pais da criança relativamente à adequação caso do regime da residência alternada, questão central na controvérsia — opondo-se o pai e defendendo-a a mãe —, afirmou que a lei prescinde do acordo dos pais, mas não da competência e aptidão dos mesmos, sendo estes factores importantes a considerar na «ponderação das circunstâncias relevantes» de que fala a lei.

Na verdade, a competência e aptidão dos pais para o desempenho das funções parentais assumem-se como condição primeira e de verificação indispensável para, na salvaguarda do superior in-

teresse da criança — interesse primordial e subjacente a todas as decisões que envolvam os destinos de menores — a decisão a tomar. De facto, a residência alternada tem por finalidade conseguir alcançar o bem-estar e o crescimento harmonioso da criança, proporcionar-lhe uma vivência tão próxima quanto possível de ambos os progenitores, e não satisfazer o desejo, embora legítimo, de estes terem a criança consigo.

Norteados pelo valor do superior interesse da criança, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu ser a guarda conjunta, com residências alternadas, a medida que «*melhor pode preservar as relações de afecto, proximidade e confiança que ligam o filho a ambos os pais, sem dar preferência à sua relação com um deles, em detrimento do outro, o que necessariamente concorrerá para o desenvolvimento são e equilibrado do menor*».

Para tal decisão concorreram, essencialmente, o facto de ambos os progenitores mostrarem afecto pelo filho, não terem incapacidades educativas, possuírem famílias alargadas, embora uma mais do que outra, para os ajudarem a cuidar do mesmo. Também foi ponderada a circunstância de o pai trabalhar parte do tempo por turnos e, nesse período, ser a avó paterna a assumir o papel de cuidadora e educadora, podendo essa função ser desempenhada pela mãe nos períodos em que o filho residir consigo.

No percurso decisório o Supremo Tribunal de Justiça foi confrontado com o facto de o menor dispor de um quarto próprio em casa do pai, enquanto na casa da mãe terá de partilhar o quarto com esta e a tia materna, dado que ambas residem com os seus pais, avós maternos da criança.

No entanto, afastou essa objecção, levantada pelo pai, com base no entendimento de que, na perspectiva do superior interesse da criança, atenta a sua idade, não se trata de dificuldade com peso suficiente para afastar a convivência de maior pro-

ximidade com a mãe, sendo questão a ponderar e resolver pela mãe quando tal vier a causar desconforto ao filho.

Considerou ainda ser natural os progenitores não terem ou manterem o mesmo estilo de vida, podendo esse confronto de realidades ser enriquecedor para o desenvolvimento da criança.

Na verdade, o afecto, alimentado pela proximidade de progenitores numa solução que, não sendo ideal, é a que melhor proporciona ao filho a possibilidade de usufruir do amor, atenção e interesse de ambos em simultâneo, não se compadece com obstáculos de índole meramente económica ou de eventual maior conforto desde que não coloquem em causa o que verdadeiramente importa ao bem-estar e ao superior interesse de quem a lei quer, efectivamente, proteger.

Casa de morada de família

1. No Acórdão de 17/11/2021, proferido na revista 1074/18.T8VFX-A.L1.S1 -7ª secção cível colocava-se a questão de apurar os critérios normativos a aplicar, no âmbito de incidente de atribuição da casa de morada de família, para a determinação do valor da renda mensal a fixar.

As instâncias convergiram na decisão de atribuir o direito ao arrendamento daquela que fora a casa de morada de família à requerente, bem comum do dissolvido casal, à luz do estatuído no artigo 1793º nº1 do Código Civil, decisão que foi aceite pelas partes e não suscitou qualquer questão jurídica relevante.

Já no tocante ao montante da renda mensal a fixar divergiram, tendo o Tribunal da Relação reduzido o valor da renda fixado na 1ª instância, segmento decisório objecto do recurso de revista.

Decidindo em sintonia com a jurisprudência há muito pacífica do Supremo Tribunal de Justiça,

de que são exemplo os Acórdãos de 16/12/1999 (Proc. nº 99A998) e de 26/04/2012 (Proc. 33/08.9TMBRG.G1.S1), o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça confirmou a decisão da Relação, considerando que a determinação do valor da renda a pagar pelo ex-cônjuge a quem foi atribuído o arrendamento da casa de morada de família, seja esta bem próprio do outro ou bem comum, não tem de corresponder, necessariamente, ao respectivo valor locativo ou valor de mercado, havendo que tomar em consideração outros factores, designadamente, a situação patrimonial do arrendatário.

É o que se infere, claramente, do estabelecido no nº 2 do citado artigo 1793º que, apesar de submeter o arrendamento da casa de morada de família às regras do arrendamento para habitação, deixa ao critério do tribunal, após audição das partes, a definição das condições concretas por que há-de reger-se o contrato.

O que abrange, naturalmente, a contrapartida devida por aquele que usufrui em exclusivo para sua habitação um bem comum ou próprio do outro e permite que, na ponderação judicial concreta das circunstâncias dos ex-cônjuges, a fixação de uma compensação pecuniária ao ex-cônjuge privado do uso daquele bem não seja determinada pelos valores de mercado.

A decisão judicial tem, assim, subjacente uma avaliação das necessidades de cada um dos membros do ex-casal e o interesse dos filhos, o que pode passar pela determinação de um valor mensal a título de renda até significativamente inferior ao valor de mercado.

Este entendimento, como se referiu, dominante na jurisprudência é o que se adequa às razões subjacentes à previsão legal contida no artigo 1793º, assentes na solidariedade e protecção do cônjuge ou ex-cônjuge que mais seria atingido pela

separação ou pelo divórcio quanto à estabilidade da habitação familiar, e ao qual, porventura, os filhos hajam sido confiados.

Também noutras vertentes o divórcio, não obstante dissolva o casamento, não extingue completamente os deveres de solidariedade entre os ex-cônjuges, como resulta, designadamente, dos artigos 2009º, nº 1 alínea a), e 2016º do Código Civil.

2. O Acórdão de 01/07/2021, proferido na revista excepcional nº 5484/18.8T8VNG.P1.S1 — 2ª secção cível, em acção declarativa com processo comum, teve como questões essenciais a apreciar a da qualificação jurídica do acordo complementar relativo à utilização do imóvel destinado a casa de morada de família, no âmbito de processo de divórcio por mútuo consentimento, e do conceito de terceiro para efeitos de registo à luz do disposto no artigo 5º do Código do Registo Predial.

O litígio teve origem no facto de, posteriormente à homologação daquele acordo, acto que não foi levado ao registo, o ex-marido, proprietário exclusivo do imóvel onde estava instalada a casa de morada de família, o ter vendido e ter havido subsequente registo da aquisição do direito de propriedade a favor dos compradores, os quais vieram pedir, com base nesse direito, a entrega do imóvel, bem como uma compensação/contrapartida pela sua utilização a contar da data da citação.

No recurso de revista o Supremo Tribunal, apesar de ter por ultrapassada a qualificação jurídica do acordo relativo à utilização do imóvel homologado no processo de divórcio por mútuo consentimento, que as instâncias subsumiram à figura do direito real de habitação sem qualquer oposição das partes, não deixou de tecer algumas considerações sobre o assunto.

Começou por recordar as várias soluções avançadas pela doutrina para enquadrar juridicamente

a situação em que a casa de morada de família está instalada em imóvel propriedade comum, mas é usufruída por apenas um deles, como sejam, o arrendamento, a doação, o comodato, o usufruto e o direito real de habitação.

Considerou mesmo que a cedência gratuita da utilização do imóvel para habitação por parte do cônjuge proprietário ao outro cônjuge (e à filha de ambos), poderia encontrar acolhimento tanto na figura do contrato de comodato como no direito real de habitação, qualificação que não seria indiferente pelas consequências jurídicas daí resultantes.

Enquanto, como se escreveu no Acórdão a que nos referimos, o contrato de comodato confere ao comodatário um mero direito pessoal de gozo, de natureza obrigacional, insusceptível de produzir efeitos relativamente a terceiros, caracterizando-se pela sua natureza tendencialmente precária ou limitada (artigos 406º, nº 1, e 1129º do Código Civil), o direito real de habitação, sendo registado, está dotado da eficácia *erga omnes* típica dos direitos reais.

Neste «*prevalece o objectivo de satisfazer a necessidade de habitação do usuário e da sua família (art. 1484º), de modo semelhante ao que, por via legal, está previsto no art. 2103º-A ou, relativamente à união de facto, no art. 5º da Lei nº 7/01, de 12-5, na redacção introduzida pela Lei nº 23/10, de 30-8*».

O direito real de habitação, definido no artigo 1484º do Código Civil e cujo regime segue o do usufruto, incluindo a sua constituição e extinção, (artigos 1440º e 1476º *ex vi* do 1485º do Código Civil), consubstancia um encargo ou oneração do direito de propriedade de que era titular o vendedor (ex-cônjuge de uma das rés), ónus a que estava vinculado até ocorrer alguma das causas de extinção previstas na lei (citado artigo 1476º e artigo 4º nº 1 do Código do Registo Predial).

Tendo aquele bem sido alienado, a verdadeira e, podemos dizer, única questão a conhecer pelo Supremo Tribunal de Justiça reconduzia-se à *vexata quaestio* do conceito de terceiro para efeitos do registo predial, dado que a constituição do direito real de habitação que o onerava não foi registada.

Sobre esta matéria dissentiram as instâncias.

Com efeito, a 1ª instância decidiu que a falta de registo (artigo 2º, nº 1, al. a) do Código do Registo Predial) tornava ineficaz o direito real de habitação relativamente aos adquirentes do direito de propriedade, que levaram a registo a sua aquisição, por terem a qualidade de terceiros à luz do estabelecido no artigo 5º do Código do Registo Predial.

A Relação, por sua vez, decidiu que para se verificar a condição de terceiros a que alude o referido artigo 5º é exigível que se exista identidade de regime entre o direito que foi transferido em cada uma das ocasiões pelo titular do mesmo, concluindo pela inexistência, no caso, dessa coincidência por estarem em confronto um direito real de habitação (direito real menor) e um direito de propriedade (direito absoluto).

Na perspectiva do Tribunal da Relação, as partes neste processo só seriam terceiros entre si se, após a homologação do acordo que atribuiu o direito da ré à casa de morada de família, o seu ex-marido tivesse constituído a favor dos autores direito idêntico ao daquela relativamente ao mesmo imóvel, pelo que tal não ocorrendo a acção não podia triunfar.

A dificuldade na determinação do conceito de terceiros para efeitos registais quer na doutrina, quer na jurisprudência ficou bem patente nos dois Acórdãos Uniformizadores de Jurisprudência proferidos em sentido oposto pelo Supremo Tribunal de Justiça.

O primeiro — AUJ nº 15/97 —, com sentido mais amplo, entendeu que *«terceiros, para efeitos de registo predial, são os que, tendo obtido registo de um*

direito sobre determinado prédio, veriam esse direito ser arredado por um qualquer facto jurídico anterior não registado ou registado posteriormente».

O segundo — AUJ nº 3/99 —, decidiu que *«terceiros, para efeitos do disposto no artº 5º do CRP, são os adquirentes, de boa fé, de um mesmo transmitente comum, de direitos incompatíveis, sobre a mesma coisa».*

Esta doutrina, mais restritiva e concisa, foi melhor acolhida pela doutrina e pela jurisprudência e veio a ser a consagrada no nº 4 do artigo 5º do Código do Registo Predial em vigor.

Na interpretação normativa deste texto legal o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça acolheu a doutrina deste último AUJ, citando a impressiva e oportuna conclusão do Parecer nº 101/2011 SJC-CT do Conselho Consultivo dos Registos e Notariado, publicado em <https://www.irn.mj.pt>, no sentido de que *«a ineficácia relativamente a terceiros do acto sujeito a registo não depende da equivalência dos direitos sucessivamente transmitidos, antes da incompatibilidade total ou parcial entre ambos. Basta, pois, que a coexistência dos direitos sucessivamente constituídos de forma voluntária determine uma sobreposição parcial traduzida numa oneração, compressão ou redução dos poderes do proprietário».*

E decidiu estarem aqui em confronto dois direitos sujeitos a registo, adquiridos do mesmo autor comum (o anterior proprietário e ex-marido de uma das rés) e parcialmente incompatíveis entre si, na medida em que a constituição do direito real de habitação a favor da ré, que foi casada com o anterior proprietário do imóvel e o alienou, restringiu os poderes de uso e fruição inerentes ao direito de propriedade adquirido pelos autores, compradores do mesmo.

A omissão no registo da constituição daquele encargo, apesar de a ele estar sujeita, não conferiu àquele acto a publicidade e consequente seguran-

ça jurídica visadas pelo registo predial, pelo que, provindo o mesmo e a alienação do imóvel de autor comum e tratando-se de direitos parcialmente incompatíveis, foi concedida a revista e a acção foi julgada procedente.

Prestação de contas entre ex-cônjuges

O Acórdão de 30/11/2021 foi proferido na revista excepcional nº 1120/09.1.TMLSB-C.L2.S1 — 1ª secção cível, em processo especial de prestação de contas, deduzido por apenso a processo especial de inventário subsequente a processo de divórcio sem consentimento do outro cônjuge.

Do extenso Acórdão, motivado pelas múltiplas questões de índole processual suscitadas, importa aqui considerar o segmento que analisou se, no âmbito de acção especial de prestação de contas, pode equiparar-se a receita (crédito) o valor de uso do imóvel, pertencente ao património comum, habitado em exclusivo por um dos ex-cônjuges, questão que pressupõe, necessariamente, que se averigúe se se está perante um crédito exigível pelo ex-cônjuge não utilizador.

Reconhecida e declarada, numa primeira fase, a obrigação de prestar contas, embora com alcance mais reduzido do que o requerido pretendia, o Tribunal de 1ª instância acabou por responder negativamente àquela questão, decisão secundada pelo Tribunal da Relação, que julgou a apelação improcedente.

Submetida, ainda, esta questão ao conhecimento do Supremo Tribunal de Justiça, mereceu idêntica decisão.

Acompanhando o Tribunal da Relação, afirmou o Supremo Tribunal de Justiça que o uso exclusivo de imóvel pertencente ao património comum por um dos ex-cônjuges não é, necessariamente, susceptível de gerar a existência de um crédito compensatório a favor do outro, havendo tal de resultar das circunstâncias do caso concreto.

Na falta de acordo de que resultasse uma qualquer obrigação de pagamento pela utilização do imóvel, qualquer uma das partes podia requerer depois da instauração da acção de divórcio a fixação judicial de um regime provisório (artigo 1407º, nº 7, do anterior Código de Processo Civil, com correspondência no actual artigo 931º, nº 7) e, após o divórcio, a atribuição da casa de morada de família (artigo 1413º do anterior Código de Processo Civil, correspondente ao actual artigo 990º e artigo 1793º do Código Civil) em conformidade com a previsão do artigo 1793º do Código Civil.

A permanente ocupação, ao longo dos anos e de forma estável, por um dos ex-cônjuges, com o conhecimento do outro, sem que este tivesse diligenciado pela fixação (por acordo ou judicialmente) de um regime que regulasse a utilização da casa de morada de família, tendo a seu dispor mecanismos legais para esse efeito, consubstancia um acordo tácito, nos termos do disposto no artigo 217º do Código Civil, pelo que só o enriquecimento sem causa poderia fundamentar a imputação de qualquer obrigação de pagamento ao ex-cônjuge que usufrui a casa de morada de família instalada em bem comum.

Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, esse acordo tácito, alicerçado na inacção processual das partes e que perdurou, apesar de decretado o divórcio, esteve na origem da manutenção da ocupação do imóvel comum.

Donde resulta a não verificação de um pressuposto indispensável — a falta de causa do pretensão enriquecimento — para o reconhecimento de qualquer crédito em contrapartida/ compensação da dita utilização à luz do instituto do enriquecimento sem causa previsto no artigo 473º do Código Civil, requisito a demonstrar pelo credor por constitutivo do direito invocado.

Abordando, ainda assim, a questão da possibilidade de a pretendida compensação constituir objecto da pretensão deduzida no âmbito da prestação de contas, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça entendeu que não pode ser tido como receita ou a ela ser equiparado o eventual crédito compensatório em causa, correspondente ao valor de uso exclusivo do prédio comum pertencente ao ex-casal por apenas um deles, por não se traduzir em rendimentos efectivos.

Na verdade, o valor a atribuir àquele uso, que pode ou não corresponder ao valor de mercado, não pode ser considerado como «*receita*» em sentido técnico-jurídico para os efeitos do disposto no artigo 1014º do Código de Processo Civil, então em vigor, e actual artigo 941º, já que o processo de prestação de contas visa unicamente apurar e aprovar as receitas — contabilizar os proventos concretos efectivamente obtidos, ou seja, as quantias efectivamente recebidas — e as despesas realizadas por quem administra bens alheios e, bem assim, proceder, sendo caso disso, à condenação no pagamento do saldo que venha a ser apurado.

Será na fase da liquidação da comunhão, em processo especial de inventário, que cada um dos ex-cônjuges deve conferir ao património comum tudo o que lhe deve, designadamente, compensar aquele património pelo uso exclusivo em seu benefício do imóvel comum onde se situa a casa de morada de família, aplicando, dizemos nós, o mecanismo previsto nos artigos 1105º, nº 3, 1092º e 1093º do Código de Processo Civil em vigor, caso o obrigação de compensação não esteja pré-fixada (judicialmente ou por acordo) e seja necessário obter condenação judicial nesse sentido em acção declarativa que assegure o necessário exercício do contratidório que garanta os direitos das partes.

Este entendimento não é, contudo, pacífico, tendo o Supremo Tribunal de Justiça decidido já em sentido contrário, no Acórdão de 07-12-2010 tirado por maioria (Revista n.º 42-C/2002.G1.S1), ao que se crê inédito.

Revisão de sentença estrangeira – união estável entre duas pessoas do mesmo sexo

O Acórdão de 23/09/2021, proferido na revista nº 2247/20.4YRLSB.SB.S1 — 2ª secção cível, recaiu sobre acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa que, em acção de revisão de sentença estrangeira, concedeu a revisão, para o efeito de confirmação, de sentença proferida ao abrigo do direito brasileiro que reconheceu judicialmente a condição de união de facto entre duas pessoas do mesmo sexo.

No recurso de revista vinham colocadas como questões nucleares a apreciar saber se a decisão revidenda ofendia a ordem pública internacional do Estado Português e se ao caso concreto deveria ser aplicável a lei portuguesa e não a brasileira.

A estas questões respondeu proficientemente o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.

Sendo consensual que o direito português consagra um sistema de revisão meramente formal das decisões proferidas por tribunais estrangeiros, essa confirmação está, contudo, sujeita à observância de um conjunto de requisitos necessários enunciados no artigo 980º do Código de Processo.

Um deles exige que o reconhecimento da decisão revidenda não conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios de ordem pública internacional do Estado Português (al. f)).

Como se afirmou no Acórdão em análise, seguindo doutrina e jurisprudência pacificamente aceites, a excepção de ordem pública internacional ou reserva de ordem pública tem por finalidade

impedir que a aplicação de uma norma estrangeira conduza, no caso concreto, a um resultado intolerável. Esta exigência recai sobre os efeitos jurídicos da decisão revidenda, sobre o resultado a que esta conduziria, não envolvendo os seus fundamentos ou o seu mérito.

A decisão revidenda reconheceu existir uma «união estável» entre duas pessoas do mesmo sexo desde 1970 até à morte de uma delas, em 26 de Abril de 2012, ao abrigo do disposto no artigo 1723º do Código Civil Brasileiro, nos termos do qual «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».

Sobre este normativo escreveu-se no Acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios...137 (citado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça e acessível na internet) que «O principal e inafastável elemento para o reconhecimento da união estável é (...) o teleológico ou finalístico: o objectivo de constituição de família» e mais adiante que «Essa aparência de casamento, essa finalidade de constituição de um núcleo estável familiar é que deverá ser investigada em primeiro lugar, pelo intérprete, ao analisar uma relação apontada como de união estável. Trata-se da essência do instituto no novo sistema constitucionalizado, diferenciando uma união estável de uma relação meramente obrigacional».

Também no Acórdão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro de 19-05-2011, igualmente citado no Acórdão a que nos vimos referindo, se escreveu que «os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias

modalidades de entidade familiar» e que «O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil permite a equidade na busca da Justiça. O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa e que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal — a de união estável — com a evidente exceção da diversidade de sexos.»

Acrescentando ainda o mesmo aresto que «Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1521 do Código Civil, na redacção de 2002, com a exceção do inc.VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos.»

A decisão revidenda decidiu em conformidade com esta doutrina.

As uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo estão reconhecidas na lei portuguesa desde a entrada em vigor da Lei nº 7/2001, de 11 de Maio, a qual confere aos seus destinatários, independentemente do sexo dos parceiros, direitos no campo laboral, fiscal, e ainda no que respeita à segurança social e à casa de morada de família.

Para o reconhecimento da união de facto é indispensável, face à nossa legislação, a coabitação entre duas pessoas, sendo irrelevante o seu sexo. É a comunhão de mesa, leito e habitação, em condições análogas às dos cônjuges, por mais de dois anos que a caracteriza (artigo 1º, nº 1, da Lei nº 7/2001).

Neste quadro legal o Supremo Tribunal de Justiça considerou que a decisão revidenda não colide com os princípios de ordem pública internacional do Estado Português, não existindo por esta via obstáculo à pretendida revisão e confirmação.

Para tanto salientou que a circunstância de a lei brasileira permitir reconhecer como situação jurídica relevante a «união estável» entre duas pessoas com a finalidade de constituir um núcleo familiar, sem exigir expressamente a comunhão de vida, traduzida na falada comunhão de mesa, leito e habitação, mas em que se verificou uma objectiva «constituição de um lar» num relacionamento que perdurou de 1970 a 2012 e cessou por morte de um dos membros dessa união, apresenta tal similitude com a teleologia da lei portuguesa que afasta a verificação da excepção referida.

A segunda questão suscitada caía na previsão do artigo 983º, nº 2, do Código de Processo Civil, o qual permite a impugnação do pedido de revisão e confirmação de sentença estrangeira contra pessoa singular ou colectiva de nacionalidade portuguesa, podendo aquela fundar-se em que o resultado da acção lhe teria sido mais favorável se o tribunal estrangeiro tivesse aplicado o direito material português, quando por este devesse ser resolvida a questão segundo as regras das normas de conflitos da lei portuguesa.

Também este fundamento da oposição naufragou.

Além de salientar que o segmento em que se firmou a decisão revidenda no qual refere que

«(...) O autor obteve êxito em comprovar, que vivia em relacionamento familiar estável, público, contínuo e duradouro com CC, respaldado pelo afeto, formando um núcleo familiar semelhante ao casamento», situação que não revelando uma «habitação contínua», sempre poderia conduzir ao reconhecimento da situação de união de facto em face da lei portuguesa, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça entendeu que, na ausência de uma norma de conflitos para a união de facto no nosso direito interno, haveria que criar, com recurso à analogia (artigo 10º, nºs 1 e 2, do Código Civil), norma idêntica à que regula as relações entre os cônjuges estabelecida no artigo 52º do Código Civil.

A integração da lacuna nestes moldes vai, aliás, na linha da analogia expressamente estabelecida no artigo 1º, nº 2, da referida Lei nº 7/2001, de 11 de Maio, entre a união de facto e o casamento ao exigir que os parceiros dessa união vivam em condições análogas às dos cônjuges.

Donde, tendo, no caso da sentença revidenda, tendo apenas um dos membros (o já falecido) nacionalidade portuguesa, impunha-se a aplicação da lei da sua residência habitual e, faltando esta, a do país com o qual a vida familiar se achava mais estreitamente conexas (nº 2 do artigo 52º do Código Civil).

Logo, a lei brasileira era, como foi, a aplicável, arredada ficando a aplicação da norma de conflitos consagrada no artigo 25º do Código Civil.

Jurisprudência

SUMÁRIOS DOS ACÓRDÃOS DO STJ

Seleção de sumários de acórdãos proferidos pelas secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça relevantes para o direito da família (2.º semestre de 2021)

Os acórdãos selecionados não têm 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.

A seleção dos sumários dos Acórdãos aqui reproduzidos ficou a cargo dos Juizes Assessores Rui Machado; Ana Luísa Dias; Joana Salvador; Carolina Girão e Ana Sofia Rodrigues.

Julho

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01 de julho de 2021

Processo: Revista n.º 5484/18.8T8VNG. P1.S1 – 2.ª Secção

Relator: Abrantes Geraldes

Tomé Gomes

Maria da Graça Trigo

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/eff40284c721bd2280258706005c7f31?OpenDocument>

Palavras chave:

Divórcio

Casa de morada de família

Negócio jurídico

Direito de habitação

Direito real

Registo predial

Inoponibilidade do negócio

Terceiro

Contrato de compra e venda

Sumário:

I – O acordo realizado no âmbito de um processo de divórcio por mútuo consentimento, mediante o qual a um dos cônjuges, a título gratuito, foi atribuída a utilização da casa de morada de família situada num imóvel habitacional que era propriedade exclusiva do outro cônjuge, traduz a constituição, por via negocial, de um direito real de habitação a favor do primeiro, nos termos do art. 1440.º, *ex vi* art. 1485.º do CC.

II – A aquisição de direitos reais, como o direito real de habitação, está sujeita a registo predial (art. 2.º, n.º 1, al. a), do CRgP, sob pena de ineficácia quanto a terceiros, isto é, para aqueles que adquiram do autor comum direitos incompatíveis (art. 5.º, n.º 4, do CRgP).

III – A ineficácia em relação a terceiros de atos sujeitos a registo predial não ocorre apenas quando exista equivalência entre os direitos sucessivamente constituídos pelo autor comum, mas também quando tenham natureza e conteúdos diferentes, como ocorre no confronto entre a constituição de um direito real de habitação sobre um imóvel e a subsequente transmissão do direito de propriedade a outra pessoa.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01 de julho de 2021

Processo: Revista n.º 4145/20.2T8PRT-B.
P1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Maria da Graça Trigo
Rosa Tching
Catarina Serra

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/2cd85e8b74d94f6180258706005e4d14?OpenDocument>

Palavras chave:

Processo tutelar
Regulação das responsabilidades parentais
Decisão provisória
Recurso de revista
Admissibilidade de recurso
Oposição de julgados

Sumário:

I – No âmbito do art. 28.º do RGPTC, decisões provisórias e decisões cautelares são equiparáveis, sendo-lhes aplicável a regra da irrecorribilidade para o STJ do art. 370.º, n.º 2, do CPC, na qual apenas se excepcionam os casos em que o recurso é sempre admissível.

II – A questão da legalidade e constitucionalidade de uma decisão de regulação das responsabilidades parentais que condiciona ou limita a deslocação da criança, e do progenitor com o qual aquela reside, para o estrangeiro equaciona-se em termos diferentes se estiver em causa uma decisão provisória ou antes uma decisão definitiva, não sendo, por isso, possível considerar-se que a decisão proferida no acórdão-fundamento se encontra em contradição com a decisão proferida no acórdão recorrido. Deste modo, não se verificam os pressupostos de admissibilidade do art. 629.º, n.º 2, al. d), do CPC (conjugado com os arts. 370.º, n.º 2, *in fine*, e 671.º, n.º 2, al. a), do CPC).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06 de julho de 2021

Processo: Revista n.º 1487/17.8T8BGC.
G1.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-003fa814/4ef0576c83dbc9568025871200537832?OpenDocument>

Palavras chave:

Investigação de paternidade
Paternidade biológica
Perfilhação
Prazo de caducidade
Ónus da prova
Acórdão uniformizador de jurisprudência
Factos complementares
Reapreciação da prova
Poderes da Relação
Presunções judiciais
Poderes do Supremo Tribunal de Justiça
Livre apreciação da prova

Sumário:

I – Fora do matrimónio, a paternidade estabelece-se por reconhecimento que, por seu turno, se efetua por perfilhação ou decisão judicial em ação de investigação (arts. 1796.º, n.º 2, e 1847.º, do CC).

II – A causa de pedir é o vínculo biológico de progenitura que, pretensamente, liga o réu às filhas.

III – De acordo com as alterações introduzidas pela Lei n.º 14/2009, de 01-04, a ação de investigação da paternidade apenas pode ser proposta durante a menoridade do investigador ou nos dez primeiros anos subsequentes à sua maioridade ou emancipação (art. 1817.º, n.º 1, *ex vi* do art. 1873.º do CC).

IV – Sobre o prazo regra, o investigador dispõe ainda, contudo, para intentar a ação, de mais três anos ulteriores à ocorrência de algum dos factos referidos no art. 1871.º, n.º 3, als. a), b) e c), do CC. O art. 1817.º, n.º 3, al. b), do CC, prevê a hipótese de o investigador haver tido conhecimento de factos suscetíveis de fundamentar a ação após ter expirado o prazo de dez anos. A existência do tratamento como filho permite a propositura da ação de investigação da paternidade três anos após a sua cessação.

V – O tratamento como filho não se confunde com a posse de estado.

VI – Segundo o AUJ de 17-09-2020, compete pois ao réu a prova da cessação voluntária do tratamento como filho nos três anos anteriores à propositura da ação (art. 1817.º, n.º 4, do CC).

VII – Se os factos alegados pelas partes ficarem aquém do conjunto de factos principais, aqueles factos que faltem para completar esse leque podem resultar da instrução da causa e integrarão a matéria de facto do processo, nos termos do art. 5.º, n.º 2, al. b), do CPC.

VIII – Entre os poderes do tribunal da Relação, na reapreciação e valoração dos meios de prova sujeitos à livre apreciação e na formação da sua convicção com autonomia do juízo feito pelo Tribunal de 1.ª instância, encontra-se aquele de recorrer a presunções judiciais (arts. 349.º e 351.º, do CC).

IX – O STJ apenas pode censurar o recurso a presunções judiciais pelo tribunal da Relação no caso de ofensa de norma legal, se partir de factos não provados ou de evidente ilicitude.

X – As als. b) e c) do n.º 3 do art. 1817.º do CC contêm facti-species de muito difícil distinção, não se compreendendo igualmente a referência a casos de “inexistência de maternidade/paternidade determinada”, pois que, supostamente, em todas as situações previstas na norma se tende a estabelecer

a maternidade/paternidade juridicamente ainda inexistente.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07 de julho de 2021

Processo: Revista n.º 51/14.8T8VPA-G.G1.S1 – 6.ª Secção

Relatora: Graça Amaral

Maria Olinda Garcia

Ricardo Costa

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5de1d2f991e76cca80258710003d71e7?OpenDocument>

Palavras chave:

Processo de jurisdição voluntária
Casa de morada de família
Admissibilidade de recurso
Recurso de revista
Critérios de conveniência e oportunidade
Matéria de facto
Rejeição de recurso
Reclamação para a conferência

Sumário:

I – Nos processos de jurisdição voluntária a admissibilidade do recurso de revista está condicionada ao pressuposto de a decisão impugnada assentar em critérios de legalidade estrita.

II – Em acção destinada à atribuição da casa de morada de família, apensa ao processo onde foi proferida sentença que decretou o divórcio e homologou o acordo celebrado quanto ao destino da casa de morada de família até à partilha de bens (atribuindo-a ao réu), não é passível de revista, por imposição dos arts. 988.º, n.º 2, e 674.º, n.º 3, ambos do CPC, o acórdão da Relação que, após alterar a matéria de facto com base em depoimento de testemunha, decidiu atribuir à autora a casa de

morada de família, por considerar a solução mais ajustada em face da apreciação da realidade fáctica apurada.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de julho de 2021

Processo: Revista n.º 1906/20.6T8VCT.G1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Catarina Serra

João Cura Mariano

Fernando Baptista

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/010cf9c76a16b4b780258714004d138e?OpenDocument>

Palavras chave:

Processo de promoção e proteção
Interesse superior da criança
Progenitor
Filiação
Medida de confiança com vista a futura adoção
Revista excecional
Dupla conforme
Processo de jurisdição voluntária
Interpretação da lei

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 de 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 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*”.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de julho de 2021

Processo: Revista n.º 51/17.6T8MGD.G1.S1 – 2.ª Secção

Relator: João Cura Mariano (Relator)

Fernando Baptista

Vieira e Cunha

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/1c68d8524bac13a580258714004d363b?OpenDocument>

Palavras chave:

Processo de acompanhamento de maiores
Conselho de família
Impedimentos
Arguido
Assistente
Conflito de interesses

Sumário:

A pessoa denunciada e constituída arguida num inquérito criminal, em que é queixosa e assistente

a pessoa sujeita a uma medida de acompanhamento, encontra-se numa posição que é subsumível à situação prevista, no art. 1933.º, al. g), do CC, pelo que se encontra impedida de integrar o conselho de família da acompanhada, nos termos do art. 1953.º, n.º 1, do CC.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de julho de 2021

Processo: Revista n.º 1634/11.3TMPRT-B.
P1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Manuel Capelo
Tibério Nunes da Silva
Maria dos Prazeres Beleza

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/1abb3dd0420b283a8025871400573e0e?OpenDocument>

Palavras chave:

Regime de comunhão de adquiridos
Doação
Bens próprios
Cheque
Depósito
Conta conjunta

Sumário:

I – No regime da comunhão de adquiridos e nos termos do art. 1722.º, n.º 1, al. b), do CC, por regra, são bens próprios do donatário aqueles que lhe tenham sido destinados pelo doador.

II – Vale como indicação desse destino um cheque emitido pelos pais unicamente à ordem da filha, casada no regime da comunhão de adquiridos, e sem que haja qualquer outra declaração expressa ou relevável dos doadores de que o valor inscrito era para o casal.

III – A circunstância de aquele valor ter sido posteriormente depositado numa conta conjunta

do casal e ter sido utilizada na compra de um imóvel por ambos os cônjuges não é suficiente para demonstrar que o valor do cheque foi doado ao casal uma vez que nos termos do art. 1729.º do CC é na vontade do doador que se deve certificar se ele doou à filha ou ao casal.

Agosto

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de agosto de 2021

Processo: Revista n.º 2476/18.0T8VFX-B.
L1.S1 – 2.ª Secção

Relator: Jorge Dias
Ferreira Lopes
Catarina Serra

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/66c8a97c80d937728025873c00430f0c?OpenDocument>

Palavras chave:

Processo de promoção e proteção
Medida de promoção e proteção
Prorrogação do prazo
Processo penal
Absolvição de crime
Factos relevantes
Interpretação da lei
Interesse superior da criança

Sumário:

I – Os mesmos factos, podendo não preencher os elementos, objetivo e subjetivo, de um tipo de crime, não deixam de ter relevância. Podem relevar para efeitos disciplinares ou fundamento de aplicação de uma medida de promoção e proteção e os factos provados no processo-crime eram suficientemente graves para colocar a criança em risco

e, por isso foram fundamento de aplicação da medida de proteção.

II – Os prazos estipulados no art. 60.º da LPC-JP reportam-se a cada uma das medidas, individualizadas e em separado.

III – Quando uma medida de proteção não atinge a finalidade que a execução da mesma pressupõe, essa medida de proteção pode/deve ser substituída por outra com a qual se preveja será atingido o objetivo, sempre ponderando o superior interesse da criança.

Setembro

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08 de setembro de 2021

Processo: Revista n.º 6810/20.5T8ALM.
L1.S1 – 2.ª Secção
Relator: Vieira e Cunha
Abrantes Geraldês
Tomé Gomes

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b74975fdd4b8a1028025874b003c1254?OpenDocument>

Palavras chave:

Entrega judicial de menor
Processo tutelar
Processo de jurisdição voluntária
Convenção da Haia
Rapto internacional de menores
Interesse superior da criança
Responsabilidades parentais
Mudança de residência
Interpretação da lei
Admissibilidade de recurso
Recurso de revista
Critérios de conveniência e oportunidade
Matéria de direito

Sumário:

I – Se, no acórdão proferido em apelação, se invocou o art. 11.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27-11-2003 (possibilita o pedido às autoridades competentes do Estado-Membro de decisão baseada na Convenção de Haia de 25-10-80, a fim de obter o regresso de uma criança ilicitamente deslocada ou retida num Estado-Membro), o art. 11.º da Convenção de Haia (procedimentos de urgência com vista ao regresso da criança) e se ponderou a aplicação do art. 13.º, al. b), da Convenção – exceção à aplicação do regime de recondução das crianças para o país onde se encontravam antes da actuação ilegítima (por risco grave de perigos de ordem física ou psíquica ou de qualquer outra situação intolerável), o juízo de conveniência e oportunidade de aplicação de medidas foi um juízo de integração dos factos apurados na lei vigente, pelo que era possível o recurso de revista.

II – A filiação não matrimonial (tanto como a matrimonial) confere a ambos os progenitores o exercício das responsabilidades parentais, devendo este exercício ser realizado conjuntamente por ambos os progenitores, ou só por um com o consentimento expresso ou tácito do outro; em caso de desacordo, qualquer dos progenitores poderá recorrer ao tribunal, que atribuirá a faculdade de decidir a um deles, pelo que se exige, como condição da ilicitude da deslocação ou retenção, que a guarda estivesse efectivamente a ser exercida pelo progenitor que pretende o regresso da criança deslocada ou retida, ou devesse estar, se isso não tivesse sucedido.

III – O preceito da al. b) do art. 13.º da Convenção de Haia – verificação de risco grave de uma criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro

modo, a ficar numa situação intolerável – deve ser interpretado à luz da primazia atribuída ao superior interesse da criança nas decisões que lhe dizem respeito pelo art. 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança; nesta conformidade, nem todos os fundamentos de oposição ao regresso da criança devem ser interpretados restritivamente.

IV – Para uma criança com 16 meses de idade (à data do acórdão) ou 11 meses (à data da sentença), que privou permanentemente com a mãe, que assim se constituiu como figura afectiva de referência para a criança, a separação física operada pelo regresso a Espanha é de considerar uma violência, susceptível de afectar o equilíbrio psíquico da criança, constituindo uma situação intolerável.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de setembro de 2021

Processo: Revista n.º 1480/18.3T8LSB-A.
L1.S1 – 1.ª Secção
Relator: Fernando Samões
Maria João Vaz Tomé
António Magalhães

<http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/afcd615ec37c14318025875800567330?OpenDocument>

Palavras chave:

Casa de morada de família
Processo de jurisdição voluntária
Critérios de conveniência e oportunidade
Necessidade de casa para habitação
Divórcio
Culpa
Proteção da vida privada
Constitucionalidade
Crime
Prova proibida
Prova testemunhal
Quebra de sigilo bancário

Dever de sigilo
Empréstimo bancário
Questão nova
Poderes do Supremo Tribunal de Justiça
Violação de lei
Livre apreciação da prova
Princípios de ordem pública portuguesa
Ónus da prova
Igualdade das partes
Renda
Pagamento
Presunção judicial
Custas
Arguição de nulidades
Falta de fundamentação
Dever de fundamentação
Documento
Exame crítico das provas
Oposição entre os fundamentos e a decisão
Omissão de pronúncia

Sumário:

I – A nulidade das decisões judiciais por falta de fundamentação só ocorre no caso de ausência absoluta, e não de sucinta, deficiente, incompleta ou insuficiente motivação e não abrange eventuais erros de julgamento.

II – A nulidade por oposição da fundamentação com a decisão reside na oposição entre a decisão e os fundamentos em que ela assenta, apenas se verificando quando os fundamentos de facto e de direito invocados pelo julgador deveriam conduzir logicamente a um resultado oposto ao expresso na decisão, sem incluir o erro de julgamento, pelo que não padece daquele vício o acórdão que contém os fundamentos que conduzem logicamente à decisão e é fundada em erro de julgamento.

III – A falta de análise, em sede de recurso de apelação, de documentos juntos ao longo do processado pelo requerido/apelado que não contralegou, não constitui nulidade por omissão de

pronúncia.

IV – Não existe valoração proibida de depoimento testemunhal por violação do sigilo bancário quando não é invocada aquando da prestação do depoimento nem posteriormente antes da revista.

V – O factor culpa nos casos em que as necessidades de ambos os membros do ex-casal sejam iguais ou sensivelmente iguais constitui um critério suplementar que pode ser atendido, nos termos do art. 1793.º, n.º 1, do CC.

VI – Compete ao requerente provar a sua necessidade justificativa de atribuição da casa de morada de família em arrendamento, competindo ao requerido o ónus da prova de que necessita *mais* da casa, enquanto facto impeditivo do direito daquele, tudo à luz do disposto no art. 342.º, n.ºs 1 e 2, do CC, por forma a melhor salvaguardar a igualdade substancial das partes no processo e a efectividade da tutela do correspondente direito.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de setembro de 2021

Processo: Revista n.º 2247/20.4YRLSB.S1 – 2.ª Secção

Relator: Vieira e Cunha

Abrantes Geraldês

Tomé Gomes

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0ad9a653d026b8da8025875a0033f0c4?OpenDocument>

Palavras chave:

Revisão de sentença estrangeira

União de facto

Princípios da ordem pública portuguesa

Analogia

Nacionalidade

Residência habitual

Sumário:

I – Na exegese do disposto na al. f) do art. 980.º do CPC, entende-se que a acção preclusiva da ordem pública internacional incide directa e unicamente sobre os efeitos jurídicos que, para o caso, defluem da lei estrangeira e não sobre a lei em si e que qualquer apreciação de mérito está afastada, restando verificar se o resultado da decisão vai contra alguma norma ou princípio que deva considerar-se intocável, na ordem jurídica do Estado português.

II – Não ofende a ordem pública internacional do Estado português a decisão judicial brasileira que reconheceu a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo, à semelhança da união de facto em Portugal, ainda que a decisão revidenda tenha entendido que “não é necessário que o casal resida sob o mesmo teto para a constituição da união estável”.

III – Mesmo na ausência de uma “coabitação contínua”, os factos relatados podem conduzir ao reconhecimento da situação de união de facto, na lei portuguesa.

IV – Se a informalidade da constituição da união de facto não é suficiente para desencadear todas as consequências de um casamento, não fica excluída a possibilidade de aplicação analógica à união de facto de algumas normas próprias da união conjugal.

V – Se existe norma de conflitos para a “forma do casamento” e para as “relações entre os cônjuges” – arts. 50.º e 52.º do CC, mas não existe norma semelhante para a união de facto, seria necessário que existisse tal norma, face à crescente desformalização das relações afectivas, de convívio e de comunhão material entre os seres humanos e à crescente internacionalização de tais referidas relações.

VI – Tal lacuna deve ser preenchida pelas nor-

mas aplicáveis ao caso análogo das relações entre os cônjuges, que, não tendo eles a mesma nacionalidade, são reguladas pela lei da sua residência habitual comum e, na falta desta, a lei do país com o qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexa (art. 52.º, n.º 2, do CC).

Outubro

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de outubro de 2021

Processo: Revista n.º 310/13.7TVLSB.L1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Maria da Graça Trigo

Rosa Tching

Catarina Serra

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9385c320471b1fd8025876f0049423e?OpenDocument>

Palavras chave:

União de facto
Direito de regresso
Empréstimo bancário
Responsabilidade solidária
Enriquecimento sem causa
Subsidiariedade
Sub-rogação
Obrigações naturais
Inexigibilidade
Abuso do direito
Erro na apreciação das provas
Poderes do Supremo Tribunal de Justiça
Princípio da livre apreciação da prova
Arguição de nulidades
Falta de fundamentação
Condenação em objeto diverso do pedido

Sumário:

I – A invocação de vícios relativos à apreciação da matéria de facto não corresponde à arguição de

qualquer nulidade da decisão, antes consubstancia a invocação de uma situação de erro de julgamento de facto, a ser apreciada, como tal, nos termos e com os limites em que esta é sindicável em sede de recurso de revista.

II – As alegadas contradições entre a decisão de facto e a respectiva fundamentação encontram-se manifestamente excluídas da intervenção do STJ, na medida em que redundaria numa sindicância da fundamentação da convicção sobre a matéria de facto formada pelas instâncias, quando a intervenção do STJ se limita aos casos de contradição inerente à própria decisão de facto.

III – Os direitos dos unidos de facto a que se refere o art. 8.º da Lei n.º 7/2001, de 11-05 são apenas os direitos elencados no art. 3.º do mesmo diploma, não compreendendo o dito art. 8.º todo e qualquer direito subjectivo em relação ao qual a união de facto e a dissolução da mesma se assumem como factos constitutivos do direito.

IV – Não merece censura o entendimento do acórdão recorrido, a propósito do segundo empréstimo dos autos, que, considerando a formulação dos pedidos em principal e subsidiário, entendeu, em síntese, encontrarem-se preenchidos os pressupostos do direito de regresso a favor do autor por efeito da aplicação do regime de solidariedade da dívida assumida pelas partes, tendo condenado a ré a pagar a parte suportada pelo autor que lhe caberia na liquidação da dita dívida, ao abrigo do art. 524.º do CC.

V – Em relação ao primeiro empréstimo, tendo ficado provado que foi o autor quem suportou a quase totalidade das prestações do empréstimo, sempre terá ele direito ao respectivo reembolso, seja por via do art. 644.º do CC, pois cumpriu a obrigação fidejussória sem que a ré tenha comprovado a excepção invocada de ter contribuído para a amortização das prestações, seja por via da liquidação da situação patrimonial

decorrente da união de facto, com apelo ao instituto do enriquecimento sem causa, por ter ficado demonstrado um enriquecimento da ré à custa do autor, na parte correspondente à amortização do empréstimo contraído para aquisição da fracção habitacional.

VI – Num agregado familiar com o dos autos, composto pelos unidos de facto, pelo filho de ambos e ainda pelos três filhos da ré, não pode sufragar-se a qualificação do contributo da ré para as despesas comuns como consistindo no cumprimento de obrigações naturais, consistindo antes, nos termos dos arts. 1879.º e 1889.º do CC, no cumprimento de verdadeiras obrigações civis.

VII – A factualidade provada não permite dar como provado que tenha existido uma situação de desproporção entre os contributos que cada uma das partes foi dando para as despesas comuns do agregado familiar, pelo que se deve considerar não ser a ré titular de qualquer crédito judicialmente exigível sobre o autor a compensar com o crédito deste, resultante do pagamento das prestações dos empréstimos referidos nos pontos V. e VI. do sumário.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de outubro de 2021

Processo: Revista n.º 686/18.0T8PTG-A.
E1.S1 – 1.ª Secção
Relatora: Maria Clara Sottomayor
Pedro Lima Gonçalves
Fernando Samões

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/00631e8b4c8a889c80258774003b1278?OpenDocument>

Palavras chave:

Processo de promoção e proteção
Medida de confiança com vista a futura adoção
Interesse superior da criança
Progenitor
Princípio do contraditório
Filiação biológica
Direito de audição
Direito de defesa
Processo equitativo
Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
Ministério Público
Falta de alegações
Nulidade processual
Nulidade de acórdão
Revista excecional

Sumário:

I – A medida de proteção como a destes autos – a confiança judicial com vista a futura adoção (arts. 35.º, n.º 1, al. g), e 38.º-A, ambos da LPC-JP) – tem de ser obrigatoriamente decidida por um tribunal (art. 38.º da LPCJP) e tem uma natureza irreversível, produzindo *ex lege* a consequência da inibição do exercício das responsabilidades parentais (art. 1978.º-A do CC), faz cessar o direito de visita dos pais biológicos e não está sujeita a revisão (art. 62.º-A da LPCJP), salvo os casos excecionais previstos no n.º 2 do citado art. 62.º-A.

II – Como afirmou o TEDH no Acórdão *Soares de Melo c. Portugal*, «Embora o art. 8.º da Convenção não encerre nenhuma condição explícita de processo, o processo decisório ligado às medidas de ingerência deve ser equitativo e adequado a respeitar os interesses protegidos por esta disposição. Convém, assim, determinar, em função das circunstâncias de cada caso, e nomeadamente da gravidade das medidas a adotar, se os pais puderam desempenhar no processo decisório, visto como um todo, um papel suficientemente importante para que seja concedida a proteção necessária aos seus interesses».

III – A circunstância de o MP não ter apresentado alegações escritas, no tribunal de 1.ª instância, quando está em causa uma medida de proteção e promoção de confiança com vista a adoção (art. 35.º, n.º 1, al. g), da LPCJP), como prevê o art. 114.º, n.º 2, da LPCJP, não gera qualquer nulidade processual suscetível de influir no exame da causa, nos termos do art. 195.º do CPC.

IV – No caso *sub judice*, a progenitora esteve durante o processo de promoção e proteção representada por advogado; os pais biológicos foram notificados pela juíza do tribunal de 1.ª instância da possibilidade de vir a ser aplicada uma medida de confiança com vista a futura adoção e convidados a apresentar alegações, requerer diligências e oferecer provas documentais ou testemunhais.

V – Em consequência, não se verificou qualquer violação do disposto nos arts. 4.º, al. i), 35.º, n.º 1, al. g), 104.º, n.º 3, e 114.º, n.º 2, todos da LPCJP, tendo sido assegurado aos progenitores o efetivo cumprimento dos princípios do contraditório, audição e participação.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de outubro de 2021

Processo: Revista n.º 1329/19.0T8MTS-E.

P1.S1 – 6.ª Secção

Relator: Henrique Araújo

Maria Olinda Garcia

Ricardo Costa

Palavra chave:

Regulamento (CE) 2201/2003

Competência internacional

Interesse superior da criança

Residência habitual

Responsabilidades parentais

Domicílio

Incompetência absoluta

Conhecimento oficioso
Ofensa do caso julgado
Caso julgado formal
Factos supervenientes
Princípio do contraditório
Questão nova
Ato inútil
Questão de particular importância

Sumário:

I – O Regulamento (CE) 2201/2003, introduz regras de flexibilização da competência dos Estados-membros norteadas pelo superior interesse da criança e, em particular, pelo critério da proximidade.

II – Quando se venha a preencher um quadro fáctico bastante expressivo que aponte para a aquisição da nova residência habitual da criança num outro Estado-membro, são os tribunais desse Estado-membro os competentes para conhecer das matérias referentes à responsabilidade parental.

III – O conceito de residência habitual, ou permanente, traduz uma ideia de estabilidade do domicílio, assente, designadamente, num conjunto de relações sociais e familiares, demonstrativas da integração na sociedade local.

IV – Residindo os menores em França, país onde também residem os seus progenitores, e sendo todos de nacionalidade francesa, são os tribunais desse Estado-membro os internacionalmente competentes para regular as responsabilidades parentais.

Novembro**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04 de novembro de 2021**

Processo: Incidente n.º 503/17.8T8VFX.
L1.S1 – 1.ª Secção

Relatora: Maria Clara Sottomayor

Pedro Lima Gonçalves

Fernando Samões

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/51b95fc9a92d051580258783005bece3?OpenDocument>

Palavras chave:

Impugnação de paternidade
Caducidade da ação
Direito à identidade pessoal
Recurso para o Tribunal Constitucional
Reforma de acórdão
Constitucionalidade
Restrição de direitos
Posse de estado

Sumário:

Tendo o TC considerado conforme à CRP a norma contida no art. 1842.º, n.º 1, al. c), do CC, cuja aplicação foi recusada pelo STJ, por restrição desproporcionada dos direitos humanos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família, mais não resta do que proceder à reforma do acórdão do STJ, e, em consequência, declarar a extinção da ação de impugnação da presunção de paternidade, por ter já decorrido o prazo de 10 anos após a maioridade do filho.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04 de novembro de 2021

Processo: Revista n.º 1629/15.8T8FIG-D.
C1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Maria da Graça Trigo

Rosa Tching

Catarina Serra

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/28747d3f5efda8d9802587900051a668?OpenDocument>

Palavras chave:

Incumprimento
Responsabilidades parentais
Processo de jurisdição voluntária
Norma supletiva
Critérios de conveniência e oportunidade
Admissibilidade de recurso

Sumário:

Considerando que: (i) o incidente de incumprimento das responsabilidades parentais configura uma providência tutelar cível (art. 3.º, al. c), do RGPTC); (ii) as providências tutelares cíveis têm, processualmente, natureza de jurisdição voluntária (art. 12.º do RGPTC); (iii) os recursos de decisões proferidas em providências tutelares cíveis, reguladas pelo RGPTC, têm natureza cível e são regulados supletivamente pelo CPC (arts. 32.º, n.º 3, e 33.º, n.º 1, do RGPTC); (iv) conclui-se que, nos termos do disposto no art. 988.º, n.º 2, do CPC, não é admissível recurso para o STJ das decisões proferidas no âmbito destes processos segundo critérios de conveniência ou oportunidade, apenas sendo admissível o recurso de decisões baseadas em critérios de estrita legalidade.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de novembro de 2021

Processo: Revista n.º 1074/18.3T8VFX-A.L1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Ferreira Lopes

Manuel Capelo

Tibério Nunes da Silva

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/ee67dce031ad3dde80258790005c3199?OpenDocument>

Palavras chave:

Processo de jurisdição voluntária
Casa de morada de família
Arrendamento para habitação
Renda
Pressupostos
Arrendatário
Património
Valor do prédio arrendado
Admissibilidade de recurso
Recurso de revista
Matéria de direito
Critérios de conveniência e oportunidade

Sumário:

I – O processo para atribuição da casa de morada de família, nos termos do art. 1793.º do CC, é de natureza voluntária e as decisões nele proferidas, com base em critérios de conveniência e oportunidade não são passíveis de recurso para o STJ por força do disposto no n.º 2 do art. 998.º do CPC.

II – Todavia, se no recurso se questionar a aplicação de pressupostos normativos, como os atinentes aos critérios de fixação da renda, o recurso de revista é admissível.

III – No arrendamento previsto no art. 1793.º do CC, ao fixar o valor da renda, o tribunal deve

atender sobretudo à situação patrimonial do arrendatário e não ao valor locativo do imóvel.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de novembro de 2021

Processo: Revista n.º 1629/15.8T8FIG-C. C1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Nuno Pinto Oliveira

Ferreira Lopes

Manuel Capelo

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/8844e7e0176e68e480258790005bdef7?OpenDocument>

Palavras chave:

Regulação das responsabilidades parentais
Incumprimento
Processo de jurisdição voluntária
Critérios de conveniência e oportunidade
Admissibilidade de recurso
Recurso de revista
Interesse superior da criança
Matéria de facto
Matéria de direito
Rejeição de recurso

Sumário:

I – O art. 988.º, n.º 2, do CPC determina que não é admissível recurso de revista para o STJ das decisões proferidas no âmbito de processos de jurisdição voluntária segundo critérios de conveniência ou de oportunidade.

II – Entre as decisões de que não é admissível recurso de revista estão aquelas em que sejam ou em que devam ser ponderadas as circunstâncias concretas da vida de um menor ou da vida dos seus progenitores para que seja tomada uma decisão sobre o regime de residência alternada ou sobre o regime de visitas dos pais, de acordo com critérios de adequação e de razoabilidade.

III – O facto de se alegar que foi violado um conjunto de disposições legais, sem especificar as razões de facto e de direito por que teriam sido violadas, não significa que sejam suscitadas questões de legalidade e, em todo o caso, nunca transformaria questões de conveniência ou de oportunidade em questões de legalidade.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de novembro de 2021

Revista n.º 150/17.4T8BCL.G1.S1 – 7.ª

Secção

Relator: Tibério Nunes da Silva

Maria dos Prazeres Beleza

Fátima Gomes

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fd7d98d94eda89e780258790005caebc?OpenDocument>

Palavras chave:

Casamento católico

Concordata

Efeitos do casamento

Transcrição

Registo civil

Efeitos patrimoniais

Retroatividade

Regime de bens

Ampliação do âmbito do recurso

Conhecimento prejudicado

Nulidade de acórdão

Oposição entre os fundamentos e a decisão

Obscuridade

Sumário:

I – Através da Concordata, assinada entre a Santa Sé e o Estado Português, em 07-05-1940, o Estado Português reconheceu efeitos civis aos casamentos celebrados em conformidade com as leis canónicas, desde que a acta do casamento fosse transcrita nos competentes registos do estado civil.

II – Foi, na sequência, em 25-07-1940, publicado o Decreto-Lei n.º 30615, que, entre o mais, promulgou várias disposições relativas à celebração do casamento, estabelecendo, no art. 2.º, designadamente, que o casamento celebrado em conformidade com as leis canónicas produziria todos os efeitos civis se o respectivo assento fosse transcrito no registo do estado civil, produzindo-se os efeitos desde a data da celebração, se a transcrição fosse feita nos sete dias ulteriores, e, no art. 3.º, que os casamentos celebrados só canonicamente antes da entrada em vigor desse diploma seriam transcritos, nos termos dos arts. 11.º e 12.º, produzindo neste caso a transcrição os mesmos efeitos do casamento civil.

III – Assim, enquanto que o casamento concordatário se considera contraído no momento da celebração católica, funcionando a sua transcrição como condição legal da sua eficácia, no casamento pré-concordatário (como é o caso de um casamento celebrado em 1938), a transcrição vale, para efeitos patrimoniais (*maxime*, os que se prendem com a definição dos regimes de bens) como se fosse o próprio casamento, não se retroagindo esses efeitos à data da celebração, com as consequências daí resultantes quanto a saber se os bens adquiridos apenas por um dos cônjuges se comunicam ao outro e integram a respectiva herança.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de novembro de 2021

Processo Revista n.º 1120/09.1TMLSb-C.

L2.S1 – 1.ª Secção

Relatora: Maria João Vaz Tomé

António Magalhães

Jorge Dias

Palavras chave:

Prestação de contas
 Partilha dos bens do casal
 Inventário
 Casa de morada de família
 Erro na forma do processo
 Processo especial
 Dupla conforme parcial
 Nulidade de acórdão
 Omissão de pronúncia
 Excesso de pronúncia
 Conhecimento oficioso
 Junção de documento
 Tempestividade
 Facto jurídico
 Caso julgado material
 Princípio dispositivo
 Ónus de alegação
 Poderes de administração
 Bens comuns do casal
 Beneficentias
 Ex-cônjuge
 Divórcio

Sumário:

I – Existindo, numa parte, fundamentação essencialmente idêntica e decisões de sentido (essencialmente) igual (sem voto de vencido), verifica-se dupla conformidade decisória.

II – Perante determinado cenário, processualmente atípico, por motivos de racionalidade de melhor gestão processual, afigura-se preferível a prolação de acórdão único e não de dois acórdãos intercalados por acórdão da Formação.

III – Não existe excesso de pronúncia quando o tribunal aprecia a nulidade decorrente de erro na forma de processo, porquanto se trata de questão de conhecimento oficioso (arts. 193.º e 196.º do CPC).

IV – Não incorre em omissão de pronúncia o acórdão que, tendo conhecido das questões que lhe competia apreciar, não responde, individualmen-

te, a cada um dos argumentos apresentados pelo recorrente ou não aprecia questões cujo conhecimento se encontra prejudicado pela solução dada a outras.

V – Se o recorrente se limita a juntar documentos sem apresentar qualquer justificação, pode concluir-se pela manifesta impertinência dessa junção em sede recursiva.

VI – A apresentação de múltiplos requerimentos no decurso do processo, apesar de se consubstanciar num acontecimento da vida real, não manifesta a virtualidade de desencadear a consequência jurídica fixada na estatuição das normas legais aplicáveis ao caso.

VII – Apenas existe espaço lógico para convocar o instituto do caso julgado, na sua vertente material, no caso de coexistirem (pelo menos) dois pronunciamentos judicativos sobre a mesma relação material controvertida.

VIII – Movendo-se no espaço que legalmente lhe é consentido – até porque a nulidade decorrente de erro sobre a forma de processo é de conhecimento oficioso (arts. 193.º e 196.º do CPC) –, o tribunal limita-se a eleger o meio processualmente idóneo para acomodar a pretensão em apreço, não violando o princípio do dispositivo.

IX – Inexistindo elementos de facto suscetíveis de permitir concluir no sentido da constituição, na esfera jurídica do ex-cônjuge não utilizador, de um direito à contraprestação pela utilização exclusiva de imóvel comum por parte do outro ex-cônjuge, não devem ser aprovados os montantes relacionados a esse título.

X – Na medida em que o uso exclusivo de imóvel comum por um dos ex-cônjuges não gera, necessariamente, um crédito compensatório a favor do outro, impõe-se levar em devida linha de conta as circunstâncias do caso concreto.

XI – A circunstância de, no âmbito do art. 944.º, n.º 5, do CPC, o legislador ter elegido o prudente arbítrio como critério decisório não equivale à consagração de uma derrogação ao princípio do dispositivo no que toca à alegação de factos que integram a causa de pedir.

XII – A apreciação de despesas acarretadas pelo pagamento de dívidas comuns do casal com bens próprios de um dos cônjuges até à cessação dos efeitos patrimoniais do casamento, por implicar a discussão sobre os poderes de administração dos cônjuges e sobre a natureza das obras realizadas, não se enquadra na ação especial de prestação de contas.

XIII – De acordo com o disposto nos arts. 1689.º, n.º 3, e 1697.º, n.º 1, ambos do CC, estas despesas devem ser relacionadas no âmbito do processo de inventário.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de novembro de 2021

Processo: Revista n.º 794/20.7T8VCT.G1.S1 – 1.ª Secção

Relator: Pedro Lima Gonçalves

Fernando Samões

Maria João Vaz Tomé

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

Palavras chave:

Regulação das responsabilidades parentais

Residências alternadas

Interesse superior da criança

Princípio da igualdade

Progenitor

Acordo

Guarda de menor

Sumário:

I – A recente alteração ao art. 1906.º do CC, efetuada pela Lei n.º 65/2020, de 04-11, veio sanar essas divergências quanto à admissibilidade da residência alternada e regime desta, clarificando que a imposição legal prescinde do acordo dos pais, mas não da competência e aptidão dos mesmos na medida em que o fundamento da imposição da residência alternada é sempre a salvaguarda do superior interesse da criança.

II – Numa situação em que não se verificam quaisquer incapacidades educativas por parte dos progenitores, em que estes mantêm com o menor uma ligação de afeto e que, atendendo ao seu trabalho por turnos, o progenitor não cuida permanentemente do menor quando o seu turno o não permite, considerando a disponibilidade da progenitora, que presentemente, trabalha num *stand* de automóveis, deixando de trabalhar por turnos, como o fazia aquando da convivência com o progenitor, deverá a progenitora poder acompanhar mais de perto a educação e os cuidados do seu filho, estabelecendo-se uma a guarda conjunta com alternância da residência do menor, o que se justifica atendendo a que: i) as responsabilidades parentais são exercidas no interesse do menor; ii) o objetivo final é obter o contacto, tão próximo quanto possível, do menor com os seus progenitores, de modo a que o menor possa usufruir em pleno, e em termos paritários, do afeto, apoio e segurança que cada um deles lhe proporcionará.

Dezembro**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09 de dezembro de 2021**

Processo: Revista n.º 10093/17.6T8PRT-C.
P1.S1 – 2.ª Secção

Relator: Abrantes Gerales

Tomé Gomes

Maria da Graça Trigo

(Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

Palavras chave:

Direito a alimentos

Ex-cônjuge

Cessação

Requisitos

Interdição por anomalia psíquica

Rendimento social de inserção

Dever de solidariedade

Sumário:

I – Fixada no processo de divórcio prestação de alimentos a favor de um dos cônjuges, a cessação da prestação por desnecessidade do ex-cônjuge beneficiário depende da alegação e prova dos factos relevantes a cargo do ex-cônjuge obrigado.

II – O direito a alimentos na decorrência de processo de divórcio encontra justificação em razões de solidariedade justificadas pela preexistência do casamento. E se, em face do atual regime legal, nenhum dos ex-cônjuges pode exigir do outro uma prestação de alimentos que lhe proporcione o padrão de vida que vigorou na vigência do casamento, não é defensável que fique numa situação de penúria, dependente unicamente de apoios estatais ou de instituições de solidariedade social, quando o outro ex-cônjuge tem disponibilidades financeiras elevadas.

III – Não se verificam os requisitos da cessação da prestação alimentar num caso em que o ex-cônjuge beneficiário, entretanto declarado interdito e acolhido sucessivamente numa instituição pública de saúde e numa instituição de solidariedade social, não auferir quaisquer outros rendimentos para além do rendimento social de inserção (RSI), enquanto, em contraponto, o outro mostra desafogo económico muito superior à média.

IV – O facto de, nas circunstâncias atuais, as necessidades básicas do ex-cônjuge beneficiário se encontrarem asseguradas por via do acolhimento em instituição de solidariedade social não justifica que cesse a prestação de alimentos a cargo do ex-cônjuge, tendo em conta designadamente a necessidade de realização de outras despesas.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09 de dezembro de 2021

Processo: Revista n.º 28189/18.5T8LSB-F.
L1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Maria da Graça Trigo

Rosa Tching

Catarina Serra

Palavras chave:

Alimentos devidos a filhos maiores

Cessação

Âmbito do recurso

Admissibilidade de recurso

Ofensa do caso julgado

Arguição de nulidades

Nulidade de acórdão

Valor da causa

Sucumbência

Condenação em objeto diverso do pedido

Excesso de pronúncia

Sumário:

I – A lei processual fixou a forma de cálculo que julgou adequada para expressar a utilidade económica do pedido nas acções de alimentos (cfr. art. 298.º, n.º 3, do CPC), devendo tal critério ser aplicável para efeitos de determinação da sucumbência.

II – No caso dos autos, sendo o prejuízo da decisão impugnada, para o recorrente, inferior a metade do valor da alçada, o recurso não é admissível em termos gerais.

III – Porém, tendo o recorrente invocado, fundamentalmente, a ofensa do caso julgado, nos termos do disposto no art. 629.º, n.º 1, al. a), parte final, do CPC, o recurso é admissível, circunscrito, porém, à apreciação de tal questão, assim como das invocadas nulidades que, no caso, se encontram em conexão com a invocada ofensa do caso julgado.

IV – Constatou-se que a decisão impugnada padece de nulidade por ter condenado em objecto diverso do pedido, excedendo o âmbito da pronúncia, nos termos do disposto no art. 615.º, n.º 1, al. d) e e), do CPC, devendo – em conformidade com o disposto no art. 684.º, n.º 1, do CPC – anular-se a parte final da decisão do acórdão recorrido.

V – Tendo-se reconhecido a nulidade do acórdão recorrido por condenação em objecto diverso do pedido e por excesso de pronúncia, mostra-se prejudicada a apreciação da invocada ofensa do caso julgado.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de dezembro de 2021

Processo: Revista n.º 2430/17.0T8CSC.L1.S1 – 1.ª Secção

Relator: Nuno Ataíde das Neves

Maria Clara Sottomayor

Pedro Lima Gonçalves

Palavras chave:

Regulação das responsabilidades parentais
Regulamento (CE) 2201/2003
Competência internacional
Residência habitual
Reenvio prejudicial
Interesse superior da criança
Princípio do reconhecimento mútuo
Interpretação da lei
Direito da União Europeia
Tribunal de Justiça da União Europeia

Sumário:

I – Para a acção de regulação das responsabilidades parentais de um menor cuja residência foi fixada em Portugal por um tribunal francês e também pelo tribunal português, a competência internacional é do tribunal português, à luz do art. 8.º, n.º 1, do Regulamento (CE) 2201/2003, do Conselho, de 27-11-2003, (relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria de responsabilidade parental), em ordem aos princípios da satisfação do interesse superior do menor e do princípio da proximidade.

II – Sendo controversa a residência habitual do menor e havendo que interpretar as normas daquele Regulamento para efeitos da determinação da mesma, deve o juiz do processo formular o reenvio prejudicial da competência internacional ao TJUE, com vista à uniformidade na interpretação e aplicação das normas europeias.

III – Considerando que é este STJ um órgão jurisdicional cujas decisões não são susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, o reenvio torna-se obrigatório, face ao disposto no art. 267.º do TFUE.

IV – Porém, tal reenvio para o TJUE não é imperativo no caso de a residência do menor não ser controversa, porque fora fixada em Portugal,

de forma coincidente pelos tribunais de ambos os Estados-Membros, de onde não poderá resultar também controvérsia quanto à competência internacional do tribunal português, em face do art. 8.º, n.º 1, do dito Regulamento.

V – A não configuração de dúvidas interpretativas sobre as normas da União deve resultar de um juízo objectivo de evidência, e não subjectivo, do juiz, em face das circunstâncias de facto inequívocas do caso.

V – Não se configurando, assim, qualquer dúvida interpretativa das normas do Regulamento da União e de sua aplicação, revela-se inútil e imperitante formular pedido de reenvio prejudicial perante o TJUE (teoria do acto claro), devendo o juiz afastar a obrigatoriedade de proceder ao reenvio prejudicial e simplesmente aplicar a norma de direito comunitário.

VI – A abstenção de formulação de reenvio prejudicial ao TJUE ainda mais se revela procedimento judicial adequado quando o TJUE tiver emitido anteriormente pronúncia interpretativa das normas comunitárias em causa, de forma clara, sobre situação materialmente idêntica, devendo o juiz decidir de imediato em conformidade com tal interpretação.

VII – O relacionamento entre os tribunais dos Estados-Membros da União deve ser balizado pelos princípios do respeito recíproco e da cooperação mútua, tendo em vista a observância e operacionalização do art. 15.º do Regulamento (CE) 2201/2003, do Conselho, de 27-11-2003.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 16 de Dezembro de 2021

Processo: Revista n.º 1071/18.9T8TMR.E1.S1
– 2.ª Secção

Relatora: Catarina Serra

Rijo Ferreira

João Cura Mariano

Palavras chave:

Investigação de paternidade

Prazo de caducidade

Paternidade biológica

Conhecimento

Abuso do direito

Nulidade de acórdão

Omissão de pronúncia

Sumário:

I – A acção de investigação da paternidade está sujeita ao prazo de caducidade do art. 1817.º do CC, *ex vi* do art. 1873.º do CC.

II – Tendo a acção sido proposta dentro dos três anos posteriores ao conhecimento do facto possibilitante e justificativo da investigação da paternidade, deve concluir-se que a acção foi proposta em tempo.

123

