

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



Centro de
Direito da

Família

Ano 19 - n.º 37 - 2022
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 19 — n.º 37 — Janeiro a Junho 2022

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.
Esperanza Castillo Yara <i>O exercício das responsabilidades parentais: alguns comentários sobre os sistemas jurídicos português e colombiano</i>	5
Armando Jelembi <i>Conselho de Família: uma breve análise comparativa entre o direito angolano e o direito português</i>	21
Madalena Pinto de Abreu <i>O direito ao conhecimento das origens</i>	37
Vânia Filipe Magalhães <i>Questões processuais da medida de acompanhamento</i>	61

Jurisprudência Crítica

	Págs.
Nuno de Lemos Jorge <i>Adoção e maioria: acórdão n.º 132/2022 do Tribunal Constitucional</i>	85
Catarina Fernandes <i>A violência doméstica e de género na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos</i>	97

AO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS: ALGUNS COMENTÁRIOS SOBRE OS SISTEMAS JURÍDICOS PORTUGUÊS E COLOMBIANO*

Esperanza CastilloYara**

Resumo: Este estudo visa estabelecer um diálogo entre os sistemas jurídicos colombiano e português, a fim de analisar o tratamento dado às responsabilidades parentais, nomeadamente, a educação e a correção, os cuidados pessoais e a manutenção das crianças, ou seja, as de natureza pessoal. Através de pesquisa documental dogmática, é clarificada a utilização do termo responsabilidades parentais, é apresentada uma breve caracterização das responsabilidades parentais e são definidos os poderes e deveres de natureza pessoal, com especial enfoque no poder-dever de guarda das crianças. Conclui-se que o melhor (superior) interesse da criança e do adolescente está presente na legislação colombiana e portuguesa e que se procura materializar nos procedimentos em que a criança é afetada. No entanto, as mudanças incorporadas em relação às responsabilidades parentais ainda requerem um maior desenvolvimento, a fim de garantir que o mesmo seja mais efetivo.

Palavras-chave: cuidado parental, função parental, proteção das crianças

Abstract: This study aims to establish a dialogue between the Colombian and Portuguese legal systems, in order to analyse the treatment given to parental responsibilities, especially education and correction, personal care and the maintenance of children, that is, those of a personal nature. Through dogmatic documentary research, the use of the term parental responsibilities is clarified, a brief characterization of parental responsibilities is presented, and rights and duties of a personal nature are defined, with a special focus on childcare right-duties. It is concluded that the best (superior) interest of the child and the adolescent is present in the Colombian and Portuguese legislation and that it seeks to materialize in the procedures in which the child is affected. However, changes incorporated in relation to parental responsibilities still require further development in order to ensure that it is more effective.

Keywords: parental care, parental role, child protection

1. Introdução

Entre o nascimento e o momento em que a pessoa singular adquire as condições para agir com autonomia, decorre um período de tempo que o legislador português e colombiano aproximaram dos dezoito anos. Durante este tempo, o apoio parental será maior nas primeiras fases da vida, porque a criança não tem capacidades e recursos para se defender a si própria. Subsequentemente, certas responsabilidades parentais são atenuadas até a pessoa atingir a maioridade¹.

* Este documento faz parte de uma estadia de investigação na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, janeiro – agosto de 2021, sob a direcção da Professora Doutora Rosa Cândido Martins.

** Advogada; Licenciada em Direito pela Universidade de Tolima, Colômbia; Mestre em Educação pela Universidade de Tolima, Colômbia; Investigadora integrada do Zoon Politikon, na Universidade de Ibagué, Colômbia; Estudante de Doutoramento em Direito Privado, na Universidade de Salamanca, Espanha

¹ Também têm direito a alimentos, em certas condições, os filhos maiores de 18 anos que não tenham completado a sua formação (art. 1880.º do Código Civil português; nos termos do art. 422.º do Código

O apoio dos pais aos seus filhos é dado através do conjunto de direitos e deveres pelos quais são responsáveis, um primeiro conjunto de poderes são patrimoniais, tais como a administração dos bens dos filhos, a representação judicial e extrajudicial; um segundo conjunto de poderes-deveres correspondem à guarda, ao sustento ou à manutenção, educação e correção. Todos estes poderes são geralmente referidos como responsabilidades parentais no sistema jurídico português. No caso colombiano, *stricto sensu*, o primeiro grupo de direitos e deveres corresponde à *patria potestad* e o segundo à autoridade parental.

A Constituição política em ambos os países consagra a proteção das crianças a serem criadas numa família e a obter os benefícios esperados de uma família, especialmente dos pais (art. 36.º da Constituição da República Portuguesa; art. 42.º da Constituição Política da República da Colômbia). Assim, as responsabilidades parentais tornam-se um mecanismo fundamental para o desenvolvimento vital de crianças e adolescentes, incluindo alimentação, habitação, saúde, recreação e cuidados pessoais.

Este documento apresenta uma análise do tratamento dado às responsabilidades parentais de natureza pessoal, aquelas relacionadas com educação e correção, cuidados pessoais e manutenção das crianças em Portugal e na Colômbia. Estes deveres têm o carácter de obrigações, porque, se forem descuidados, podem dar origem a sanções graves ou medidas como as estabelecidas na Lei de proteção de crianças e jovens em perigo ou no Código da Infância e Adolescência da Colômbia, ou seja, não são simples deveres parentais, mas sim obrigações coercivas.

Civil da Colômbia e a jurisprudência estabeleceram 25 anos como idade razoável para a aprendizagem numa profissão ou comércio).

Começaremos com uma clarificação da utilização dos termos responsabilidade parental e *patria potestad*, uma vez que ambos são utilizados para referir os efeitos das relações entre pais e filhos, tanto no género como na sua espécie. Depois trataremos de uma breve caracterização das responsabilidades parentais, através dos elementos que particularizam este sistema de relações entre pais e filhos. Finalmente, trataremos dos poderes e deveres de natureza pessoal, com especial atenção ao poder-dever de guarda dos filhos, uma vez que a sua atribuição gera muitas dificuldades quando pais e filhos já não estão integrados num único agregado familiar, devido ao rompimento da relação parental.

2. Precisão terminológica

Na Colômbia, a terminologia legal *patria potestad*² é usada geralmente para designar os direitos e deveres entre pais e filhos. O termo é um poder-dever que reúne as condições seguintes: de uma parte, compete aos pais a administração dos bens, o usufruto e a representação judicial e extrajudicial das crianças, como consequência de a criança não poder praticar pessoalmente atos e negócios jurídicos. De outra parte, o termo *patria potestad* também é associado à atenção, à orientação e ao afeto pessoal dos filhos. Ou seja, essa noção do termo caracteriza-se por duas prerrogativas, patrimoniais e pessoais, ou subdivide-se num plano relativo à pessoa do filho e num plano relativo aos bens do filho³.

² Neste documento, estamos a mencionar o termo *patria potestad* como equivalente a *patria potestas*, noção usada no ordenamento jurídico colombiano. Quanto à caracterização, *patria potestad* tem as mesmas qualidades que o instituto do poder paternal que ainda subsiste no Código Civil português (p.e., nos arts. 124.º e 1921.º), apesar da modificação feita pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro.

³ Elementos expostos na análise feita sobre o poder paternal e que concordam com o conteúdo da *patria potestad*, vide MARTINS, Rosa,

No entanto, compreender dessa maneira a noção de *patria potestad* cria um equívoco, porque leva a pensar que o progenitor que tem um comportamento indevido, por exemplo, agressão das crianças, e que é sancionado com o suprimento da *patria potestad* (n.º 1 do art. 315.º do Código Civil da Colômbia), seria exonerado não só dos poderes de representação legal, administração e usufruto, mas também dos compromissos com os seus filhos, como as obrigações de alimentação e manutenção.

Nesse sentido, é adequado diferenciar *patria potestad* dos cuidados pessoais, educação e correção dos filhos, ou definir que *patria potestad* é constituída por responsabilidades de natureza patrimonial (administração dos bens, usufruto e representação legal) e responsabilidades de natureza pessoal, porque embora alguns deveres sejam independentes uns dos outros, todos derivam do facto de serem obrigações a cumprir pelo poder parental.

No que respeita à doutrina, o termo *patria potestad* é referenciado só como o poder-dever de representação, do usufruto e da administração dos bens dos filhos, enquanto estes não atingem a maioridade. Quanto ao cuidado pessoal, à prestação de assistência, à educação e à correção dos filhos, são denominados por diferentes autores como: *autoridad paterna*⁴,

*poder paternal*⁵, *relación paterno filial de tipo personal*⁶ e até *estatuto personal de los derechos y obligaciones entre padres e hijos*⁷.

O Código Civil (CC) da Colômbia define *patria potestad* no título XIV como o conjunto dos direitos que a lei reconhece aos pais dos filhos menores não emancipados, a fim de facilitar aos filhos o cumprimento dos seus deveres (art. 288.º). Uma leitura simples do artigo leva a pensar que a *patria potestad* tem as duas prerrogativas, ditas patrimoniais e pessoais⁸. Contudo, uma interpretação sistemática permite compreender que Andres Bello⁹ em 1887 se referiu à *patria potestad* como os direitos derivados da falta de capacidade dos filhos menores, porque, em seguida, regula cada um dos seus direitos — a administração (arts. 295.º a 301.º), o usufruto legal (arts. 291.º, 292.º) e a representação dos filhos (arts. 302.º a 308.º) —, enquanto os deveres dos pais da criança e educação dos filhos, cuidado pessoal, correção e orientação são deduzidas dos artigos do título XII do livro I do Código Civil (arts. 250.º a 264.º). Portanto, há uma distinção dos direitos-deveres patrimoniais e pessoais, mas o redator do Código Civil da Colômbia, citado

Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente?, Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família, n.º 1, 2004, 68.

⁴ Para PARRA BENÍTEZ, Jorge, *Derecho de Familia*, Bogotá, Editorial Temis, 2018, 541, “la autoridad paterna comprende relaciones entre padres e hijos, de carácter permanente en su mayoría, concernientes a la atención, orientación, afecto y estímulos personales de los hijos por sus progenitores”. Parece estabelecer um poder só em cabeça do pai, não obstante a interpretação do termo *paterna* dever ser no sentido assinalado para o termo “paternal” por DUARTE, Jorge, *O Direito da Família Contemporâneo*, Coimbra, Gestlegal Editor, 2020, 261, “que não significa que se esteja perante uma figura cuja titularidade caiba sempre ao *pater* e nunca à *mater*”. A “autoridade paterna” no caso colombiano ou “poder paternal” no caso português são exercidos pela mãe e pelo pai, porque o princípio de igualdade entre progenitores está estabelecido na Constituição de cada um dos países.

⁵ É um termo mencionado pelo professor MEDINA PABÓN, Enrique, *Derecho Civil Derecho de Familia*, Bogotá, Universidad del Rosario Editorial, 2018, 632.

⁶ MEDINA PABÓN, Enrique (nota 6), 633, refere-se aos deveres originados da relação ou vínculo entre pais e filhos. Num começo eram comportamentos recomendados pelo legislador e depois foram obrigações. Os deveres dos filhos com os seus pais são o respeito e a obediência, a atenção e o socorro. Os deveres dos pais com seus filhos são o dever de prover ao sustento e velar pela segurança e saúde dos filhos, o dever de educar e o dever de correção.

⁷ Esta denominação indica que compete aos pais de forma conjunta cuidar da formação moral, física e intelectual dos filhos. Cf. ESCUDERO ÁLZATE, María, *Procedimiento de Familia y del Menor*, Bogotá, Uniacademia Leyer, 26.ª ed., 576.

⁸ Cf. HINESTROSA, Fernando, “Notas sobre la historia del derecho de familia”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 38, 2020, 5-14.

⁹ Redator do Código Civil colombiano que foi adotado mediante a Lei n.º 57/1887, de 20 de abril.

acima, não atribui um termo especial para as responsabilidades de tipo pessoal dos pais.

Não obstante, se revirmos o Código da Infância e Adolescência da Colômbia podemos encontrar a noção de que as responsabilidades parentais estão estabelecidas como um complemento à *patria potestad* ao abrigo do direito civil e também como uma obrigação inerente à orientação, cuidado, apoio e educação das crianças e adolescentes, durante o seu processo formativo (Lei n.º 1098, de 8 de novembro, art. 14.º). Assim, o conceito “responsabilidades parentais” designa apenas uma das situações jurídicas incluídas na *patria potestad*, enquanto o conteúdo das responsabilidades parentais no ordenamento jurídico português compreende todas as situações jurídicas da *patria potestad* da noção colombiana. Ou seja, sem ser taxativo¹⁰, inclui o poder de guarda e educação, o dever de prover ao sustento, mas também o poder de representação e o poder de administração dos bens do filho menor (referidos no n.º1 do art. 1878.º do Código Civil português).

Apesar das diferenças no tratamento do termo em cada um dos países, as responsabilidades são partilhadas pelos pais, a fim de assegurar que as crianças e adolescentes possam alcançar o desenvolvimento e a realização dos seus direitos. Por conseguinte, as responsabilidades parentais permanecem com ambos os pais, mesmo que haja uma rutura na relação, ou que nunca tenham vivido juntos. Além disso, o incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais pode acarretar consequências jurídicas para os pais. Nesse sentido, as responsabilidades parentais tornam-se uma prerrogativa em favor das crianças e uma forma de materializar o melhor interesse da criança na esfera mais próxima, como a família.

¹⁰ Em palavras de MARTINS, ROSA, *Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 193.

Nota-se a falta de uma delimitação jurídica concisa do termo para se referir especificamente o conjunto de poder-dever de guarda e educação e o dever de prover ao sustento. O termo “responsabilidades parentais” será utilizado abaixo para se referir a estes poderes, não sem antes ter em consideração que o legislador colombiano os denominou como um complemento (na Lei n.º 1098/2006, de 8 de novembro, art. 14.º), ou seja, como uma coisa que é acrescentada à *patria potestad* para a tornar melhor, mais completa ou eficaz; também não têm carácter acessório, porque a supressão da *patria potestad* não isenta os pais destas responsabilidades.

Contudo, as responsabilidades parentais desempenham um papel fundamental, porque são o instrumento legal que assegura às crianças as suas necessidades e exercer os seus direitos. As responsabilidades parentais envolvem o contato físico e a comunicação afetiva; deste modo, também não se pode ignorar o interesse dos pais porque eles não são meros “funcionários”¹¹. De acordo com a situação particular, deve ser sempre revisto o que é do melhor interesse da criança¹².

3. Caracterização das responsabilidades parentais

O caráter estatutário das responsabilidades parentais tem foco na ligação entre pais e filhos, nomeadamente, quando as constituições se referem ao papel da mãe e do pai, como valores sociais eminentes (n.º2 do art. 68.º da Constituição da República Portuguesa), ou como garantes da manutenção e educação dos filhos (n.º5 do art. 36.º

¹¹ Cf. DUARTE, Jorge (nota 5), 268. Concorda com esta postura SOTOMAYOR, Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, Coimbra, Almedina, 2021, 26.

¹² O artigo 44.º da Constituição de Colômbia consagra a prevalência dos direitos das crianças sobre os dos outros.

da Constituição da República Portuguesa), quando sejam menores ou deficientes (art. 42.º da Constituição Política da República da Colômbia). Esta ligação é permanente e não esporádica, portanto, tem muita importância na estrutura das famílias, e a sua relevância não só fica estabelecida na Constituição, também tem sido objeto de desenvolvimento legislativo. Nesse sentido, as responsabilidades parentais também estão tipificadas, de modo que os direitos e deveres são claramente estabelecidos, no entanto, alguns destes deveres tornaram-se obrigações, executáveis por coerção.

No caso português, o atual sistema de exercício das responsabilidades parentais, Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, orienta nomeadamente três situações: um exercício comum por ambos pais, um exercício comum mitigado, ou seja, para os casos em que os pais não vivam juntos, e um exercício por terceiros, quando houver um impedimento ao exercício por ambos os pais¹³. Além disso, pretendeu simultaneamente dar um sinal de que o sistema jurídico não contemporiza com o desrespeito sistemático, e dar aos tribunais alguns instrumentos que reforcem a coerção para o cumprimento das responsabilidades parentais¹⁴.

¹³ “I. O exercício das responsabilidades parentais pertence aos pais da criança. II. Pela morte de um deles, aquele exercício passa a pertencer apenas ao progenitor sobrevivente, não sucedendo os avós, algum ou alguns deles, no lugar do falecido. III. O artigo 1907.º, com a alteração que lhe foi introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, passou a especificar, no âmbito de exercício das responsabilidades, a possibilidade de a criança ser confiada à guarda de terceira pessoa, seja por acordo dos pais, por decisão judicial ou quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918.º do Código Civil (situações de perigo para a segurança, saúde, formação moral e educação). IV. Sendo dispensável a verificação daquelas circunstâncias, a confiança da criança por acordo dos pais, por decisão do único progenitor sobrevivente ou por decisão judicial não dispensa a verificação de uma situação de exigência ou de necessidade, segundo o critério da realização do superior interesse da criança”. TrelPo, ECLLPo:2019:2100/18.1T8PRD.P1

¹⁴ Cf. DE OLIVEIRA, Guilherme e PEREIRA, Francisco, *Curso de Direito da Família*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2018, 800-801.

No caso colombiano, como se disse anteriormente só é dedicado o artigo 14.º do Código da Infância e Adolescência, Lei n.º 1098/2006, de 8 de novembro, à noção do termo responsabilidades parentais. De outra parte, a interpretação da autoridade paterna continua nos artigos dispersos do Código Civil. Não se conta com um sistema de responsabilidades parentais e, apesar de a Constituição ter imposto ao legislador a obrigação de a regulamentar (art. 42.º da Constituição Política da República da Colômbia), até hoje não tem sido uma realidade. Neste sentido, a jurisprudência cobra uma vital importância a fim de orientar as decisões judiciais em matéria de atribuição das responsabilidades parentais.

A característica de ser indisponível tem três sentidos. Primeiro, as responsabilidades parentais não podem ser exercidas de qualquer maneira, porque estão condicionadas pelo princípio do superior interesse da criança. Por conseguinte, todas as decisões tomadas pelos pais sobre a segurança, sustento, educação e saúde dos filhos, devem ser ditadas, de facto, para favorecer o melhor desenvolvimento dos filhos. Mesmo assim, os pais podem educar, criar e corrigir aos filhos de acordo com as suas crenças e valores, mas há um limite neste poder-dever, como a proibição do uso de castigos físicos, tratamentos cruéis, humilhantes ou degradantes e qualquer tipo de violência, proibição estendida a qualquer outra pessoa encarregada do cuidado dos menores (na Colômbia, a Lei n.º 2089/2021, de 14 de maio, art. 1.º)¹⁵. O direito penal português pune com pena de prisão quem, tendo ao seu cuidado, à guarda, sob a responsabilidade da sua direção ou educação, pessoa

¹⁵ Nesta recente lei, o legislador determinou que o castigo físico e os tratamentos cruéis ou humilhantes não serão causadores de perda de *patria potestad* ou de guarda, nem causalidade para processos de emancipação, desde que não sejam um comportamento repetitivo e não afetem a saúde mental ou física das crianças ou adolescentes.

menor, lhe infligir, de modo reiterado ou não, maus-tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais (alínea a) do n.º 1 do art. 152.º-A do Código Penal)¹⁶. Além disso, não é de excluir a interferência oficiosa do Estado, através da intervenção de entidades estatais, para garantir o interesse da criança, nomeadamente, quando os seus direitos fundamentais estejam em risco¹⁷.

Em segundo lugar, as responsabilidades parentais não podem ser entregues a um só dos pais, nem a outros, ou seja, são intransmissíveis, estando até mesmo previsto o reembolso a favor de qualquer pessoa que tenha incorrido em despesas (Código Civil colombiano, art. 261.º), cujo objetivo é também evitar o enriquecimento injusto, no caso dos pais darem o seu filho a outro para criar¹⁸. Após a morte de um dos pais, o sobrevivente suporta os custos da educação da criança (Código Civil colombiano, art. 258.º). Em casos de divórcio e outros casos de rutura, pressupõe uma intervenção estatal, mesmo que os pais estejam de acordo¹⁹.

Em terceiro lugar, a indisponibilidade também

implica que as responsabilidades parentais sejam irrenunciáveis. Vale a pena dizer que, em princípio, os pais são responsáveis dos poderes-deveres, como por exemplo, o cuidado pessoal, que deve ser exercido diretamente pelos pais, porque envolve laços legais e de facto, o contato físico, comunicação e orientação entre pais e filhos. Não obstante, é possível recorrer a terceiros para ajudar no cuidado de crianças, desde que isso seja temporário e não seja uma forma de evitar as responsabilidades.

As responsabilidades parentais para além da função de proteção, são um instrumento para a realização do princípio do superior interesse da criança e, num sentido estrito, contribuem para a promoção da autonomia e independência. Neste ponto, apoio a tese de Rosa Martins²⁰, no sentido de que os nossos sistemas jurídicos devem ser ajustados, de acordo com uma realidade em que as crianças e adolescentes sejam verdadeiros sujeitos de direito. Uma forma é que as responsabilidades parentais, nomeadamente o poder-dever de representação seja compreendido como uma assistência e não como uma representação legal, visto sabermos que, devido à idade das crianças e adolescentes, para poderem exercer os direitos e obrigações, necessitam de um guia (pais e mães) que lhes facilite os meios necessários para que possam tomar as suas próprias decisões. No entanto, a autoridade paterna é exercida de uma maneira que não é favorável ao processo de aquisição da autonomia de que as crianças necessitam, porque a vontade do adolescente é substituída pela dos pais. Noutras palavras, as responsabilidades parentais atribuem aos pais poderes de autoridade sobre os filhos, portanto, na realidade trata-se de uma relação em que as partes não estão numa situação paritária.

¹⁶ Cf. DUARTE, Jorge (nota 5), 275.

¹⁷ De acordo com o artigo 50.º da Lei n.º 1098/2006, do Código da Infância e Adolescência, “se entiende por el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”, responsabilidade de que, segundo o artigo 51.º, compete ao “Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. Cuando esto ocurra, la autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantiza su vinculación a los servicios sociales”.

¹⁸ Cf. PARRA BENÍTEZ, Jorge (nota 5), 543.

¹⁹ Em caso de acordo, em Portugal, deve ser relevado com a homologação do tribunal ou a aprovação do Ministério Público. Na Colômbia, o acordo deve ser avaliado pelo juiz de família se há um acordo no processo judicial; se não há processo judicial, pelo defensor de família ou, subsidiariamente, o comissário da família ou inspetor da polícia do local onde se encontra a criança.

²⁰ Cf. MARTINS, Rosa (nota 4), 73.

Nesse mesmo sentido, pode dizer-se que as responsabilidades parentais não são um direito subjetivo, mas sim um poder funcional, cujo exercício é obrigatório ou condicionado, em que se acentua a funcionalização dos direitos dos pais ao interesse dos filhos, os quais não estão na livre disponibilidade do titular do direito-dever²¹.

As relações jurídicas entre pais e filhos não se circunscrevem à esfera privada, sendo regulamentadas por razões de ordem pública. Para que terceiros não possam intervir no vínculo filial, quer para quebrá-lo, quer para retirar as crianças dos cuidados dos seus pais, exceto por decisão judicial, qualquer interferência injustificada de terceiros na esfera de competência parental é ilícita²². Mesmo assim, os pais são os representantes dos filhos e, portanto, pede-se-lhes que atuem em lugar do representado (arts. 1877.º e 1881.º do Código Civil português), para responder perante terceiros pelas ações das crianças ou adolescentes, quando tenham cometido algum dano.

4. O poder-dever de dirigir a educação

A educação é um direito fundamental (art. 74.º da Constituição da República Portuguesa; art. 67.º da Constituição Política da República da Colômbia), pelo que o Estado deve fornecer os instrumentos para que as crianças e adolescentes tenham acesso às instituições educativas, conforme o caso. No entanto, os pais são os primeiros garantes da educação dos seus filhos e são eles que devem assegurar que os seus filhos tenham acesso à educação. A Lei Geral da Educação (art. 7.º da Lei n.º 115, de 1994, da Colômbia) também define a família como

a primeira responsável pela educação das crianças. Nesse sentido, o Decreto-Lei n.º 1860, de 1994, estabelece uma sanção por negligência na educação dos menores.

Os pais desempenham uma função de assistência no desenvolvimento da criança, ou seja, os pais devem apoiar os filhos para que estes estejam em condições de se defenderem. Desta forma, os pais ou a pessoa encarregada dos cuidados pessoais das crianças têm o poder de supervisionar o seu comportamento, de as corrigir moderadamente (art. 262.º do Código Civil da Colômbia). O termo “moderadamente” deve ser entendido no sentido do exercício da responsabilidade parental, não pode envolver nenhuma violência ou atos que impeçam o gozo dos direitos das crianças (n.º 2 do art. 14.º da Lei n.º 1098/2006). Mais recentemente, a Lei n.º 2089/2021, de 14 de maio, proibiu o uso do castigo físico, tratamento cruel, humilhante ou degradante, e qualquer tipo de tipo de violência como um método de correção.

O ordenamento interno português procurou abolir todas as formas de violência. Já em 1977, com a reforma do Código Civil, o legislador revogou o direito de os pais corrigirem moderadamente os filhos nas suas faltas, previsto no artigo 1884.º do Código Civil de 1966, na versão originária. Foi sublinhada a inadmissibilidade da correção moderada, e mais tarde, com a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1990, foi afirmada a rejeição de várias formas de punição, mesmo as moderadas. Além disso, o dever de educação dos filhos tem mesmo muito presente o respeito pela autonomia progressiva da criança (n.º 2 do art. 1878.º do Código Civil português)²³. A este respeito, a lei co-

²¹ CASTRO, João e TEXEIRA DE SOUSA, Miguel, *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 1990/1991, 338-340; SOTTOMAYOR, Clara (nota 12), 28.

²² Cf. DUARTE, Jorge (nota 5), 265.

²³ “1. O castigo físico das crianças é punido pelo Código Penal, seja pelo crime de violência doméstica (artigo 152.º do CP), seja pelo crime de maus-tratos (artigo 152.º-A do CP) ou pelo crime de

lombiana também reconhece a liberdade da criança de escolher uma profissão ou ofício (art. 37.º da Lei n.º 1098/2006).

5. O dever de manutenção

No cumprimento do dever de sustento ou manutenção, os pais estão obrigados a proporcionar aos filhos um nível de vida idêntico ao seu e na medida de suas possibilidades (art. 1879.º Código Civil português)²⁴. Este dever consiste em os pais fornecerem tudo o que é necessário para o crescimento, desenvolvimento, educação e saúde dos seus filhos e, por isso, não pode ser entendido como limitado ao fornecimento de alimentos. Este dever reúne: alimentos, bebidas, vestuário, alojamento e artigos necessários para os cuidados de saúde e manutenção, tais como práticas de higiene, vacinas, medicamentos, tratamento médico, recreação e desporto²⁵.

A delimitação entre manutenção e educação não é detalhada no Código Civil colombiano, pelo que os juízes são confrontados com o estabelecimento dos critérios em torno deste dever. O Código Civil da Colômbia refere a educação e manutenção numa mesma regra e no seguinte sentido: “toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos” (art. 253.º). Po-

demos dizer que a *crianza* refere-se à manutenção e está diretamente relacionada com a educação. Ambas, educação e manutenção, contribuem para a interação social, a primeira visando a formação de valores e princípios e a segunda fornecendo os elementos materiais para a subsistência.

6. O poder-dever de guarda

Quando estudamos o poder-dever de guarda, temos necessariamente de assinalar a mudança conceitual que introduziu a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, no regime jurídico português, que consistiu em que a noção de guarda, estabelecida no n.º 2 do artigo 1905.º do Código Civil, foi substituída pela noção de residência do artigo 1906.º. A noção, embora tenha mudado, continua a ter o mesmo alcance, porque não faz sentido limitá-la a um aspeto puramente espacial ou à localização da criança, sem ter em conta os deveres que os pais devem cumprir. Este poder-dever implica laços legais e situações eminentemente materiais, uma vez que a residência implica contato físico, comunicação e afeto para com a criança. Por outras palavras, o conceito de residência é idêntico ao de guarda, “a determinação da residência da criança junto de um dos pais, não pode significar apenas o estabelecimento do local e da pessoa com quem a criança coabita no dia-a-dia. Tem que significar, também, a prestação de cuidados básicos e o exercício dos direitos-deveres de educação e de proteção da criança no quotidiano”²⁶.

Este poder-dever foi entendido pela doutrina como um tipo de guarda em sentido lato, derivado da autoridade dos pais para orientar a condu-

ofensa à integridade física (artigo 143.º do CP), em função dos factos provados. 2. O poder de correção dos pais e educadores não abrange a aplicação de castigos corporais, inexistindo qualquer disposição legal donde se possa retirar tal conclusão”. TrelLis, ECLI:PT:TrelLis:2016:413/15.3PFAMD.L1-3.

²⁴ Cf. DUARTE, Jorge (nota 5), 275; MOREIRA, Sónia, “A autonomia do menor no exercício dos seus direitos”, *SI*, n.º 291, 2001, 169; NEVES CASTANHEIRA/BARDOU, Raquel, “O direito das crianças à proteção do Estado contra qualquer forma de violência: algumas notas sobre a questão dos castigos corporais em Portugal”, em AAVV, *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Coimbra, Almedina, 375-400.

²⁵ Cf. MEDINA PABÓN (nota 6), 638.

²⁶ Sobre este critério explica SOTTOMAYOR, Clara (nota 12), 42.

ta da criança, porque a criança não é autónoma²⁷, mas também a guarda foi entendida como uma via para os adultos darem às crianças e adolescentes as melhores condições para que o seu crescimento, desenvolvimento e educação sejam harmoniosos e integrais. Que “os pais, ou o progenitor sobrevivente, são ambos responsáveis pelos cuidados pessoais e da educação dos seus filhos” (Código Civil colombiano, art. 253.º, minha tradução) significa que a paternidade/maternidade responsáveis se baseiam no pressuposto de que “a guarda e o dever de cuidado pessoal dos filhos é exercida por ambos os pais, e apenas excepcionalmente por um deles. Se ambos os pais forem física ou moralmente inaptos, ou seja, não tiverem a idoneidade necessária, o juiz tem competência para decidir que outras pessoas devem tomar conta das crianças, preferindo em qualquer caso os avós e familiares mais próximos” (Código Civil colombiano, art. 254.º, minha tradução).

Contudo, a atribuição da residência dos filhos pode ser feita no processo de anulação, divórcio ou cessação dos efeitos civis do casamento religioso, ou separação de corpos, de acordo com a regulamentação civil de ambos os países (n.ºs 1 e 2 do art. 37.º e art. 40.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível português; art. 389.º do Código Geral do Processo) que prevê que o juiz deve decidir a quem corresponde o cuidado dos filhos.

É oportuna também a referência às questões de particular importância e aos atos da vida corrente do filho (art. 1906.º Código Civil português), conceitos que, no ordenamento jurídico português, são desenvolvidos²⁸ e que chamam a atenção, por-

que surgem quando os pais nunca viveram juntos, estão divorciados, separados ou deixaram de viver em união de facto. Nesses casos, o exercício conjunto das responsabilidades parentais é mitigado, ou seja, ambos os pais decidem em matérias de particular importância²⁹. No que toca aos atos da vida corrente do filho, o exercício das responsabilidades parentais cabe ao progenitor que com ele reside habitualmente ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente; porém, este último, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente (art. 1906.º, n.º 3, do Código Civil)³⁰, ou seja, passa-se de um modelo de exercício conjunto pleno para um modelo de exercício conjunto mitigado.

de regulação das responsabilidades parentais. Não obstante, bem como exprime DUARTE, Jorge (nota 5), 288, é um conceito ainda indeterminado e, portanto, os tópicos que são incluídos, de particular importância, são somente exemplificativos, porque podem ser diversos pelas condições próprias em cada caso.

²⁹ “(...) II. O conceito de “questão de particular importância” no exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio deve reservar-se para um número reduzido de situações, a interpretar casuisticamente. Esta aplicação apenas a casos existenciais restritos graves justifica-se por razões de estabilidade na vivência dos menores e de prevenção de conflitos nas relações entre os ex-cônjuges. III. A submissão de um menor a consultas de psicologia clínica, nos dias de hoje, não deve considerar-se ato de particular importância, por se ter tornado num expediente corrente a que os pais recorrem crescentemente em casos de suspeitas de inadaptação social ou emocional (...)”. TRelPo, ECLI:PT:TRelPo:2018:4597/16.5T8PRT-C.P1. Noutra decisão judicial foi dito que: “(...) I. A frequência de ATL e de atividades extracurriculares, como karaté e natação, não constituem questões de particular importância para a vida do filho, pelo que a decisão quanto a elas cabe apenas ao progenitor residente. II. Se no acordo de regulação do exercício de responsabilidades parentais se prevê que metade destas despesas sejam pagas pelo pai (progenitor não residente), este deverá suportar tais despesas nessa proporção, independentemente do seu prévio consentimento relativamente à sua realização”. TRelPo ECLI:PT:TRelPo:2017:9/17.1T8GDM.P1

³⁰ Cf. DUARTE, Jorge (nota 5), 282.

²⁷ Cf. HINESTROSA FORERO, Fernando, “Relaciones entre padres e hijos”, *Revista Iusta*, 1985, 78.

²⁸ No Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, era mencionado o conceito de “questões de particular importância” e com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, tornou-se mais importante, porque são estabelecidos no acordo homologado pelo tribunal ou na decisão judicial

6.1 Residência partilhada

O cuidado pessoal das crianças é da responsabilidade de ambos os pais, mas é evidente que, se a residência for confiada apenas a um deles, o dever de cuidado será uma sobrecarga para ele ou para ela. Não pode ser que um dos pais esteja limitado à visitação dos filhos e o outro progenitor assuma todas as responsabilidades no cuidado das crianças, nesse sentido, a guarda partilhada implica um avanço na corresponsabilidade parental, “uma distribuição equitativa dos direitos e deveres que os pais devem exercer em relação aos seus filhos”, bem como no direito da criança de continuar a manter um contacto direto e regular com ambos os pais³¹.

A Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro, estabeleceu em Portugal as condições em que o tribunal pode decretar a residência alternada ou partilhada do filho. Quando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, caberá aos Tribunais decidir a atribuição do modelo de residência partilhada. Nesse sentido, o artigo 1906.º do Código Civil foi alterado pela dita lei, tendo sido aditado um novo número 6, com o seguinte teor: “Quando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos”.

Na Colômbia, há muito que se discute se a residência dos filhos poderia ser partilhada entre pais separados. Os juízes de família optaram principalmente por conceder a guarda apenas a um dos progenitores e concederam ao outro progenitor um regime de visita. A guarda implicava examinar os

critérios de atribuição de cuidados pessoais apenas a um dos pais – aquele que proporcionaria segurança, bem-estar e desenvolvimento harmonioso e integral à criança; por conseguinte, a visita tornou-se uma instituição correlativa e complementar à custódia. Quando os pais foram separados, um tinha custódia e o outro tinha direitos de visita³².

A Corte Suprema de Justiça da Colômbia, só no Acórdão STC12085-2018, de 18 de setembro de 2018, admitiu a possibilidade de a residência partilhada ser a regra geral e não a exceção e apontou para isso: “no melhor interesse do menor, pode ser escolhido um sistema alternativo para as crianças, em termos de tempo e local de residência com cada um dos pais, desde que o pai e a mãe tenham capacidade física e psicológica para estabelecer uma relação direta com eles e garantir as prerrogativas e necessidades da criança, desde que a criança encontre aí um local adequado para a construção do seu ser, e sem prejuízo das regras sobre a regulamentação das visitas e respetiva obrigação alimentar, de modo a não desestabilizar a criança” (minha tradução). Tal fórmula é perfeitamente aplicável ao abrigo do direito interno e está de acordo com o que se afirmar em torno do princípio do interesse superior da criança.

A Corte Suprema de Justiça esclareceu que não se trata de impor um regime de custódia partilhada, mas de estabelecer uma regra geral a ser seguida para que crianças e adolescentes possam crescer rodeados do maior contato, amor e orientação de ambos os pais. Isto não significa que a residência monoparental não possa ser concedida; será determinada a favor de um dos pais, quando garante efetivamente os direitos das crianças e tendo em consideração os seus melhores interesses.

³¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, “Régimen jurídico de la custodia compartida: el interés del menor”, *La Custodia Compartida en España*, Madrid, Dykinson, 2017, 94.

³² Cf. PARRA BENÍTEZ, Jorge (nota 5), 549.

O Tribunal Constitucional colombiano, através das decisões T-384-18, de 20 de setembro de 2018, e T-443-18, de 13 de novembro de 2018, adotou um critério semelhante à da Corte Suprema de Justiça. Concorde que os acordos de residência partilhada devem tornar-se a regra geral mesmo quando não há acordo prévio entre os pais e que isso não significa que a jurisdição tenha de adotar em todas as circunstâncias; os administradores de justiça devem examinar as circunstâncias do caso para decidir que tipo de residência – partilhada ou não – pode ser aplicável, de acordo com as regras da crítica correta.

6.2 A audição das crianças

O modo de atribuição da guarda/residência pode ser feita pelo mútuo acordo dos pais ou mediante uma decisão judicial. Nos casos de acordo dos pais, o acordo da regulação do exercício das responsabilidades parentais pode ser apresentado nas Conservatórias do Registo Civil ou nos tribunais, onde é apreciado o interesse dos filhos e, portanto, os pais podem ser convidados a modificá-lo (n.º 3 do art. 274.º-A do Código do Registo Civil). Seguidamente, o Ministério Público, junto do tribunal judicial de primeira instância competente, deve pronunciar-se sobre o acordo no prazo de 30 dias. Nesta altura, o Ministério Público promove a audição da criança, a fim de recolher provas para assegurar que o acordo protege de facto os direitos da criança, porque, se não o fizer e os pais não o alterarem, a homologação será recusada e, como consequência, o conservador não poderá decretar o divórcio, devendo o processo de divórcio ser integralmente remetido ao tribunal de comarca a que pertença a Conservatória³³.

³³ Da maneira como é expresso por SOTTOMAYOR, Clara (nota 12), 44.

“A audição num processo que lhe diz respeito – no caso, de promoção e proteção – não pode ser encarada apenas como um meio de prova, tratando-se antes de um direito da criança a que o seu ponto de vista seja considerado no processo de formação da decisão que a afecta”³⁴. A legislação portuguesa consagra a audição das crianças com mais de 12 anos, mas isso mudou devido aos instrumentos internacionais. Agora deve ser sempre ouvida a criança, exceto quando for notório que a sua baixa idade o permite ou aconselha.

Na Colômbia, quando um casal decide divorciar-se por mútuo consentimento, pode recorrer ao notário, devendo acordar as modalidades da visita, a custódia da criança e a alimentação da criança. Isto deve ser aprovado pelo defensor da família³⁵, que deve emitir o seu parecer no termo de 15 dias, e, se considera que este não acautela os interesses dos filhos, o defensor pode solicitar a modificação do acordo (art. 3.º do Decreto-Lei n.º 4436/2005; n.º 3 do art. 82.º da Lei n.º 1098/2006). No entanto, é importante notar que o parecer emitido pelo defensor de família, neste tipo de processo, também pode ser dado pelo comissário da família na ausência do primeiro, de acordo com a competência subsidiária estabelecida no artigo 98.º da Lei n.º 1098/2006.

Não encontro uma regulamentação específica na qual o defensor de família ou comissário da família tenha contato com as crianças, apesar de que o artigo 26.º da Lei n.º 1098/2006 segue o caminho do artigo 12.º da Convenção dos Direitos da

³⁴ STJ, ECLI:PT:STJ,2016:268/12.0TBMGL.C1.S1.

³⁵ É o diretor do procedimento administrativo para o restabelecimento dos direitos e as suas decisões serão consideradas como atos administrativos para todos os efeitos. Intervém também no interesse da criança ou adolescente, para promover as ações relevantes em matéria de família judicial e extrajudicial, sem prejuízo da respetiva apresentação legal e judicial. (*Estatuto Integral del Defensor de Familia*, cap. II, 2).

Criança e determina que, “em qualquer ação administrativa, judicial ou qualquer outro tipo de ação em que estejam envolvidas crianças e adolescentes, estes têm o direito de ser ouvidos e as suas opiniões devem ser tidas em conta”.

Os casos de divórcio por mútuo consentimento judicial, em Portugal, requerem que o juiz avalie o acordo sobre as responsabilidades parentais apresentado no interesse das crianças (n.º 2 do art. 1778.º-A do Código do Registo Civil). Contudo, nos divórcios sem consentimento de um dos cônjuges, em ambos os países, o juiz tenta obter o acordo e, em qualquer caso, leva a decisão à sentença reguladora (n.º 5 do art. 1906.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível português; art. 389.º do Código Geral do Processo, Lei n.º 1564/2012).

A diferença reside na circunstância de a lei portuguesa impôr expressamente ao juiz o dever de ouvir a opinião da criança nestes processos, pelo princípio da audiência obrigatória (al. i) do art. 4.º e art. 84.º da Lei de proteção de crianças e jovens em perigo, assim como no n.º 3 do art. 35.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível). É de notar aqui que a Lei n.º 1564/2012 da Colômbia só estabelece a possibilidade e, não a obrigação, de encomendar e recolher as provas que o juiz da família considerar apropriadas, em processos como o divórcio, custódia, visita, entre outros, incluindo as declarações da criança ou adolescente (n.º 5 do art. 598.º-F). Não obstante, o direito dos menores a serem ouvidos permanece em virtude das disposições da Lei n.º 1098, de 2006, da Constituição Política da República da Colômbia e dos instrumentos internacionais e deve ser respeitado pelos tribunais. Assim, embora a regulação colombiana dos procedimentos judiciais não tenha uma denominação legal para distinguir o ato de conhecer a opinião dos menores no meio de uma ação judicial ou adminis-

trativa na qual estão envolvidos os seus direitos ou interesses, temos a garantia consagrada no Código da Infância e Adolescência - artigos 26.º, 193.º-7, 193.º-8, - bem como na Constituição e nos instrumentos internacionais, com os quais se prossegue o mesmo objetivo, ou seja, conhecer a opinião da criança ou adolescente.

6.3 Os critérios de atribuição da residência

Os ordenamentos jurídicos português e colombiano têm ausência de disposições normativas dos elementos que o juiz deveria obrigatoriamente avaliar na sua decisão. O único elemento certo é o interesse da criança, mas este é um conceito abstrato, que leva a investigar uma multiplicidade de fatores³⁶. Assim, é provável que haja decisões judiciais distintas para casos semelhantes, o que pode afetar a segurança jurídica e a igualdade dos cidadãos³⁷.

Um dos critérios que é frequente para atribuir a residência das crianças é que seja considerada a vinculação afetiva, e não a capacidade económica de cada um dos progenitores. Analisar qual dos pais ou se ambos os pais têm a capacidade de garantir

³⁶ “I. Pese embora a lei não exija o acordo de ambos os pais na fixação da residência alternada do filho, o facto é que tal solução deve ser encontrada de acordo com o interesse do menor e ponderando todas as circunstâncias relevantes. II. De entre essas circunstâncias relevantes, há a considerar nomeadamente a idade do menor, e a distância entre as residências dos progenitores”. TrelGui, ECLI:PT:TrelGui 2018:60/16.2T8VLF.G1. “(...) 3. Mesmo não existindo acordo dos pais, a alternância de residências é uma solução adequada ao exercício conjunto das responsabilidades parentais – artigo 1906.º do CC (viabilizando, assim, a presença de ambos os pais na vida dos filhos, fundamental para o seu desenvolvimento integral e harmonioso, devendo os pais atuar com suficiente colaboração, sensatez e prudência na prossecução da estabilidade afetiva e emocional da criança) –, salvo se o desacordo se fundamentar em razões factuais relevantes ou se mostrar que a medida não promove os interesses do filho”. TrelCo, ECLI:PT:TrelCo 2018:1032/17.5T8CBR.C1.

³⁷ SOTTOMAYOR, Clara (nota 12), 65.

prestações de cuidados aos filhos, dependendo de idade, saúde, necessidades físicas, psíquicas, educacionais e emocionais, pode ser um critério que tenda a que o pai também assuma a função de cuidador primário e não só a mulher, porque se é avaliado quem garantiu as tarefas com anterioridade, é possível que a mulher fique carregada de maior responsabilidade.

Para além de uma regra da figura primária de referência, resulta adequado que o juiz não tenha só em conta a situação atual, porque as tarefas no lar não sempre são estáticas, vão depender muitas vezes das responsabilidades de ambos os pais, na sua vida profissional, laboral, pessoal. Se somente é avaliada a situação mais recente, pode ser que nesse momento o desempenho de tarefas diárias seja menor do que noutra altura. A antecedência também é chave, porque dá uma ideia do desempenho geral dos progenitores a respeito das suas responsabilidades parentais. Mas tudo isto deve ser decidido face à preferência da criança, de acordo com a sua maturidade, relação afetiva desta com os pais e continuidade do ambiente habitual da criança³⁸.

Deve-se proteger a família, tendo sido constituída uma regra nos tribunais pela não separação dos irmãos, exceto quando: o adolescente prefere um dos pais, há relações perturbadas entre irmãos, ou famílias numerosas que precisam do cumprimento de requisitos de espaço ou qualquer outra necessidade³⁹. O importante, neste ponto, não é

equilibrar os direitos dos pais e que cada um deles fique com o mesmo número de filhos, mas sim assegurar o interesse das crianças, promovendo o desenvolvimento e crescimento com vinculação afetiva aos irmãos e irmãs.

No entanto, é necessário examinar os critérios utilizados pela Corte Suprema de Justiça da Colômbia⁴⁰, que justificam o estabelecimento de um regime de residência partilhada, não apenas quando as provas demonstram tal possibilidade ou quando os pais concordam conjuntamente com ela, mas também mediante a verificação de outros requisitos: **a)** É essencial observar a capacidade progressiva do menor de 18 anos. Os sentimentos da criança ou adolescente são da maior importância, a fim de os interpretar para encontrar a melhor forma de contribuir para a sua consolidação como ser autónomo. Assim, quando se discute a guarda conjunta, tal capacidade permite validar o desenvolvimento de uma história familiar, tendo em vista a estabilidade que a criança necessita para o seu bom desenvolvimento emocional e material. **b)** O vínculo familiar deve ser privilegiado. Tem-se aplicado este critério mesmo quando a residência partilhada não foi solicitada, porque ao estabelecer um regulamento sobre visitas, deve procurar-se não distorcer a relação pai-filho ou mãe-filho. **c)** Os pais devem ter as capacidades físicas e psicológicas necessárias para poderem estabelecer uma relação direta com os seus filhos. Procura-se garantir os direitos das crianças e adolescentes; a decisão dependerá dos resultados obtidos a partir dos testes psicotécnicos, que são considerados necessários para serem reali-

³⁸ Face à figura primária de referência, em SOTTOMAYOR, Clara (nota 12), 80, é entendido como um critério certo, porque considera que “promove a continuidade da educação e das relações afetivas da criança e, por outro lado, atribui a guarda dos filhos ao progenitor com mais capacidade para cuidar destes e a quem estão mais ligados emocionalmente”.

³⁹ Por exemplo, SOTTOMAYOR, Clara, (nota 12), 91-92, apresenta jurisprudência portuguesa e espanhola, referida à separação dos irmãos quando os pais o decidem no acordo, mas, nesses casos, deve estar justificada pelos pais a decisão, e mesmo assim devem proporcionar ocasiões para que os irmãos se vejam e relacionem.

⁴⁰ Os acórdãos da Corte Constitucional C-239-2014 e C-569-2016 também são dignos de nota sobre este ponto; neles, o tribunal admite a possibilidade de estabelecer um regime de custódia partilhada, mas não indica que esta deva ser a regra geral, que é o que a *Corte Suprema de Justicia* mantém na resolução STC12085-2018.

zados no processo de atribuição da guarda⁴¹.

Sobre os critérios para a atribuição da residência partilhada, considero relevante apresentar a doutrina do Supremo Tribunal espanhol, nomeadamente, a decisão de 8 de outubro de 2009 (RJ 2009, 4606), porque assinalou sete aspetos que até hoje continuam a ser fundamentais para os juízes: a aptidão dos pais; as relações (respeitosas) pessoais entre os pais; a prática anterior dos pais nas suas relações com a criança; a semelhança de estilos de vida e a concordância de opiniões de ambos os pais na educação e formação da criança; a localização próxima dos respetivos lares dos pais e a localização da criança, a vontade das crianças e o resultado dos testes ou relatórios estabelecidos na lei⁴². Contudo, esta não é uma lista de controlo, mas sim aspetos que se tornam relevantes quando afetam o melhor interesse da criança.

7. Conclusões

A família de hoje baseia-se em laços de afeto e solidariedade, num nível de igualdade entre os seus membros (art. 42.º da Constituição Política da República da Colômbia; art. 36.º da Constituição da República Portuguesa). O modelo de fa-

mília baseado no trabalho ou apenas em laços de sangue é agora uma coisa do passado. Contudo, o regulamento colombiano ainda contempla o termo *patria potestad* derivado do direito romano, que denota um vínculo de dependência e subordinação das crianças aos seus pais. Originalmente, era um direito do chefe de família (*pater familias*) sobre propriedade, pessoas e ritos religiosos privados; atualmente, corresponde ao conjunto de direitos e deveres de ambos os pais em relação aos seus filhos.

O termo reúne direitos e deveres tanto patrimoniais como pessoais, mas é claro que é profundamente marcado por uma distinção na relação pais-filho, considerando a criança como incapaz devido à sua idade. Embora o vínculo filial seja direcionado para a proteção do interesse superior da criança e do adolescente, ainda tem um tratamento de representação e não de apoio na tomada de decisões das crianças, perdendo-se a ideia de que as crianças são sujeitos de direitos. A regulamentação não trata de orientação na educação das crianças, mas de direção e de correção; só recentemente foi emitida a Lei n.º 2089/2021, de 14 de maio, que proíbe o uso do castigo físico que, no Código Civil, era moderadamente permitido.

Mesmo que o termo seja alterado para autoridade parental, continua com uma nuance que implica uma relação unidirecional. Deve lembrar-se que derivados da relação filial os filhos também têm uma série de deveres para com os seus pais; para além de respeito e obediência, devem assumir cuidados na velhice. O termo responsabilidades parentais utilizado em Portugal parece referir-se às responsabilidades atribuídas aos familiares e não apenas aos pais. Contudo, o termo responsabilidades parentais ainda não é completo, porque mesmo terceiros podem tomar conta dos cuidados pessoais das crianças nos casos em que os pais têm impedimento e o juiz assim o decide.

⁴¹ Em CASTILLO YARA, Esperanza, “La custodia compartida en Colombia: elementos fundantes de una nueva concepción”, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 397, explica-se que, com estes critérios, a *Corte Suprema de Justicia* conclui que não se trata de impor um regime de residência partilhada, mas de formular uma regra geral a ser seguida para que crianças e adolescentes possam crescer rodeados do maior contacto, amor e orientação de ambos os pais. Isto não significa que a residência não possa ser concedida apenas a um dos pais; o exercício unilateral será bem-vindo quando procura garantir os direitos das crianças e é adotado no seu melhor interesse. Contudo, estes critérios constituíram um precedente de cumprimento obrigatório para as autoridades públicas, para além de uma solução para o processo judicial.

⁴² PÉREZ CONESA, Carmen, *La Custodia Compartida*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2016, 100, explica como a atribuição do exercício conjunto das responsabilidades parentais foi declarada como normal e desejável, assim como os critérios de atribuição foram entendidos, de 2009 a 2016, pelo Tribunal Supremo de Espanha.

O poder e o dever de cuidar ou de cuidar pessoalmente das crianças é uma questão de importância vital quando há uma rutura na relação entre os pais. Assim, os critérios de atribuição da residência a um ou a ambos os pais tornam-se fundamentais, porque o bem-estar das crianças ou adolescentes envolvidos depende em parte disso. A falta de critérios estabelecidos na lei significa que os tribunais têm de investigar diferentes fatores que garantam o melhor interesse da criança e, por conseguinte, a jurisprudência tornou-se o ponto de referência para tomar este tipo de decisão, colocando um ónus adicional sobre a jurisdição. Para além da falta de critérios legais, cada relação familiar responde à sua própria dinâmica e isto contribui para o facto de casos semelhantes não terem exatamente as mesmas decisões judiciais.

Um aspeto que está indubitavelmente presente nos sistemas jurídicos português e colombiano é a intervenção das autoridades estatais para avaliar as condições acordadas pelos pais por comum acordo, uma vez que as responsabilidades parentais são de natureza estatutária. A intervenção deve ser dirigida não só à revisão dos aspetos formais levantados pela norma, mas deve também permitir que a criança ou adolescente seja ouvido e que a decisão a tomar tenha em consideração a sua opinião. Embora seja um direito estabelecido no Código da Infância e Adolescência colombiano (art. 23.º), a situação no país não é satisfatória, dada a falta de uma regra expressa nos procedimentos administrativos e judiciais em que se atribui o cuidado de menores. É problemático que nos processos de divórcio perante um notário, o defensor de família se limite a emitir um conceito que avalia o acordo dos pais

no que diz respeito ao princípio do interesse superior do menor, mas em que não há contacto com os menores; por outro lado, em locais onde não há defensor de família e o comissário de família assume a jurisdição, há falta de pessoal profissional interdisciplinar para levar a audiência com o menor.

O exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais (em conjunto). A lei portuguesa prevê que, em caso de rutura da relação, o exercício será mitigado, as decisões dos pais serão dirigidas a assuntos de importância vital e/ou atos da vida quotidiana, conforme o caso. Este é um desenvolvimento da instituição de residência que merece consideração no sistema jurídico colombiano, uma vez que a jurisprudência do país estabeleceu uma preferência pela custódia partilhada, o que implica que o juiz estabeleça um regime de coabitação de cada um dos pais com os filhos, em oposição à custódia individual, o que implica estabelecer um regime de comunicação e visitas com o outro progenitor.

Ainda merece reflexão, porque a aptidão dos pais deve ser orientada não só para garantir o bem-estar das crianças, proporcionando um ambiente apropriado de acordo com a sua idade, mas também para a cooperação com o outro progenitor, que muitas vezes é difícil devido ao estado de rutura da relação. Neste ponto, a mediação familiar poderia ser uma ferramenta para assegurar uma comunicação e interações saudáveis, através de um grande número de equipas profissionais que apoiassem o processo; no entanto, a mediação familiar é apropriada desde que os pais decidam receber apoio por vontade própria.

CONSELHO DE FAMÍLIA: UMA BREVE ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O DIREITO ANGOLANO E O DIREITO PORTUGUÊS¹

Armando Jelembi*

Professor da Faculdade de Direito da Universidade José Eduardo dos Santos – Huambo/Angola e Investigador Integrado do IJ da Faculdade de Direito da UC

Resumo: *Com o presente artigo pretendemos elaborar uma breve análise comparativa entre Angola e Portugal sobre o instituto jurídico do conselho da família. A importância deste instituto no âmbito das múltiplas relações estabelecidas entre as pessoas no seio familiar, e atendendo à proximidade entre angolanos e portugueses, começa a exigir que floresça o estudo comparado entre as duas ordens jurídicas, pois a experiência vem mostrando que cada vez mais angolanos vêm viver para Portugal, e que a inversa também se faz sentir.*

Palavra-chave: *Conselho de Família. Direito comparado.*

Abstract: *With this article we intend to elaborate a brief comparative analysis between Angola and Portugal on the legal institute of the family council. The importance of this institute in the context of the multiple relationships established between people within the family and given the proximity between Angolans and Portuguese requires a comparative study between the two legal orders, as experience shows that more and more Angolans are coming to live in Portugal, and the opposite is also felt.*

Keyword: *Family Council. Comparative law.*

I. Introduzindo

O Direito da Família é dos ramos de Direito que mais atinge as relações entre as pessoas no plano da intimidade emocional, da procriação, da filiação, enfim, do *tu*, do *eu* e do *nós*. Bastará entendermos como aceitável que a família é o núcleo da sociedade para daí se extrair a importância dela.

A união de cônjuges é uma das virtualidades mais importante do mundo humano, possivelmente a união humana mais rica, transmitindo consequentemente felicidade aos cônjuges e, depois, se assim decidirem, a continuação do casal pelos filhos. Não tem sido pacífico este entendimento. Há quem, por razões atendíveis no plano da nossa diversidade esteja mais preocupado com a descendência (e por isso com a continuidade da própria espécie humana) ou com a felicidade imediata (o *eu* e o *tu*, nunca o *ele*), levando a considerar a união conjugal como instrumento de fecundidade ou de felicidade.

A natureza gregária do homem torna-o um ser intencionalmente incompleto, que não se basta a si mesmo, tem necessidade dos outros para amadurecer e expandir a sua personalidade. Por isso, o homem precisa da sociedade e a sociedade é o *húmus* a partir da qual se retiram todos os elementos de aperfeiçoamento de cada um. Não sendo supra-humana, a pessoa deixa de ter valor se a sua utilidade

* O Autor vive num país que (ainda) não aderiu ao acordo ortográfico, e por isso prefere escrever com o estilo anterior ao acordo ortográfico.

não servir aos demais na *societas*, porquanto a sua capacidade de aperfeiçoamento como ser humano só é individualmente considerada na sua diferença dentro da comunidade. Nesta multiplicidade de buscas da sua integração na colectividade, o indivíduo realiza-se no seio de todos, estando nas *mãos* do Direito da Família a ingente tarefa de regular os diversos institutos sociais que o Direito tutela. Não exageramos se dissermos que a família é a base da vida do homem e que ela sustenta o edifício do viver humano; o seu modo de pensar e de agir em todas as circunstâncias da vida deve inspirar-se nos princípios respeitados e erguidos no seio familiar.

O Direito da Família abarca um conjunto de institutos jurídicos cuja relevância social e jurídica é assinalável. Tais institutos foram sendo modelados por força das alterações que o passar do tempo impôs. O casamento, o parentesco, a adopção, a filiação, o exercício da autoridade paternal (responsabilidades parentais em Portugal), *v.g.*, foram objecto destas alterações e, enquanto fontes do Direito da Família, este ramo de Direito foi-se adaptando às novas realidades, que para alguns, por motivação ideológica, religiosa e cultural, nem sempre resolveu os seus anseios e interesses. Em consequência, o conselho da família foi tendo o seu papel conforme a realidade própria. Bastará visitar o art. 2º, nº 1 do Código da Família (CF) angolano para entender a exagerada intromissão ideológica na família: “[a] família deve contribuir para a educação de todos os seus membros no espírito do amor ao trabalho, do respeito pelos valores culturais e do combate às concepções ultrapassadas no seio do povo, da luta contra a exploração e a opressão e da fidelidade à Pátria e à Revolução”. Esta era a demonstração de como as sociedades comunistas olhavam para o indivíduo; era pertença de um projecto político-ideológico, e não alguém com digni-

dade de pessoa humana com autonomia, com liberdade. O mesmo é dizer que a pessoa humana é o ponto de partida e de chegada, o princípio e o fim, o *alfa* e o *omega* dos direitos de personalidade. O conselho da família é regulado em Angola pelo Código da Família, aprovado pela lei nº 1/88, de 20 de Fevereiro, especificamente nos arts. 16º a 19º (com referências nos arts. 195º [acções de filiação] e 215º [processo de adopção]). No Direito luso está regulado no Código Civil (CC), nos arts. 1951º a 1960º. Como órgão do processo da tutela, no passado foi sendo solicitada a sua intervenção noutras áreas do Direito Civil, quando excepcionalmente se dá a sua convocação para as conferências de interessados no processo de inventário ou nas licitações, nos termos dos artigos 1352º e 1372º, nº 3 do Código de Processo Civil, entretanto revogados através do Decreto-lei nº 227/94, de 8 de Setembro. Ainda assim, no CC, encontramos a intervenção consultiva do Conselho de Família: art. 1938º, nº 2, (“o tribunal não concederá a autorização que lhe seja pedida sem previamente ouvir o conselho de família”); art. 1941º (“o tribunal de menores, ouvido o conselho de família, pode confirmar os actos praticados pelo tutor sem a necessária autorização”); art. 1942º, sobre a determinação arbitral pelo tribunal de menores da remuneração do tutor, em que deve ser ouvido o conselho de família; por fim, o art. 1949º determina ser ouvido o conselho de família na acção de remoção do tutor.

A fixação do regime do conselho de família no Código português poderá ter a ver, conforme os Professores de Coimbra defenderam, com o facto de ser “(...) consequência do maior afrouxamento dos laços familiares e um espelho da redução sociológica do âmbito familiar”¹. Na verdade, e apesar

¹ LIMA, Pires / VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. V, Coimbra Editora, 1995, anotação ao art. 1951º, pág. 479.

de os *direitos* no âmbito do Direito da Família serem poderes-deveres, poderes funcionais, na medida em que o seu titular não os exerce unicamente no seu interesse, mas também no interesse do sujeito passivo, esta visão tem sofrido confrontação com uma nova “consciência comunitária” que parece estar a abusar das liberdades, explorando o individualismo ao ponto de ser questionado o amparo do *outro*. A família deixou de ser a titular dos interesses referidos, “grupo coeso, hierarquicamente organizado que se considerava titular de interesses específicos”²; cedeu a um super-subjectivismo em matéria de direitos, que Tomás Prieto Alvarez³ fez questão de apelidar como tese do «culto da personalidade», que “*apunta a la auto-institución del status jurídico de cada sujeto (...)*”. Este hiperindividualismo levou a reduzir o papel da família, favorecendo, conforme o mesmo autor espanhol, uma pretensão de transformar a *priori* em ‘direito’ qualquer reivindicação, aspiração, desejo ou tendência das pessoas. Constata-se que o conselho de família é um órgão institucionalizado nas ordens jurídicas em comparação, cujas raízes diferem por razões óbvias: em Angola a família (*rectius*, o casamento ou a união de facto, e os institutos que daí derivam) tem origem nas suas tradições (*v.g.*, com o alambamento⁴); foi depois fortemente influenciada pela doutrina cristã (com a disciplina do Direito Canônico sobre as relações familiares) trazida com a expansão colonial; com a independência nacional,

tentou-se o seu desaparecimento, com a aplicação massiva da doutrina comunista, que negava a religião e pregava a pertença do indivíduo à colectividade. Em Portugal, além da tradição, que permitia abertamente uma intromissão de familiares, ainda que afastados, ou de membros da comunidade mais próximos da família, dos vários centros de poder (político, jurídico e religioso) nos assuntos internos dessa família, também influíram fortemente a influência cristã e uma separação entre a família e o Estado, a partir do século XIX, que proporcionou um significativo subjectivismo liberal. Estas diferenças de origem marcam as actuais dissemelhanças.

Outra razão a considerar para o surgimento do conselho de família será o facto de o Direito de Família atender às questões de valor pessoal, como as relações de afectividade, o que implicou uma especialização jurisdicional, como os tribunais de família e os tribunais de menores. Considera-se que há uma zona tampão que impede a intervenção exclusiva do Direito Público, pois a regulamentação de áreas da vida familiar deve ser feita “com particulares precauções e com profundo conhecimento”⁵ para lograr êxito. Em consequência, especializaram-se órgãos jurisdicionais, profissionalizaram-se juízes com treinamento direccionado nestas áreas, constituíram-se corpos de assessoramento com profissionais de outras áreas do saber, mas que sustentam as decisões judicativas na resolução de conflitos. Em conclusão, podemos afirmar que os conselhos de família são um reflexo da necessidade de alguma auto-regulamentação que fuge ao paradigma estadual de realização da justiça⁶.

Nas relações familiares encontramos diferenças que podem ser significativas entre os seus membros.

² CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª ed., revista e actualizada, (5ª reimpressão da edição de 1997), Almedina, Coimbra, 2010, pág. 139. Temos uma observação a fazer: hoje não faz sentido considerar haver uma hierarquia familiar, a igualdade dos cônjuges destrói tal teoria.

³ “El Derecho Constitucional al Desarrollo de la Persona”, *BFDUC*, Vol, XCIV, Tomo II, Coimbra 2018, pág. 1213-1287.

⁴ MBAMBI, Moisés, O alambamento nos Direitos Africanos, disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Moises-mbambi-O-ALAMBAMENTO-NOS-DIREITO-AFRICANOS.pdf>. Acedido a 21 de Fevereiro de 2022.

⁵ CAMPOS, Diogo Leite de, *Direito da Família e das Sucessões*, ob. cit., pág. 129.

⁶ CAMPOS, Diogo Leite de, *Direito da Família e das Sucessões*, ob. cit., pág. 289.

Diferenças no plano das pessoas que a integram, no plano das ideias e no plano dos comportamentos⁷. Diferenças assinaláveis nas convicções políticas, culturais ou outras, relativas às formas de viver, aos costumes, crenças religiosas ou filosóficas⁸, impoem a existência de *um princípio do reconhecimento da diferença, ou mesmo um princípio do respeito pela diferença*⁹. A família representa um diferenciável conjunto de relações dinâmicas e de proximidade entre os seus membros e as suas externalidades. É um espaço simbólico cuja estruturação compreende uma série de aprendizagens e valores que estão expostos à influência do meio ambiente¹⁰. Relacionar-se implica saber lidar com o outro, com a diferença do outro. O Homem é um ser que está constantemente a descobrir-se, a completar-se e, como diz Castanheira Neves¹¹, “uma mais profunda reflexão quanto ao sentido com que nós próprios nos deveremos compreender

e as exigências do nosso compromisso coexistente, e sobretudo convivente, em projectada coerência com esse sentido, convocam o que podemos dizer uma *antropologia axiológica*. Tanto ao *homo faber* e também simplesmente *laborens* da sociedade técnica, como ao *homo ludens* da sociedade de bem-estar à *outrance* que volveu o homem vazio (espiritualmente vazio) dessa ‘sociedade do vazio’, há que opor a afirmação do homem-pessoa, e com todas as implicações axiológicas e éticas do sentido de pessoa”. No seu processo funcional, havendo litígio a dirimir ou direito a declarar, o conselho de família vem representar um ponto de equilíbrio entre a autonomia das famílias (que visam a fraternidade e a unidade na diversidade) e o dever do Estado de apoiar as famílias como “núcleo fundamental da organização da sociedade e é objecto de especial protecção do Estado”, “promovendo a igualdade entre o homem e a mulher” – art. 21º, al. k) e 35º, nº 1 da Constituição da República de Angola (CRA) –, estendendo a protecção aos filhos que devem ser considerados “iguais perante a lei, sendo proibida a sua discriminação e a utilização de qualquer designação discriminatória relativa à filiação” – art. 35º, nº 5 CRA.

Ainda que o conselho de família não decida, serve de foco transmissor (algumas vezes de verdadeira âncora) de uma intenção de tolerância, e representa um ponto de calibragem de diferenças. Tem uma *função institucional*¹² que, primeiro, se dirige à tolerância em relação às partes integrantes da família que litigam ou buscam o reconhecimento de um direito; depois, tolerância em relação ao poder do Estado, *rectius*, dos tribunais, para atenderem as diferenças, de uma “tolerância substancial”, como ‘reconhecimento positivo’ de religiões, mundividências [ou

⁷ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *O Intervalo da Tolerância nas Fronteiras da Juridicidade*, STVDIA IVRIDICA 111, BFD, Universidade de Coimbra, 2019, pág. 359 seg.

Cfr. COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, com a colaboração de Rui Moura Ramos, vol. I, 5ª ed., Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, pág. 112-118. Os Autores, a propósito das relações *parafamiliares*, enumeram seis tipos: relação entre esposados; relação entre ex-cônjuges; vida em economia comum; relação entre tutor e tutelado; pessoa a cargo de outra; e pessoa criada e sustentada por outra. Ensinam este insigne Professores que “chamamos relações *parafamiliares* a relações que, não sendo propriamente relações de família, são conexas com elas, estão equiparadas a relações de família para determinado efeito, ou são condição de que dependem, em certos casos, os efeitos que a lei atribui à relação conjugal ou às relações de parentesco, afinidade e adoção”. Assim se compreende a complexidade e amplitude de relações que podem ser objecto de pronunciamento do conselho de família e os cuidados envoltos no seu procedimento.

⁸ PINTO, Paulo Mota, “Notas sobre o ‘Imperativo de Tolerância’ e seus limites”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos*. Coimbra: Gestlegal, pág. 185-222.

⁹ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *O Intervalo da Tolerância nas Fronteiras da Juridicidade*, ob. cit., pág. 544.

¹⁰ ALARCÃO, M., *(Des) Equilíbrios Familiares*. Lisboa: Quarteto Editora, 2000.

¹¹ *Apontamentos complementares de Teoria do Direito – Sumários e textos*, Coimbra, 1998-1999, pág. 72.

¹² PINTO, Paulo Mota, “Notas sobre o ‘Imperativo de Tolerância’ e seus limites”, ob. cit., pág. 197.

outras] formas de vida estranha”¹³. Na intenção de proporcionar tutela jurídica a quem sente tal necessidade, o tribunal convocará o conselho de família, por imperativo legal ou pela natureza do caso, para, através do seu posicionamento, influenciar o exercício da tolerância como critério para uma autónoma decisão judicativa¹⁴, demonstrando que o direito tem de ter adesão à realidade, que é uma problemática realisticamente *especial* das relações jurídicas familiares¹⁵.

A composição do conselho de família, impondo dois membros de cada lado das famílias, sugere o respeito pelo princípio da igualdade, mas que permite um direito à diferença, desde a constituição da família (igualdade entre homem e mulher, e entre filhos) até ao momento da constituição do conselho de família (igualdade entre as entidades familiares, facilitando um encontro de interesses válidos para o interessado).

¹³ PINTO, Paulo Mota, “Nota sobre o ‘Imperativo de Tolerância’ e seus limites”, *ob. cit.*, pág. 206.

¹⁴ GAUDENCIO, Ana Margarida Simões, *O Intervalo da Tolerância nas Fronteiras da Juridicidade*, *ob. cit.*, pág. 589. A autora ensaia a admissibilidade da “tolerância como critério jurídico: sentido pertinente de critério”, “a tolerância enquanto critério para o exercício de direitos”, “a tolerância enquanto critério normativo legalmente positivado”, “a (im)possibilidade de mobilização da categoria *tolerância* enquanto *cánone* (jurídico/extrajurídico) no concreto *juízo decisório*” e “sentido(s) exemplares da convocação da categoria tolerância na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: os casos *Dudgeon c. Reino Unido*, *Lautsi c. Itália*, *Kjeldsen, Busk, Madsen e Pedersen c. Dinamarca*, *Sabin c. Turquia* e *Dablab c. Suíça*”.

¹⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Direito da Família Contemporânea*, 7ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, pág. 34 seg.

As alterações que se seguiram à vigência da primeira Lei Constitucional, fizeram-se sentir mais no Direito Público. Já do Direito Civil, o nosso CC sofre uma grande rotura apenas no Livro sobre o Direito da Família, pelo que o pensamento ideológico de cariz marxista-leninista ficou aí marcado. Igualmente, alguns laivos do costume também ficaram aí assinalados – alambamento, v.g. – ainda que seja de admitir-se que a convivência entre o costume e o direito positivo não era bem recebida pelo “processo revolucionário angolano”.

II. Finalidades do presente trabalho

Já anunciámos que o nosso trabalho tem como fim principal um estudo comparado. Metodologicamente, o direito comparado é um estudo comparativo de direitos que consiste essencialmente na estruturação sistemática de semelhanças e dissemelhanças – para o presente caso, de um instituto jurídico. Há um número considerável de métodos que o labor comparatístico utiliza, mas nós propomo-nos utilizar a análise *estrutural funcional* do instituto em causa e, sem necessidade de o mencionar como método, há-de ser entendido que o *contexto cultural* em que o instituto está integrado influencia a sua compreensão¹⁶. Por sua vez, o instituto jurídico pode ser tomado como o “conjunto de normas, princípios, instituições e organizações de natureza jurídica que, numa dada ordem jurídica, possam ser tomados unitariamente sob certa perspectiva ou critério”¹⁷.

Como sabemos, apesar de Angola fazer parte de um largo grupo de países falantes da língua portuguesa que comungam princípios, valores e interesses semelhantes, em questões de conteúdo, como o do Direito da Família, procurou preservar valores e interesses genuinamente autóctones, mais conformes com a realidade sócio-cultural e, como afirmou Dário Moura Vicente¹⁸, demonstrou “ma-

¹⁶ VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, vol. I, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pág. 37 seg.

¹⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, / CARVALHO, Jorge Morais, *Introdução ao Direito Comparado*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, pág. 13.

¹⁸ “O lugar dos sistemas jurídicos lusófonos entre as famílias jurídicas”, in *Separata de Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, FDL, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pág. 401-429.

Há que ter em atenção o facto de que o nosso Direito da Família teve dois períodos diferentes e alguns pontos que revelaram choques: antes e depois da independência. A influência religiosa e político-ideológica deixou a sua marca. Uma valorização ‘normativa’ (muitas vezes excessiva) da sociedade tradicional africana e do direito tradicional também fazem diferença. As possíveis alterações que o Direito da Família angolano virá a sofrer com a reforma em curso e devido às alterações oriundas da Constituição, designadamente na consideração do costume

nifestações da resistência que as matérias integradas no estatuto pessoal das pessoas singulares sempre opuseram à recepção de Direitos estrangeiros”. Entendemos que é no interior das famílias que se sente a pujança do costume, os valores segregados pelas gerações tendo a família como sua guardiã.

Tratando de comparação da regulamentação de um instituto jurídico que reside em dois ordenamentos jurídicos da mesma família jurídica, com conexões culturais e identidade jurídica, a função da comparação será também relativa aos direitos nacionais, focando-nos na avaliação do conhecimento do sistema jurídico onde está enquadrado o instituto jurídico, destacado pela originalidade de um e a recepção de outro; sobre a interpretação das normas jurídicas e a integração de lacunas, tendo em atenção elementos transtextuais e culturais ínsitos nas ordens jurídicas em questão, influência das zonas políticas e económicas em que estão integrados, já que juridicamente as normas de apoio ao julgador, em Angola e em Portugal coincidem – arts 9º e 10º do CC (com os devidos cuidados relativamente a Portugal, pois devem ser observados os princípios e normas do Direito Europeu¹⁹). Resultará do exercí-

como fonte de direito (art. 7º) e no campo dos direitos, liberdades e garantias das pessoas, deverão influenciar o que nascerá da reforma. Espero de bom grado que a reforma não venha a ser simplista, e muito menos radical. Deverá manter a mesma unidade dogmática e axiológica que valoriza a sustentabilidade das relações entre dois povos que têm na língua um profundo legado identitário nas relações jurídicas, económicas e culturais.

¹⁹ A recepção, hierarquia e obrigatoriedade do Direito Europeu está regulada no art. 8º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Prevê o nº 2 a recepção plena de todo o direito internacional convencional. O nº 3 dispõe sobre a vigência do direito proveniente da EU. Já o nº 4 estabelece a garantia da aplicação do direito da EU na ordem interna portuguesa, com a condição do respeito pelos princípios fundamentais do Estado democrático, que vêm espelhados no art. 288º CRP. Do exposto, surpreende uma característica importante do ordenamento da EU, que é o efeito direto de que gozam algumas das suas normas, que podem ser invocadas pelos cidadãos perante os órgãos jurisdicionais internas, contra o Estado (efeito vertical), ou contra os indivíduos (efeito horizontal). Significa dizer que, para assegurar a efectividade do direito da União, todas as normas dos tratados que se

comparativo uma função de apuramento do nível de semelhança e diferença entre as culturas jurídicas, manifestando-se como uma ciência auxiliar da ciência jurídica, moldando o operador jurídico de um conhecimento que vai para lá da sua ordem jurídica²⁰.

III. O que diz o CF angolano e o CC português

O CF angolano, no art. 17º, nº 1, considera que “[o] Conselho de Família é o órgão consultivo do Tribunal nas acções de natureza familiar previstas nesta lei”. O nº 2 adianta que “para além dos casos de intervenção obrigatória, pode o Tribunal, a requerimento das partes e sempre que tal se justifique, fazer intervir o Conselho de Família, em qualquer das acções previstas nesta lei”. Em Portugal, o preceito equiparado ao deixado escrito encontra-se no art. 1954º CC, sob a epígrafe “Atribuições”, determinando que “pertence ao conselho de família vigiar o modo por que são desempenhadas as funções do tutor e exercer as demais atribuições que a lei especificamente lhe confere”.

Partindo destes dois preceitos, podemos dar início às primeiras diferenças. No direito angolano,

dirijam directa e imediatamente aos indivíduos, e que sejam de natureza proibitiva e/ou impositivas contra os Estados-membros obrigando-os a um *facere* ou a tomarem um comportamento de abstenção, têm efeito directo perante os particulares, podendo serem invocáveis perante os tribunais nacionais, desde que tais disposições sejam claras, precisas e incondicionais. Para mais informação, veja-se PAIS, Sofia Oliveira, *Direito da União Europeia: legislação e jurisprudência fundamentais*. 2ª ed., Lisboa: QJ. Sociedade Editora Lda, 2016. Da mesma autora, *Princípios Fundamentais do Direito da União Europeia. Uma abordagem jurisprudencial*. Coimbra: Almedina. 2011. Também QUADROS, André Gonçalves Pereira Faustos de, *Manual de Direito Internacional*, 3ª ed., revista e aumentada, 11ª reimp., Coimbra: Almedina. 2015.

²⁰ Carlos Ferreira de Almeida/Jorge Morais Carvalho, *Introdução ao Direito Comparado*, cit., pág. 19. Dizem os autores, a propósito, que uma “imagem sugestiva qualifica como ‘ptolomaica’ a concepção do profissional que só conhece a sua própria ordem jurídica, e como ‘copernicana’ a perspectiva do jurista que alargou os seus horizontes através de uma visão comparativa do direito”.

o instituto do conselho da família é autónomo, situado num capítulo. A sua autonomia tem por base o facto de atender consultivamente o tribunal em todas as acções de natureza familiar: anulação e nulidade do casamento, divórcio, perfilhação, adopção, regulação da autoridade paternal, alimentos e outros. Há casos em que a intervenção do conselho é obrigatória e sempre que se justifique e, a requerimento das partes, poderá intervir nas acções não obrigatórias. Na pátria de Camões, o instituto vem inserido no título III, da filiação, e no capítulo sobre os efeitos da filiação. A função do conselho de família limita-se a vigiar o modo como são desempenhadas as funções do tutor. Além da vigilância, a lei poderá, segundo as circunstâncias, conferir especialmente outras atribuições, sempre no âmbito da filiação. Podem ser consideradas, implicitamente, atribuições do conselho de família o constante no art. 1956º, cuja epígrafe é “Outras funções do protutor”, onde, além de fiscalizar a acção do tutor, pode, designadamente a) “[c]ooperar com o tutor no exercício das funções tutelares, podendo encarregar-se da administração de certos bens do menor nas condições estabelecidas pelo conselho de família e com o acordo do tutor”; b) “[s]ubstituir o tutor nas suas faltas e impedimentos, passando, neste caso, a servir de protutor o outro vogal do conselho de família”; c) “[r]epresentar o menor em juízo ou fora dele, quando os seus interesses estejam em oposição com os do tutor e o tribunal não haja nomeado curador especial”.

Uma primeira justificação que deve ser apontada ao facto de o conselho de família no Direito angolano abranger todas as acções que podem ser desencadeadas neste ramos e no Direito português estarem circunscritas ao sistema tutelar, está ligada ao facto de que, sendo o menor considerado incapaz, é necessário um mecanismo de apoio

a garantir o seu superior interesse, uma vez que as outras zonas do Direito da Família, como o casamento, a filiação, adopção, etc., se situam numa zona em que a autonomia privada prevalece. Bastará ver que o nosso Direito pátrio não considera o casamento como um contrato (art. 20º do CF fala em *união*), e é entendimento luso que o casamento é um contrato (art. 1577º e 1616º, al. a) CC), não justificando a intervenção de parentes, afins ou vizinhos em questões cuja sustentação do vínculo de alguém com outro seja o amor ou sentimentos afectivos. Daí, comparativamente, os pressupostos da declaração do divórcio serem mais liberais em Portugal do que em Angola²¹. Aqui persiste a ideia do divórcio-sanção, cujo fundamento maior do requerimento é a violação dos deveres conjugais por parte de um deles e, por isso, a legitimidade para a sua invocação apenas cabe ao cônjuge lesado, o que levanta dúvidas ao nível da culpa no plano de relações do foro íntimo. A intervenção do conselho de família (com vizinhos, *v.g.*) é também uma questão que vem levantando muita discussão, numa área em que o que impera é o amor, o afecto (!).

²¹ Em Angola, o CF no art. 98º, sob a epígrafe “Fundamentos específicos”, estão descritas as causas de pedir o divórcio litigioso: a) Pela separação de facto por tempo superior a três anos; b) Pelo abandono do país por parte do outro cônjuge como propósito de não regressar; c) Pela ausência sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a três anos; d) Pela alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, clinicamente verificada, quando dure mais de três anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum. Já em Portugal, o art. 1781º do CC, sob a epígrafe “Ruptura do casamento”, determina como fundamentos do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges: a) A separação de facto por um ano consecutivo; b) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum; c) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano; d) Quaisquer outros factos que, independentemente de culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento. Quanto ao divórcio por mútuo consentimento, em Angola apenas é admissível depois de três anos da celebração de casamento e quando os cônjuges tenham completado 21 anos de idade – art. 83º CF; no CC português o divórcio pode ser instaurado a todo o tempo – art. 1775º.

IV. Paridade na constituição do conselho de família

O CF angolano trata da constituição do conselho de família no art. 17º, estabelecendo no n.º 1 que “[o] Conselho de Família é constituído por quatro pessoas, que não sejam partes na acção, escolhidas entre os parentes, preferindo os de grau mais próximo, o cônjuge, os afins e, na falta destes, as pessoas que convivem com as partes”; no n.º 2, “[n] a constituição do Conselho de Família, o Tribunal deverá, sempre que possível, garantir a representação equitativa dos parentes de cada um dos companheiros da união de facto e das linhas materna e paterna de parentesco”. O art. 18º (Indicação) determina que “[os] membros do Conselho de Família serão indicados pelas respectivas partes e, na falta de indicação, deverá ser o tribunal a nomeá-los, recolhidas as necessárias informações, podendo substituí-los quando necessário”. Os lusitanos têm no art. 1951º do CC a regra da constituição. Determina o preceito que “[o] conselho de família é constituído por dois vogais, escolhidos nos termos do artigo seguinte, e pelo agente do Ministério Público, que preside”. A escolha dos vogais – art. 1952º CC – determina, n.º 1, que os “vogais do conselho de família são escolhidos entre os parentes ou afins do menor, tomando conta, nomeadamente, a proximidade do grau, as relações de amizade, as aptidões, a idade, o lugar de residência e o interesse manifestado pela pessoa menor”; no n.º 2 fica estabelecido que “na falta de parentes ou afins que possam ser designados nos termos do número anterior, cabe ao tribunal escolher os vogais de entre os amigos dos pais, vizinhos ou outras pessoas que possam interessar-se pelo menor”; por fim, o n.º 3 dispõe que “sempre que possível, um dos vogais do conselho de família pertencerá ou representará a linha paterna e o outro a linha materna do menor”.

Relativamente às incapacidades e escusas, o art. 1953º dispõe que, n.º 1, “é aplicável aos vogais do conselho de família o disposto nos artigos 1933º e 1934º” e, n.º 2, “é ainda fundamento de escusa o facto de o vogal designado residir fora do território continental ou da ilha adjacente”.

V. Estrutura funcional do CF angolano e do CC português

No âmbito do seu funcionamento, o CF determina no art. 19º (Deliberações), n.º 1 que “[o] Conselho de Família poderá reunir com pelo menos um membro representante de cada parte, devendo as deliberações serem tomadas por maioria”, quando esta solução não for possível, “(...) deverá o Tribunal consignar sucintamente o conteúdo das opiniões expressas” - n.º 2.

A convocação do conselho no CF não depende de uma notificação em particular, bastando que a instância de uma acção de natureza familiar tenha sido iniciada, obedecendo-se ao formalismo processual constante no CF e, subsidiariamente, no Código de Processo Civil. Contrariamente ao que acontece no CC português, a convocação do conselho é realizada, nos termos do disposto no art. 1957º, da seguinte forma: o “conselho de família é convocado por determinação do tribunal ou do Ministério Público, ou a requerimento de um dos vogais, do tutor, do administrador de bens, de qualquer parente do menor, ou do próprio menor, quando tiver mais de dezasseis anos” – n.º 1. Para tal, “a convocação indicará o objecto principal da reunião e será enviada a cada um dos vogais com oito dias de antecedência” – n.º 2.

Apesar de nada estar regulado pelo CF, em Angola a posição de membro do conselho de família não beneficia de remuneração, não só pela sua natureza funcional como pela prática que se regis-

tou e pela intencionalidade teleológica ínsita nos valores ideológicos. Também o CC luso determina expressamente, no art. 1958º, a gratuidade das funções do cargo de vogal. Finalmente, quanto à remoção e exoneração dos membros do conselho, o CF faz-lhe uma referência muito simplista, ao determinar, na parte final do art. 18º, que o Tribunal pode “substituí-los quando necessário”. O CC luso – art. 1960º – determina que são “aplicáveis aos vogais do conselho de família, com as necessárias adaptações, as disposições relativas à remoção e exoneração do tutor”.

VI. Constituição e indicação dos membros

A única semelhança que merece relevância é o facto de que em ambas as ordens jurídicas os membros deste órgão devem ser escolhidos entre os parentes mais próximos (“... escolhidos entre os parentes, preferindo os de grau mais próximo, o cônjuge, os afins e, na falta destes, as pessoas que convivem com as partes” – art. 17º, nº 1 do CF angolano – e “... são escolhidos entre os parentes ou afins do menor tomando em conta, nomeadamente, a proximidade do grau, as relações de amizade, as aptidões, a idade, o lugar de residência e o interesse manifestado pela pessoa do menor” – art. 1952º, nº 1 do CC português.). Nos dois países podem ser membros do conselho pessoas que, mesmo não sendo familiares, bastará que sejam “pessoas que convivam com as partes”, art. 17º, nº 1 CF, ou que sejam afins, tendo em consideração as “relações de amizade, as aptidões, a idade, o lugar de residência e o interesse manifestado pela pessoa do menor”, nº 1, ou os “amigos dos pais, vizinhos ou outras pessoas que possam interessar-se pelo menor”, nº 2, do art. 1952º CC.

As diferenças são mais assinaláveis. Começam pelo *fim* do instituto jurídico: no Direito angolano, ele serve para todas as acções de natureza familiar; já a ordem jurídica portuguesa atende apenas ao exercício das responsabilidades parentais, mais precisamente no sentido de “vigiar o modo por que são desempenhadas as funções do tutor” – art. 1954º, nº 1 CC. Outra diferença está no facto de que em Portugal o Ministério Público faz parte do conselho e é por si presidido, já em Angola, apesar de não estar expresso, o juiz da causa é quem preside, e o Ministério Público não faz dele parte.

VII. Natureza jurídica e atribuições do conselho de família

A autora material do Código de Família é a inditosa Professora Maria do Carmo Medina, quem defendia fervorosamente a ideologia comunista de índole marxista-leninista. Para ela “[o] novo Código da Família veio dar especial relevo ao Conselho de Família, que surge como órgão coadjuvante das funções judiciais, chamado a intervir nas diversas acções relativas às relações jurídicas familiares”²². Como se depreende, o conselho de família tem *natureza consultiva*, pois é chamado a coadjuvar o tribunal. As suas deliberações não obrigam o tribunal, não sendo, por conseguinte, de natureza executiva;

²² *Direito da Família*, Colecção da Faculdade de Direito da UAN, Luanda, 2001, pág. 71. Entende esta professora, que “ao atribuir ao Conselho de Família tal importância teve-se em mente a realidade social subjacente à sociedade tradicional angolana. O relevo que lhe é dado resulta do aproveitamento de um instituto familiar do direito costumeiro a que se refere o relatório do Projecto do Código de Família”. Adianta justificando que “é sabida a importância que nas relações tem a intervenção dos membros da família de uma e de outra parte, para resolver os litígios que se deparam na vida familiar. São as chamadas ‘reuniões de família’, são convocadas para apreciação e deliberação sobre questões e dissídios que surgem nas relações entre membros da comunidade familiar. Normalmente são chamados a intervir os elementos mais idosos ou os considerados mais idóneos pelos demais familiares”.

pelo contrário, são meramente opinativas, em homenagem ao princípio segundo o qual o juiz está somente adstrito à lei e decide conforme a sua convicção, apesar da influência que as deliberações, quando tomadas por unanimidade, terão na futura decisão judicial, tendo também em referência a sua composição numérica²³. Atendendo à natureza independente dos tribunais e ao dever de fundamentar as suas decisões, sempre que afastar as deliberações do conselho de família, deverá fundamentar no sentido de cumprir o limite do sentido da liberdade decisória do juiz dentro do seu espaço de discricionariedade vinculante, de um lado, e, de outro lado, cumprir com duas funções que implicam a decisão judicial: a primeira, de natureza endoprocessual, que tem por finalidade impor ao decisor um momento de exame e controlo crítico da coerência da decisão; em segundo lugar, de natureza extraprocessual, que visa demonstrar a constitucionalidade do exercício judicial, cumprindo com o dever de motivação, para que a todos seja possível compreender e controlar as causas, a lógica, os argumentos utilizados para o tribunal chegar àquele veredicto²⁴.

O conselho de família é constituído por quatro membros e não devem fazer parte dele quem for parte da acção – art. 17º, nº 1. A escolha dos membros atende a uma ordem de prioridade: primeiro os parentes, com preferência pelos mais próximos, em seguida o cônjuge e os afins. Quando for impossível que estas pessoas integrem o conselho, serão chamadas pessoas que convivam com as partes; o nº 2 do artigo anteriormente indicado, estabelece a regra da representação igualitária da composição do conselho, com vista a assegurar um equilíbrio do funcionamento do órgão.

A natureza jurídica do conselho de família constante no CC luso não é consultiva, pois pertence a este órgão vigiar a forma como o tutor desempenha a sua função (art. 1954º), e com carácter permanente um dos vogais do conselho de família, chamado pela lei protutor (art. 1955º). Assim, a sua natureza jurídica é *auxiliar*, de *vigilância* e *fiscalizadora*, “ou de orientação geral da actividade do tutor”²⁵, no sentido de que, e nos termos do art. 1956º, além de fiscalizar a acção do tutor, existem atribuições especiais. Assim, compete ao protutor: a) “cooperar com o tutor no exercício das funções tutelares, podendo encarregar-se da administração de certos bens do menor nas condições estabelecidas pelo conselho de família e com acordo do tutor”; b) “substituir o tutor nas suas faltas e impedimentos, passando, nesse caso, a servir de protutor o outro vogal do conselho de família”; c) “representar o menor em juízo ou fora dele, quando os seus interesses estejam em oposição com os do tutor e o tribunal não haja nomeado curador especial”. Estas *atribuições especiais marcadamente executivas*²⁶ do protutor, não contendem com a natureza jurídica do conselho de família, até porque o protutor é membro deste órgão colegial do sistema tutelar.

O conselho de família é constituído por dois vogais e presidido pelo agente do Ministério Público – art. 1951º CC –, cuja escolha é feita entre os parentes ou afins do menor, tendo em consideração o disposto no art. 1952º, conforme já referido *supra*. As opções de escolha dos membros do conselho no CC é maior do que no CF, pois, caso não haja a possibilidade de escolher entre os parentes, afins ou pessoas que convivam com as partes, a lei lusa permite que a escolha possa atingir os amigos dos pais,

²³ MEDINA, Maria do Carmo, *Direito da Família*, ob. cit., pág. 74.

²⁴ Cfr. CABRITA, Helena, *Fundamentação de Facto e de Direito da Decisão Cível*, Coimbra Editora, 2015, pág. 27-28.

²⁵ LIMA, Pires de / VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. V, Coimbra Editora, 1995, anotação ao art. 1954º, pág. 482-483

²⁶ LIMA, Pires de / VARELA, Antunes, ob. cit., pág. 483.

vizinhos ou outras pessoas que possam interessar-se pelo menor. A avaliação do que possa ser considerado interesse do menor deverá ser feita pelo tribunal tendo em atenção o chamado superior interesse da criança, considerado um princípio com dupla apreciação: em primeiro lugar deve ser entendido como princípio garantístico, para que toda a decisão acerca das crianças possa ser prioritária para garantir a satisfação integral dos seus direitos; em segundo lugar, deve ser vista do ponto de vista da sua amplitude, ou seja, o superior interesse da criança transcende o âmbito da actividade legislativa ou judicial, atingindo todas as actividades das instituições administrativas públicas e privadas, até ao meio familiar²⁷. Nestes termos, as relações familiares não atribuem direitos absolutos, mas tais direitos encontram-se limitados pelos direitos dos menores para a salvaguarda do seu superior interesse. A jurisprudência portuguesa já se referiu a este princípio com elevada importância. O acórdão da Relação de Coimbra²⁸, de 08-05-2019, no seu sumário expendeu que “1 – O fim legal supremo que deve presidir à regulação do exercício das responsabilidades parentais é o superior interesse da criança”; “2 – Trata-se de um conceito genérico, o interesse superior da criança deve ser apurado/encontrado em cada caso concreto, embora tendo sempre presente a ideia do direito da criança ao seu desenvolvimento são e normal, no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, ou seja, a ideia de que, dentro do possível, tudo deverá ser

feito de modo a contribuir para o desenvolvimento integral da criança em termos harmoniosos e felizes”. É esta a linha de compreensão teleológica e axiológica que as outras pessoas devem manifestar como interesse do menor.

VIII. Intervenção do conselho de família

O modo de funcionamento do conselho de família também é diferente. No CF há claramente situações de intervenção obrigatória e outras de intervenção facultativa²⁹. Já no CC luso parece ser sempre obrigatória a sua intervenção. Vejamos:

a) Em Angola

Intervenção obrigatória:

1. na autorização para casamento de menores, quando houver injustificável recusa por parte do seu representante – art. 24º, nº 3;
2. no reconhecimento por via judicial da união de facto – art. 125º;
3. na escolha do nome filho, em caso de desacordo dos pais – art. 133º, nº 2;
4. na tutela, para a nomeação do tutor de menor e de maior interdito – art. 232º e 235º, nº 2.

Intervenção facultativa:

1. nas acções de divórcio, quando for útil a conciliação dos cônjuges – art. 105º, nº 3;
2. nas acções relativas ao exercício da autoridade paternal – art. 159º;
3. nas acções de estabelecimento ou de impugnação de filiação – art. 195º;
4. nas acções para instituição de adopção – art. 215º;
5. em todas as demais acções familiares, segundo a regra geral do art. 16º, nº 2.

²⁷ Na Convenção sobre os Direitos da Criança, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Angola em 05 de Dezembro de 1990, está estabelecido, no seu art. 3º, o regime jurídico de protecção do interesse superior da criança. O nº 1 determina que “todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança”.

²⁸ Processo nº 148/19.8T8CNT-A.C1, (Isaías Pádua).

²⁹ MEDINA, Maria do Carmo, *ob cit.*, pág. 78.

b) Em Portugal

O CC sugere a ideia de que a intervenção do conselho de família é obrigatória. O art. 1958º, nº 1, sobre o seu funcionamento, determina que “[o]s vogais do conselho de família são obrigados a comparecer pessoalmente”. Outra questão abonatória desta nossa conclusão é o facto de que o art. 1954º, sobre as atribuições do conselho de família, obriga a que os seus vogais de forma permanente exerçam vigilância sobre a actividade do tutor, algo que o art. 1955º, nº 1, também impõe ao protutor. Nas outras funções do protutor constantes no art. 1956º, nas als. a) e c), nomeadamente sobre a cooperação com o tutor no exercício das funções tutelares e a representação do menor em juízo ou fora dele, não poder ser feita de forma facultativa. Depois, quanto aos actos a serem praticados pelo tutor mas dependentes de autorização do tribunal, determina o art. 1938º, nº 2, que tal autorização só será concedida se previamente for ouvido o conselho de família. Na ausência de autorização, mas carecendo de confirmação, o tribunal ouvirá antes o conselho de família – art. 1941º. Por fim, a obrigatoriedade de audição do conselho de família impõe-se quando for necessário o tribunal definir a remuneração do tutor – art. 1942º.

IX. Apreciação jurisprudencial sobre o conselho de família

Vamos de seguida dedicar espaço para visitar algumas posições jurisprudenciais de Angola e de Portugal.

Em Angola não é fácil aceder à jurisprudência do nosso Tribunal Supremo (TS). Apesar de existir uma página *web* deste tribunal com uma aba que contém muita jurisprudência, a sua arrumação não permite encontrar directamente o que se pretende. É preciso procurar acórdão por acórdão, lendo os

seus sumários (que muitas vezes também não são esclarecedores) até encontrarmos o que pode satisfazer os nossos intentos. Infelizmente, nos acórdãos encontrados do nosso tribunal superior, apesar de no sumário vir identificado “conselho de família”, a referência constante está relacionada com o posicionamento dos sujeitos processuais na primeira instância, sem que o TS tenha tomado algum posicionamento sobre a matéria. Por isso, apresentarei apenas quatro acórdãos da sala de família (3ª Secção) do Tribunal de Comarca de Luanda.

No Tribunal de Comarca de Luanda, no âmbito de uma acção de estabelecimento de filiação paterna por morte (proc. nº 77/20-B), o conselho de família, depois de formalmente constituído, deliberou por unanimidade que os filhos menores eram filhos do *de cujus*, pois os progenitores sempre viveram juntos. Também deliberou no sentido de não haver qualquer inconveniente para o tribunal declarar a paternidade dos menores. Entendemos que o tribunal aceitou uma deliberação do conselho de família sobre um ponto que foge às suas competências. Deliberar que os filhos nasceram na constância da coabitação dos progenitores é uma coisa; bem diferente é afirmar que são filhos do *de cujus*. Esta afirmação só pode provir de peritos em análises de DNA; aliás, o art. 196º CF estabelece como meios de prova nas acções de filiação, os exames hematológicos, somáticos e outros – al. b).

Num outro processo (nº 1091/17-C), cuja acção foi de morte presumida, o conselho de família deliberou por unanimidade que o casal contraiu matrimónio no dia 21 de Fevereiro de 2012 e que desta relação nasceram dois filhos. Declararam que o desaparecido tem de uma outra relação mais um filho que, à data da audição, tinha 13 anos de idade. Afirmaram os membros do conselho de família que o desaparecido saiu de casa com o objectivo

de comprar um pneu para o carro e pediu uma motorizada por empréstimo a um seu amigo. Afirmaram também que naquela altura no bairro onde viviam estavam em serviço efectivos do Serviço de Investigação Criminal (SIC) e, pelas informações que obtiveram, o desaparecido e seu amigo tinham sido levados pelos policiais do SIC e nunca mais voltaram a serem vistos. Por fim, deliberaram por unanimidade que não viam qualquer inconveniente em que o tribunal declarasse a morte, uma vez que já haviam passado cinco anos sem notícias desde o desaparecimento do seu familiar. Esta decisão suscitou uma grande interrogação: se havia indícios de que os policiais da polícia de investigação criminal levaram o desaparecido, como foi possível o tribunal declarar a morte presumida sem, devido aos poderes de investigação que a lei atribui ao juiz, averiguar com mais profundidade as reais causas do seu desaparecimento? Poderia ter havido morte, mas não nos termos do CF, e sim nos termos do Código Penal, e haver o crime de homicídio, não configurando assim a morte presumida³⁰. Parece-nos uma flagrante violação das *competências* do conselho de família e, pior ainda, ter-se o tribunal deixado levar por este perigoso caminho.

No terceiro processo (nº 1375/18-C), em que se solicitava o reconhecimento de união de facto por morte, o conselho de família deliberou por unanimidade que os companheiros começaram a viver juntos depois do nascimento do segundo filho de ambos e só depois foi realizado o *alambamento*. Afirmaram que os companheiros começaram a viver na província do Uíge no ano de 1988 e que depois se mudaram para Luanda, e que desde a união apenas a morte os separou, não tendo havido outra relação nem

outros filhos, sendo a relação entre a requerente e o falecido conhecida por todos os familiares, vizinhos e amigos. Deliberaram unanimemente no sentido de o tribunal reconhecer a união de facto por morte. O testemunho dos membros do conselho de família tem aqui o seu valor para atestar que os requisitos para o reconhecimento da união de facto estão presentes, nomeadamente o decurso de coabitação consecutiva durante três anos, a singularidade e a capacidade matrimonial – art. 113º e 116º CF. A audição do conselho de família tem, neste processo, carácter obrigatório, nos termos do art. 125º CF, que determina que o conselho de família *deve* ser ouvido.

Por fim, numa acção de tutela obrigatória (proc. nº 13/020-C), o conselho de família deliberou por unanimidade que os progenitores dos menores eram falecidos e que os menores sempre viveram com os pais e a protetora na mesma casa e, depois do falecimento dos pais, os menores ficaram sob guarda da irmã. Os membros deste órgão consultivo disseram que a irmã tem prestado alimentos aos menores, paga a escola, calçados e vestuário. Que os menores têm uma boa relação com a irmã e estão a ser bem cuidados, e estão a estudar bem. Os menores não padecem de doença crónica, são saudáveis e felizes. Deliberaram que não viam inconveniente em que o tribunal atribuísse a tutela dos menores à irmã, porque ela tem condições psicológicas e morais para tomar conta dos menores. Nesta decisão, pareceu-nos faltar um importante elemento que deveria ficar assente: a falta de técnicos/peritos para avaliar o estado de saúde física e mental dos menores e da candidata à tutela, por não ser esta a função do conselho de família; aliás, os pressupostos para ser membro deste órgão, conforme art. 17º do CF, são, designadamente, ser parente, cônjuge, afins e, na falta destes, as pessoas que convivem com as partes, não sendo por isso exigível aos membros do conse-

³⁰ Neste processo, como em todos aqueles indicados como sendo da Sala de Família do Tribunal de Comarca de Luanda, houve a possibilidade de ler todas as peças processuais.

lho de família a condição de perito com competências para avaliar o estado físico ou mental do menor ou candidato a tutor. Mais uma vez se verifica que o conselho de família disse mais do que a lei lhe permite, e que o tribunal, quando não deveria, acatou posicionamento que não deveria tomar de um órgão.

Importa referir que nos quatro casos referidos o tribunal decidiu conforme a deliberação do conselho de família tomada por unanimidade.

Em Portugal há muita jurisprudência dos tribunais superiores sobre esta temática³¹. Começamos por referir o acórdão recaído sobre o Processo nº 6085/3003-7, de 16-12-2003, do Tribunal de Relação de Lisboa, o qual, a propósito da designação do tutor, decidiu no sentido de que “a deliberação do conselho de família no sentido da escolha de dada pessoa para tutor de um menor é apenas elemento a considerar pelo tribunal para proceder a tal designação”. Neste processo, estava em causa a disputa entre a avó materna e a tia paterna para o exercício de cargo de tutor. A dado momento, o tribunal entendeu que “perante a falta de indicação (pelo tribunal recorrido) das razões em que assentou a nomeação de um dos familiares dos menores como tutor, e não do outro, é legítimo presumir que esta escolha foi determinada em função do grau de parentesco mais próximo de avó e da deliberação tomada sobre esta matéria pelo conselho de família. Mas nem a maior proximidade parental da avó, nem aquela deliberação do conselho de família – tomada apenas por maior – são factores que, por si só – imponham a designação daquela como tutora dos menores. Na verdade, segundo o art. 1931º, nº 1 do CC – preceito, aliás, referido na sentença -, quando a designação de tutor cabe ao tribunal, por esta não ter sido feita

pelos pais, a escolha e nomeação será feita, ouvido o conselho de família, ‘... de entre os parentes ou afins do menor ou de entre as pessoas que de facto tenham cuidado ou estejam a cuidar do menor ou tenham por ele demonstrado afeição’. Daqui se vê que o parecer emitido pelo conselho de família é apenas um elemento a considerar e que o parentesco, sem distinção de grau, é erigido, entre outros, como fator preferencial da escolha e nomeação da pessoa do tutor”.

Num outro processo (3732/2001, de 09-04-2002) o Tribunal da Relação de Coimbra, numa questão que envolvia os deveres a cujas o tutor está adstrito, decidiu que (é apenas o sumário) “I – O tutor, como representante do pupilo, no cumprimento do seu específico dever de procurar a sua situação, deve cuidar especialmente, da sua saúde, podendo, para o efeito, alienar os bens deste obtida a necessária autorização judicial, após prévia obrigatoria audição do conselho de família. II – Não tendo as partes apresentado qualquer reclamação ao teor dos relatórios periciais de avaliação de bens, nem aos fundamentos das respectivas conclusões, nem solicitado a realização de uma segunda perícia, nem o juiz, igualmente, em sede oficiosa, este, embora possa afastar-se do parecer dos peritos, que se encontra sujeito ao princípio da livre apreciação judicial não pode subestimar a prova pericial, em que, simultaneamente, assumida e fundamentada a conclusão diversa a que chegou. III – Nos processos de autorização judicial, o tribunal deve orientar-se, indistintamente, em função dos interesses dos incapazes, cujos pressupostos são a urgente necessidade ou o proveito evidente. IV – Verifica-se a urgente necessidade, quando se mostre que os bens têm de ser sacrificados para acudir ao tratamento de uma doença grave e dispendiosa, o que acontece quando o incapaz, face ao grave padecimento de que sofre, em consequência de interdição total e definitiva,

³¹ Os acórdãos citados foram encontrados na página de um escritório de advogados (Carlos Pinto de Abreu e Associados) em <http://carlospintodeabreu.com>, consultado a 15 de Abril de 2022.

por anomalia psíquica, tem um horizonte clínico do insucesso irreversível”.

X. Balanço

As questões que foram suscitadas neste breve estudo comparativo sobre a figura do conselho de família permitem-nos fazer um balanço da actividade empreendida, tendo sempre em atenção os riscos que podem decorrer da relatividade dos conceitos jurídicos, da própria delimitação elaborada, pois, e como deixamos já claro, a importância que é dada a um instituto jurídico por um dado ordenamento jurídico pode ter noutro ordenamento menor peso em termos de aplicação prática, valoração cultural, ideológica e intencionalidade teológica e axiológica. Assim:

- a) Em Angola a jurisprudência tem mostrado uma tendência a um certo *seguidismo* dos tribunais relativamente ao posicionamento das deliberações dos conselhos de família, sem dar a devida importância a outros elementos estruturantes da elaboração da decisão judicativa; já em Portugal, o posicionamento do conselho de família constitui apenas um elemento (que se junta a outros) para que o tribunal, ponderadas as circunstâncias, tome uma decisão;
- b) Em Angola, os tribunais parecem confundir a obrigatoriedade da intervenção do conselho de família com a obrigatoriedade de a decisão seguir o posicionamento dos membros do conselho. Uma coisa é a obrigação da sua intervenção, e outra bem diferente é as suas deliberações serem acatadas pelo tribunal por dever de lei. A Professora Maria do Carmo Medina, a quem fizemos referência na nota 10, em quem nos apoiamos, por ter sido a autora do nosso CF e quem escreveu o primeiro (se não o único) manual de Direito da Família, entende que o conselho da família é *coadjutor* do órgão decisório, por isso tem *natureza consultiva*. Ora, sendo órgão consultivo, o tribunal não está a ele obrigado. Em Portugal, ainda que a intervenção do conselho de família tenha carácter obrigatório, o tribunal também não está adstrito às suas posições; de resto, e como já referido, o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que as deliberações do conselho de família são apenas um dos elementos a partir dos quais é erigida a decisão judicial (Processo n.º 6085/3003-7, de 16-12-2003)
- c) A determinação dos membros do conselho da família tem semelhanças entre os dois ordenamentos em estudo, com a excepção de que, em Portugal, na escolha dos parentes do menor, são tomadas em consideração as relações de amizade, as aptidões, a idade, o lugar de residência e o interesse manifestado pela pessoa do menor – art. 1952.º, n.º 1 CC.

O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS

Madalena Pinto de Abreu

Assistente de Direito da Família na Universidade Católica Portuguesa

Resumo: *O presente artigo discute a inconstitucionalidade dos prazos de caducidade das ações de investigação e de impugnação da filiação no direito português, concluindo na afirmativa.*

Primeiramente, aprecia-se a eventual inconstitucionalidade da norma que prevê o prazo de caducidade para o exercício do direito a investigar a filiação por poder configurar restrição desadequada, desnecessária e desproporcionada do direito ao conhecimento das origens. Com vista à defesa da inadmissibilidade de condicionamentos temporais ao direito ao conhecimento e reconhecimento da paternidade, analisam-se as diferentes posições e argumentos que são inventariados a favor e contra a inconstitucionalidade do prazo de investigação da filiação quer na doutrina, quer na jurisprudência tomando posição sobre os mesmos. De igual modo, acrescentam-se à discussão outros argumentos que se afiguram pertinentes, evidenciando que a tutela do direito ao conhecimento das origens dificilmente se compadece com qualquer prazo de caducidade da investigação da filiação.

Seguidamente, demonstra-se a inconstitucionalidade do regime constante do Código Civil em matéria de impugnação da paternidade presumida com fundamento na ofensa do direito ao conhecimento das origens do filho presumido ante a constrição deste direito potenciada pela existência de prazos de caducidade quanto à propositura da ação. A este propósito, analisa-se a diferenciação de regimes no que respeita à ação de impugnação da paternidade presumida e à ação de impugnação da paternidade estabelecida por perfilhação, ponderando a sua admissibilidade à luz do princípio da igualdade e proibição de discriminação.

Palavras-chave: *Direito ao conhecimento das origens, Identidade genética, Verdade biológica, Filiação, Investigação da filiação, Impugnação da paternidade, Direito à integridade pessoal, Direito à identidade pessoal, Direito ao livre desenvolvimento da personalidade, Direito a constituir família.*

Abstract: *This contribution argues for the unconstitutionality of the time limitations to launch a procedure to enquire/establish and to challenge parentage in Portuguese law.*

Firstly, this piece discusses the possible unconstitutionality of the Portuguese limitation period for exercising the right of inquiring and establishing the parentage on the grounds that it may constitute an inappropriate, unnecessary and disproportionate restriction on the right to know one's origins. To argue the inadmissibility of time limitations on the right to know and recognize one's origins, this article tackles the different positions and arguments for and against the unconstitutionality of the time limit of the investigation of parentage both in legal literature and in case law. Further, the article seeks to enrich the discussion by raising additional relevant arguments, demonstrating that the protection of the right to know one's origins is hardly compatible with any time limit for the investigation of filiation.

Secondly, the article justifies the unconstitutionality of the provisions of the Portuguese Civil Code that impose a time limitation to launch procedures to challenge the paternity established through a presumption due to the marital state of the parents on the grounds of the right to know the biological origins of a presumed son. The differences of legal regimes between the lawsuits for challenging presumed paternity and those for challenging paternity established by declaration of parentage are considered in light of the principle of equality and the prohibition of discrimination.

Keywords: *Right to know one's origins, Genetic Identity, Biological Truth, Filiation / Parentage, Lawsuit for inquiring and establishing filiation, Lawsuit for challenging filiation, Right to physical and psychological integrity, Right to personal identity, Right to freedom of personal development, Right to freely establish family.*

I. Fundamentos e Natureza do Direito ao Conhecimento das Origens¹

O hodierno direito ao conhecimento das origens genéticas tem vindo a ser inventariado pela doutrina moderna² | ³, reconhecido pela jurisprudência

¹ Artigo adaptado da Dissertação de Mestrado defendida a 18 de Março de 2022 e intitulada *O direito ao conhecimento das origens – o direito ao conhecimento das origens e a legitimidade das restrições previstas na lei*, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

² Na doutrina portuguesa, a propósito do direito à identidade pessoal vide Gomes Canotilho e Vital Moreira in Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, Coimbra Editora, 2007, p. 462, bem assim como Rui Medeiros e António Cortês in Anotação ao artigo 26.º in Constituição Portuguesa Anotada de Jorge Miranda e Rui Medeiros, Volume I, 2ª Edição Revista, 2017, pp. 440-460, a propósito da importância do sangue nas relações familiares vide Guilherme de Oliveira in O Sangue e o Direito – entre o ser e o pertencer in Revista de Legislação e de Jurisprudência, N.º 3924 e 3925, pp. 66-71, a propósito da tutela do direito ao conhecimento das origens no âmbito do instituto da procriação medicamente assistida vide Guilherme de Oliveira in Aspectos jurídicos da Procriação Assistida in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 49, III, Dezembro, Lisboa, 1989, pp.767-791 e Diogo Leite de Campos in A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a onnipotência do sujeito in Revista da Ordem dos Advogados, Vol. III, 2006, pp. 1017-1032, a propósito do regime da investigação da paternidade vide Jorge Duarte Pinheiro in Inconstitucionalidade do artigo 1817.º, n.º1, do Código Civil, Acórdão do Tribunal Constitucional 23/2006 de 10.1.2006, Proc. 885/2005, CDP, N.º15, Julho/Setembro 2006, pp. 34-52, a propósito da proteção da família constituída na investigação da paternidade e na impugnação da paternidade presumida vide Guilherme de Oliveira in Proteção da Família Constituída — Para Além das Palavras in Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 16, N.º 31-32, 2019, pp. 5-15 e in Impugnação da Paternidade in Separata do volume XX do Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1976. Ainda na doutrina portuguesa, tratando de forma relativamente completa e exaustiva o direito ao conhecimento das origens e as suas manifestações nos diferentes institutos vide Rafael Luís Vale e Reis in O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas, Coimbra Editora, 2008.

³ Na doutrina estrangeira, sobre a jurisprudência europeia a respeito do direito ao conhecimento das origens vide Theresé Callus in Tempered Hope - A Qualified Right to Know One's Genetic Origin: *Odievre v France* in Modern Law Review 67, no. 4 (July 2004), pp. 658-669, sobre o âmbito, evolução e consagrações do direito ao conhecimento das origens vide Richard J. Blauwhoff in Tracing Down the Historical Development of the Legal Concept of the Right to Know One's Origins - Has to know or Not to Know Ever Been the Legal Question in Utrecht Law Review 4 (June 2008), pp. 99-116, sobre o direito ao conhecimento das origens no âmbito do instituto da adoção vide Barbara Prager e Stanley A. Rothstein in The Adoptee's Right to Know His Natural Heritage in New York Law Forum, 19(1), pp. 137-

dência recente e revela a crescente valorização da verdade biológica, a paulatina compreensão da identidade familiar e relacional como fator decisivo no desenvolvimento da personalidade e a progressiva importância do conhecimento da ascendência na descoberta identitárioindividual⁴. Este direito é também conhecido como direito à historicidade pessoal⁵, direito à localização familiar⁶ e direito ao conhecimento da procriação⁷.

O desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário do direito ao conhecimento das origens na Europa do Pós-Segunda Guerra Mundial esteve intrinsecamente relacionado com o princípio da dignidade humana⁸, princípio vetor dos Estados democráticos, entendendo-se que a premência humana na descoberta das suas raízes e a busca in-

1569, sobre o direito ao conhecimento das origens e a sua influência no domínio da procriação medicamente assistida vide Elizabeth Siberry Chestney in The Right to Know One's Genetic Origin: Can, Should, or Must a State That Extends This Right to Adoptees Extend an Analogous Right to Children Conceived with Donor Gametes in Texas Law Review 80, no. 2, 2001, pp. 365-392

⁴ Sublinhando a progressiva relevância dos laços biológicos, Jorge Duarte Pinheiro, op. cit. Nota 2, pp. 10-11 - *“nota-se também um movimento científico e social em direção ao conhecimento das origens, com desenvolvimentos da genética (...) O desejo de conhecer a ascendência biológica tem sido tão acentuado que se assiste a movimentações no sentido de afastar o segredo sobre a identidade dos progenitores biológicos”*.

⁵ Identificando o direito ao conhecimento das origens com o direito à historicidade pessoal, vide Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit. Nota 2, p. 462.

⁶ Compreendendo no âmbito do direito à historicidade pessoal o direito à localização familiar, vide Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira in Curso de Direito da Família – Direito da Filiação, Volume II, Tomo I Coimbra Editora, 2006, p. 51.

⁷ Referindo-se ao direito ao conhecimento da procriação como conteúdo mínimo e impreterível do direito ao conhecimento das origens, vide Rafael Vale e Reis, op. cit. Nota 2, p. 60.

⁸ Explicitando o momento em que o direito ao conhecimento das origens adquiriu relevância jusfundamental, vide Richard J. Blauwhoff, op. cit. Nota 3, p. 99 - *“The informational interest persons may have in knowing their genetic parentage acquired a fundamental rights dimension almost two decades ago. Thus, since 1989, Article 7-1 of the UN Convention on the Rights of the Child (CRC) recognises ‘as far as possible, the right to know and be cared for by his parents’*”.

cessante do ser humano pela compreensão das suas origens tornavam o conhecimento da historicidade pessoal um fator determinante para a realização pessoal e para a autonomização identitária que, se coartado, compreenderia um desprezo pela dignidade humana⁹.

Efetivamente, entendido o princípio da dignidade da pessoa humana como uma imposição constitucional dirigida ao Estado e demais entidades equiparadas de respeitarem a essencialidade do ser humano e garantirem condições para o seu desenvolvimento e realização, não poderá deixar de se atender a esta necessidade biológica e psicológica do ser humano de se localizar no âmago de uma família, de se compreender enquanto familiar de alguém, de se identificar como filho de determinada pessoa. Assim, o respeito pela dignidade da pessoa humana a que alude o artigo 1.º da CRP apenas se atinge através do reconhecimento da existência do direito ao conhecimento das origens e da tutela das suas diferentes manifestações.

O direito ao conhecimento das origens pode igualmente alicerçar-se no direito fundamental à identidade pessoal, consagrado no artigo 26.º/1 da CRP, atenta a relevância determinante do enquadramento familiar na construção identitária de cada indivíduo¹⁰. Deve, pois, entender-se que o di-

reito à identidade pessoal tutela a faculdade de individualização e de descoberta identitária que depende necessária e biologicamente da possibilidade de conhecimento das raízes familiares e da identificação de cada indivíduo com aqueles que lhe deram origem. Nas doutas palavras do TC: “*A identidade de cada pessoa é geneticamente determinada pelos seus progenitores e constrói-se, individualmente e em sociedade, tendo por referência central este vínculo biológico de origem, que é, na verdade, insubstituível*”¹¹.

A par do princípio da dignidade humana e do direito à identidade pessoal, o direito ao conhecimento das origens tem, ainda, sido sustentado no direito ao livre desenvolvimento da personalidade¹², direito igualmente plasmado no artigo 26.º/1 da CRP, na medida em que se entende que as raízes biológicas são um traço identitário essencial à formação livre e não condicionada da personalidade. Tem-se, efetivamente, entendido que a adequada tutela deste direito fundamental pressupõe o reconhecimento do direito à localização familiar, na medida em que o ser humano enquanto ser relacional necessita de conhecer o seu passado para compreender o presente e construir o futuro, construindo-se. Reconhecendo a importância fundamental da historicidade pessoal na descoberta identitária individual, conclui-se que a existência de entraves injustificados no seu acesso obstaculiza a promoção da personalidade, a individualização do caráter e a autonomização do ser humano.

Por outro lado, o direito ao conhecimento das

⁹ Denotando a importância identitária do conhecimento da ascendência vide Franklin de Almeida Júnior in O Direito ao Conhecimento Das Origens Genéticas e a Falta de Cooperação na Ação de Investigação de Paternidade, Julho de 2018, p. 24, disponível in <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85935/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Franklin%20Almeida.pdf> – “*o que se busca com o conhecimento da própria origem é uma aquietação profunda dos anseios motivados pela indefinição das raízes. É inevitável que, na maior parte das vezes, o desconhecimento da própria natureza passa por um sentimento de frustração pela desigualdade frente ao padrão de filiação tido como “normal”, podendo ser agravado quando se une à eventual sentimento de rejeição, fato que, inequivocamente, gera abalos de ordem emocional*”.

¹⁰ Frisando a relevância do conhecimento da filiação na formação identitária a propósito dos adotados, afirmava a AAP in Identity Development in Adopted Children, PEDIATRICS, Vol. 47, No. 5, May 1971, p. 948, disponível in <https://pediatrics.aappublications.org/con->

<tent/pediatrics/47/5/948.full.pdf>, “*determining identity is a difficult process for someone brought up by his natural parents; it is more complex for the individual whose ancestry is unknown to him.*”

¹¹ Vide Ac. n.º 394/2019 do TC, Proc. n.º 471/2017, Relatado por João Pedro Caupers.

¹² Explicitando a relação entre o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito ao conhecimento das origens, vide Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit. Nota 2, p. 464.

origens não deve deixar de ser ponderado como uma exigência concretizadora do direito à integridade pessoal – quer moral, quer física – previsto no artigo 25.º da CRP, atenta a relevância do conhecimento das raízes para o bem-estar psicossomático dos indivíduos e imprescindível para o equilibrado desenvolvimento das capacidades de socialização e integração social, por um lado, e porque o conhecimento dos ascendentes se revela indispensável ao rastreamento de doenças hereditárias e para a determinação da existência de antecedentes clínicos relevantes, por outro¹³.

Corolário do princípio da dignidade humana e dos direitos à integridade e à identidade pessoais, e ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito ao conhecimento das origens tem sido invocado como uma manifestação de um princípio de verdade intrínseco aos Estados de Direito democrático, como uma efetivação de um direito à eliminação da mentira relativamente ao passado biológico¹⁴. Com

efeito, o reconhecimento do direito à historicidade pessoal insta o Estado a criar os mecanismos jurídicos necessários à divulgação dos dados genéticos de determinado indivíduo, mas também a consagrar expedientes legais que promovam a eliminação dos laços jurídicos não coincidentes com os laços biológicos erradamente estabelecidos e que possibilitem a concordância entre as verdades biológica e jurídica. O direito ao conhecimento das origens vem, pois, valorizar a verdade biológica e o conhecimento dos laços genéticos, por vezes até em detrimento de uma possível verdade afetiva.

Duas palavras são ainda devidas a propósito do fundamento jurídico deste direito hodierno.

A primeira respeita à relevância do direito ao conhecimento das origens à luz do direito a constituir família, também com assento constitucional no artigo 36.º/1 da CRP. Exceto quando outros valores conflituantes ditem resultado distinto, o respeito pelo direito ao conhecimento das origens impõe que aos laços biológicos se façam corresponder os laços jurídicos, constituindo com os progenitores biológicos verdadeiras e próprias relações jurídicas familiares. Assim sendo, a efetivação do direito ao conhecimento das origens não pode deixar de ser ponderada como tutelando o direito a constituir família, na medida em que promove o estabelecimento de laços de parentesco, fomenta a constituição de outros vínculos familiares e potencia o desenvolvimento de laços afetivos.

¹³ Enfatizando a importância do direito ao conhecimento das origens como direito efetivador do direito à integridade pessoal, vide Barbara Prager e Stanley A. Rothstein, op. cit. Nota 3, pp. 139-140 - *“It has been shown that serious psychological problems have resulted from the adoptee’s inability to know the identity of his biological parents. Psychologists have concluded that the denial of such information may result in various problems, including severe learning difficulties, accentuated feelings of insecurity, and a lack of self-identity.”*. Vide, também, Vardit Ravitsky in The Right to know one’s genetic origins and cross-border medically assisted reproduction in Israel Journal of Health Policy Research (2017) 6:3, p. 2 - *“The empirical approach argues that knowledge of one’s genetic origins is essential for one’s physical and psycho-social wellbeing and that consequently, lack of access to this information constitutes actual harm. Some focus on the medical aspects of such harm, showing that lack of access poses medical risks and creates health disparities (...) Medical genetic history is acknowledged as a crucial tool for adopting appropriate preventive strategies, for enhancing diagnostic capacity and for making informed reproductive decisions. Moreover, when parents choose not to disclose to their children that a third-party was involved, these children make false assumptions about half of their genetic history and are thus likely to make uninformed medical decisions. Others focus on the psychosocial aspects of such harm, arguing that knowledge of genetic origins is important for the development of personal identity and healthy family relationships and therefore violating this right may result in complex identity issues, social challenges and psychological distress, sometimes described as ‘genealogical bewilderment’”*.

¹⁴ Referindo e concretizando a ideia de um direito à eliminação da mentira no âmbito das relações familiares, vide Hugo Luz dos Santos in A Verdade Biológica, o Direito ao Conhecimento das Origens Genéti-

cas e o Direito à Historicidade Pessoal, à Luz dos Art.º 1656.º, 1677.º e 1722.º, do Código Civil de Macau: Crónica de (3) Três Disposições Legais Modelares e Avançadas in Revista de Administração Pública de Macau, N.º 111, vol. XXIX, 2016-1.º, pp. 155-156 - *“do direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas desdobra-se e autonomiza-se (...) um ‘direito à eliminação da mentira’ relativamente à historicidade pessoal do investigador, o qual traduz-se na consagração de mecanismos legais (maxime processuais) que permitam, neste caso ao investigador, esclarecer a sua condição biológica relativamente à progenitor(a) juridicamente reconhecida como tal, e/ou a tutela da possibilidade de impugnação pelo filho dos vínculos jurídicos de filiação estabelecidos se eles não corresponderem à verdade biológica”*.

A segunda respeita ao papel do direito à historicidade pessoal na concretização do imperativo constitucional de tratamento não discriminatório dos filhos nascidos fora do casamento, plasmado no artigo 36.º/4 da CRP. De facto, estes são, em termos jurídicos e históricosociológicos, os mais suscetíveis de desconhecem algum dos seus progenitores e de se verem privados de informações relativamente a estes, sobretudo à luz dos regimes de estabelecimento da paternidade com presunção de paternidade relativamente ao marido da mãe. Nestes termos, e como vai concretizar adiante, o direito ao conhecimento das origens poderá revelar-se determinante na efetivação da proibição do tratamento desigual deste grupo de indivíduos, garantindo-lhes não apenas o conhecimento das suas origens, mas também o reconhecimento dos efeitos jurídicos correspondentes.

As considerações acima tecidas permitem sustentar a matriz jusfundamental do direito ao conhecimento das origens, em certos ordenamentos percecionado como direito autónomo diretamente fundamentado no princípio da dignidade humana e concretizador de um direito geral de personalidade e noutros ordenamentos percecionado como um *penumbral right* implicitamente reconhecido pela ordem constitucional por concretizar e decorrer de outros direitos fundamentais expressamente consagrados. Independentemente da forma como o direito ao conhecimento das origens foi erigido, é ponto assente a sua natureza de direito fundamental.

A par da natureza de direito fundamental, o direito ao conhecimento das origens caracteriza-se como um verdadeiro e próprio direito de personalidade por visar a tutela de bens jurídicos intrínsecos à pessoa humana e essenciais ao desenvolvimento da personalidade individual enquanto direito concretizador dos direitos à integridade e à

identidade pessoais e ao livre desenvolvimento da personalidade, direitos fundamentais e de personalidade que têm como fundamento último a dignidade da pessoa humana. De facto, estes direitos fundamentais assumem, em concomitância com a natureza jusfundamental, o caráter de direitos de personalidade, consubstanciando direitos subjetivos absolutos oponíveis *erga omnes*.

A classificação do direito ao conhecimento das origens enquanto direito de personalidade não traduz uma classificação despicienda à luz da sua natureza jusfundamental, atento o facto de os direitos de personalidade gozarem na generalidade dos ordenamentos de uma conformação jurídica própria que se traduz numa tutela acrescida quanto à concedida aos demais direitos subjetivos. Efetivamente, os direitos de personalidade são, no nosso ordenamento, edificados como direitos absolutos caracterizados pela imprescritibilidade, gozando de uma proteção jurídica acrescida no que respeita ao efeito do tempo nas relações jurídicas, e pela indisponibilidade, pelo que são intransmissíveis e irrenunciáveis¹⁵.

Foi nestes termos - à luz da sua natureza jusfundamental e de direito de personalidade - que se erigiu o direito ao conhecimento das origens enquanto “*faculdade que deve ser reconhecida a todo o ser humano de, sem entraves injustificáveis, aceder à identidade dos respetivos progenitores e, eventualmente, ver essa ligação biológica estabelecida*”¹⁶, do qual decorre, salvo restrições justificadas e proporcionais, o “*direito pessoalíssimo de conhecer e de ver reconhecida a verdade biológica da filiação, a ascendência e marca genética de cada pessoa*”¹⁷.

¹⁵ Vide Ana Filipa Morais Antunes in Comentário aos Artigos 70.º a 81.º do Código Civil, Universidade Católica Editora, 2012.

¹⁶ Rafael Luís Vale e Reis, op. cit. Nota 2, p.13.

¹⁷ Ac. do STJ de 14-05-2019, Processo n.º 1731/16.9T8CSC.L1.S1.

II. Restrições ao Direito ao Conhecimento das Origens no Direito Português – em concreto, a ação de investigação e a ação de impugnação da filiação

Todos os argumentos anteriormente expostos permitem-nos concluir pelo reconhecimento no ordenamento jurídico português do direito ao conhecimento das origens como direito fundamental e de personalidade.

Ora, sabendo que, quer a doutrina portuguesa, quer a jurisprudência nacional reconhecem dignidade constitucional ao direito ao conhecimento das origens, urge agora ponderar em que medida o legislador ordinário cumpriu, ou entendeu cumprir, o imperativo constitucional de tutelar adequada, eficaz e proporcionalmente este direito no que respeita ao instituto da investigação da progenitura e ao expediente de impugnação da filiação.

Por um lado, norteado por este direito, procurou-se garantir a possibilidade de suprir lacunas ao nível da filiação através de uma ação de investigação tendente ao estabelecimento da filiação, prevista nos artigos 1814º a 1825º do CC, no que respeita à maternidade, e nos artigos 1869º a 1873º do CC, no que respeita à paternidade, através da qual se pretende fazer corresponder os vínculos jurídicos aos laços biológicos entre investigador e investigado.

Por outro lado, orientado pelo princípio da verdade biológica e pela tutela do direito à historicidade pessoal, o legislador civilista consagrou a possibilidade de impugnar os vínculos jurídicos da maternidade e da paternidade, através de uma ação de impugnação, quando os mesmos não correspondam à verdade, distinguindo, para efeitos de regime, a impugnação da maternidade, prevista no artigo 1807º do CC, a impugnação da paternidade presumida, prevista no artigo 1842º do CC, e a im-

pugnação da paternidade estabelecida por perfilhação, prevista no artigo 1859º do CC.

Vejam, pois, o que se poderá dizer quanto ao esforço legislativo nesta matéria.

II.1. Em concreto, da inconstitucionalidade do prazo de investigação da filiação e da “imprescritibilidade” do direito ao conhecimento das origens. Um direito de personalidade com data de validade?

Chegou o momento de nos debruçarmos sobre aquela que – antecipamos desde já – nos parece a mais injustificada restrição ao direito ao conhecimento das origens consagrada no ordenamento jurídico português.

Como tivemos oportunidade de explicitar, a ação de investigação da filiação consubstancia uma verdadeira materialização do direito à historicidade pessoal e ao conhecimento daqueles de que descendemos e que foram essenciais à nossa existência humana.

A compreensão da importância fundamental da ação de investigação da filiação na efetivação do direito ao conhecimento das origens exige que se compreenda que esta ação constitui um expediente tendente à constituição do vínculo jurídico da filiação, seja instando à perfilhação, seja através do reconhecimento judicial da paternidade. Constitui, pois, um meio de preenchimento de uma falha no registo de determinado indivíduo e um modo de suprimento dessa lacuna, fazendo corresponder os vínculos jurídicos aos vínculos biológicos. Através da ação de investigação permite atribuir-se a um sujeito que até então desconhecia os progenitores ou que os conhecia, mas não via reconhecida essa mesma relação, a qualidade de filho. Em consequência, passam a ser-lhe conferidos os direitos e atribuídos os deveres inerentes a esse mesmo estatuto.

A ação de investigação da filiação desempenha, pois, uma importantíssima função na eliminação do vazio parental, contribuindo para a autodefinição identitária do pretense filho ao permitir-lhe aceder à verdade relativamente ao seu passado familiar, conhecer as suas raízes e ver estabelecidos os laços familiares omissos. Como enfatiza o TC, “*por via desta ação – e só desta ação – o investigador fica a saber se a pessoa a quem atribui a sua paternidade é, efetivamente, seu pai biológico, e, sendo-o, vê constituído com efeitos retroativos (...) o vínculo jurídico da filiação relativamente a este último*”¹⁸.

Compreende-se, assim, a importância concretizadora dos direitos fundamentais à integridade pessoal, à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade e do próprio direito fundamental a constituir família que a ação de investigação da filiação, materna ou paterna, cumpre.

Estamos, pois, em condições de apreciar o regime a que o legislador sujeitou este expediente jurídico e de compreender as dúvidas quanto à legitimidade da restrição de tais direitos promovida pela existência de um prazo de caducidade quanto à propositura da ação previsto no artigo 1817.º do CC e aplicável à ação de investigação da paternidade em virtude da remissão do artigo 1873.º do CC. Vejamos.

A atual redação do artigo 1817.º/1 do CC prescreve: “*A ação de investigação de maternidade só pode ser proposta durante a menoridade do investigador ou nos dez anos posteriores à sua maioridade ou emancipação*”.

Com efeito, em 2009, após o TC, no Acórdão n.º 23/2006¹⁹, ter declarado com força obrigatória geral a inconstitucionalidade do então vigente

prazo de dois anos para intentar a ação *sub judice* e afirmado a inexistência de prazo condicionador deste expediente jurídico, o legislador civilista sentiu-se impelido a consagrar novo prazo, desta feita de dez anos, entendendo que o mesmo se revelava necessário para acautelar os interesses e direitos fundamentais dos investigados e pretensos pais.

Por este motivo, através da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, voltou a condicionar-se o direito de ação do pretense filho e investigador a aceder às suas raízes genéticas e a ver as mesmas juridicamente reconhecidas, sendo que deste preceito resulta que o pretense filho tem legitimidade para intentar a ação de investigação durante a sua menoridade ou durante os dez anos posteriores à maioridade ou emancipação. Após o decurso de tal prazo, o direito ao conhecimento e ao reconhecimento da paternidade extingue-se em virtude da caducidade do direito a intentar a ação de investigação, ficando o pretense filho precludido de requerer o reconhecimento dessa filiação biológica e à mercê da vontade e da decisão do investigado de perfilhar.

Em suma, a atual redação do artigo 1817.º/1 do CC voltou a promover uma limitação do direito à investigação dos ascendentes biológicos e do consequente estabelecimento das correspondentes ligações jurídicas de filiação, circunscrevendo a um período temporal de 10 anos contados da maioridade, impossibilitando que todos aqueles com idade superior a 28 anos possam conhecer as suas raízes genéticas e ver tais laços biológicos assumirem natureza jurídica.

As considerações até então tecidas não ficam, porém, completas se não se atender ao expressamente consagrado no artigo 1817.º/3 do mesmo diploma. A par do prazo objetivo de dez anos a contar da maioridade, o legislador previu no artigo 1817.º/3 do CC prazos subjetivos que apenas se

¹⁸ Ac. do TC n.º 394/2019, Proc. n.º 471/2017, Relatado por João Pedro Caupers.

¹⁹ Ac. n.º 23/2006 do TC, Proc. n.º 885/2005, Relatado por Paulo Mota Pinto.

iniciam após a verificação de determinada circunstância de que o investigador tenha conhecimento, em parte impulsionado pelas considerações tecidas pelo TC no Acórdão n.º 456/2003²⁰.

A virtualidade do preceito *sub judice* prende-se com a possibilidade de alargamento do prazo geral anteriormente mencionado, permitindo intentar esta ação judicial e aceder às raízes históricas do investigador quando se verifique um qualquer facto relevante para efeitos de aferição da filiação a que o investigador não tinha tido acesso até então ou qualquer alteração ao nível da filiação estabelecida ou vivenciada. Mais concretamente, ainda que decorrido o prazo de caducidade consagrado no 1817.º/1 do CC, sempre poderá o investigador recorrer à ação de investigação da maternidade ou da paternidade nos três anos posteriores à verificação de uma das circunstâncias previstas no artigo 1817.º/3 do CC.

Dispomos, assim, do panorama legislativo atualmente em vigor no que respeita à ação de investigação da filiação, mais concretamente no que concerne ao prazo para ver reconhecido ao investigador o estatuto jurídico de filho do investigado e seu progenitor biológico, mas – acima de tudo – de que o legislador faz depender a possibilidade de conhecer esse mesmo progenitor enquanto elemento vital à existência do investigador.

Questionamo-nos, pois, quanto à legitimidade da sujeição do direito de intentar a ação de investigação da filiação a um limite temporal à luz da importância determinante do conhecimento das origens no desenvolvimento identitário e

psicossocial do pretense filho, face à natureza jusfundamental dos direitos efetivados pelo direito ao conhecimento das origens e ante o imperativo de imprescritibilidade dos direitos de personalidade.

A dúvida que nos ocupa – se será legítimo restringir o direito ao conhecimento das raízes genéticas mediante a imposição de prazos de caducidade – tem sido discutida pela doutrina e pela jurisprudência, gerando debate e controvérsia, multiplicando-se as decisões contraditórias que ora propugnam pela inconstitucionalidade de tais prazos, ora defendem a necessidade dos mesmos para, no seu entendimento, acautelar outros direitos e interesses fundamentais.

Sendo certo que a inconstância reina, parece-nos ser de admitir uma paulatina tendência – quer no ordenamento jurídico português, quer nos demais ordenamentos jurídicos europeus – para a valorização do direito ao conhecimento das raízes biológicas como elemento indiscutivelmente relevante na descoberta identitário-individual do investigador e pretense filho e no seu bemestar físico e equilíbrio psico-emocional, bem assim para a preterição de regimes condicionadores e restritivos do direito ao conhecimento das origens em prol de regimes mais propícios ao estabelecimento dos laços de filiação norteado pelo princípio da verdade biológica.

Ainda que vagarosamente, tem-se verificado uma progressiva eliminação dos entraves jurídicos à procura e à descoberta da realidade biológica e das barreiras legais ao reconhecimento jurídico dos vínculos genéticos, tutelando-se de forma cada vez mais incontestável o direito ao conhecimento das origens, refutando-se os tradicionais argumentos que sustentavam a existência de prazos e desvalorizando-se os invocados interesses que estes prazos tutelavam.

²⁰ Ac. n.º 456/2003 do TC, Proc. n.º 193/2003, Relatado por Maria Fernanda Palma - “*só pode concluir-se que é desproporcionada e violadora do direito à identidade pessoal a norma que impede a investigação de paternidade em função de um critério de prazos objectivos, nos casos em que os fundamentos e as razões para instaurar a acção de investigação surgem pela primeira vez em momento ulterior ao termo daqueles prazos*”.

No ordenamento jurídico português, este caminho tendente à eliminação dos prazos de caducidade do direito ao conhecimento e reconhecimento da filiação tem-se revelado algo sinuoso. Se é certo que foram eliminadas as condições de admissibilidade que vigoravam na versão originária do Código de Seabra²¹, incompatíveis com o princípio da igualdade e com a proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, também é verdade que, mais recentemente, se procedeu a uma constrição do direito a intentar a ação de investigação da paternidade, sujeitando esta ação judicial a prazos, quando até então se permitia intentar esta ação até um ano após a morte do pretense pai²². Em nome da paz familiar e da harmonia conjugal do pretense pai e sua família, da obstaculização aos ditos “caçafortunas” e à luz da falibilidade ou reduzida fiabilidade das provas, o Código Civil de 1966²³ sujeitou esta ação judicial a estritos prazos de caducidade, a saber, dois anos contados da maioridade ou emancipação.

Esta necessidade de fazer impor constrangimentos temporais à propositura da ação de investigação esteve igualmente subjacente à decisão legislativa de sujeitar este expediente jurídico a novo prazo de caducidade após a declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade do ínfimo prazo de dois anos até então em vigor, implementando-se o prazo de caducidade vigente de dez anos a contar da maioridade ou da emancipação.

A doutrina e a jurisprudência portuguesas também não têm ficado incólumes à tendência europeia de valorização da genética e da biologia na definição das relações familiares, tendendo para

o reconhecimento da relevância deste expediente em detrimento de outros valores tradicionais, alguns obsoletos. No entanto, é ainda possível encontrar arestos jurisprudenciais conflitantes; e se nos tribunais judiciais²⁴ e, em particular, no STJ²⁵, é possível constatar uma maior propensão para a valorização do direito ao conhecimento das raízes genéticas, postulando a “imprescritibilidade” deste direito e a inconstitucionalidade dos prazos que o condicionam, já no TC²⁶ parece favorecer-se o condicionamento do direito a investigar os progenitores biológicos por se entender admissível tal condicionamento como meio de sopesar os interesses em confronto.

Ora, tratando-se a ação de investigação de um expediente jurídico tendente ao estabelecimento da filiação concretizador do direito fundamental ao conhecimento das origens, a sua sujeição a prazo de caducidade exige que o mesmo seja necessário para acautelar direitos com igual relevância jusfundamental, bem assim que este se revele adequado à tutela desses direitos fundamentais conflitantes

45

²⁴ Vide, a título exemplificativo, os seguintes arestos jurisprudenciais em que se defendeu a imprescritibilidade do direito ao conhecimento e reconhecimento das origens e inconstitucionalidade dos prazos de caducidade que impendem sobre a ação de investigação da maternidade e da paternidade: Ac. TRL de 09-02-2010, Proc. n.º 541.09.4TCSNT.L1-7, Ac. TRC de 23-06-2009, Proc. n.º 1000/06.2TBCNT.C1, Ac. TRP de 23-11-2010, Proc. n.º 49/07.2TBRS.DP1, Ac. TRP de 15-03-2010, Proc. n.º 123/08.8TBMDR.P1, Ac. TRP de 14-07-2010, Proc. n.º 1587/06.0TVPRT.P1.

²⁵ Na jurisprudência do STJ, defendendo a imprescritibilidade do direito ao conhecimento e reconhecimento da paternidade e a desconformidade constitucional dos prazos de caducidade restritivos deste direito vide Ac. do STJ de 14-05-2019, Proc. n.º 1731/16.9T8CSC.L1.S1, Ac. do STJ de 31-01-2017, Proc. n.º 440/12.2TBCL.G1.S1, Ac. do STJ de 08-06-2010, Proc. n.º 1847/08.5TVLSB-A.L1.S1, Ac. do STJ de 21-09-2010, Proc. n.º 495/04 – 3TBOR.C.1.S.1, Ac. do STJ de 21-09-2010, Proc. n.º 4/07.2TBEP.S.G1.S1, Ac. do STJ de 27-01-2011, Proc. n.º 123/08.8TBMDR.P1.S1, Ac. do STJ de 17-04-2008, Proc. n.º 08A474, Ac. do STJ de 14-01-2014, Proc. n.º 155/12.1TBVLC-A.P1.S1.

²⁶ Reiterando o entendimento maioritário deste tribunal, vide Ac. n.º 394/2019 do TC, Proc. n.º 471/17, Relatado por João Pedro Caupers.

²¹ Art. 1860.º do CC de 1966 (versão originária).

²² Art. 37.º do Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, que altera a versão originária do CC de Seabra.

²³ Art. 1854.º/1 do CC de 1966 (versão originária).

com o direito ao conhecimento das origens e, ainda, que o prazo concretamente consagrado configure uma restrição adequada e não desproporcionada do direito fundamental sob apreciação, com o resultado do disposto no artigo 18.º/2 da CRP²⁷.

Avançamos, desde já, que pese embora o TC e o TEDH²⁸ tenham centrado a apreciação da legitimidade destes prazos à luz da proporcionalidade, por entenderem que a tutela otimizada do direito a investigar a paternidade não corresponde ao constitucionalmente exigido atento o facto do direito *sub judice* não ser “*um direito absoluto que não possa ser harmonizado com outros valores conflituantes*”²⁹, cremos que a verdadeira discussão deverá centrar-se na necessidade dos mesmos e na (in)existência de direitos conflituantes merecedores de tutela.

Atentemos nos argumentos gizados na defesa da não inconstitucionalidade da norma que prevê o prazo de caducidade de dez anos que impende sobre a ação de investigação, em especial, naqueles inventariados pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 394/2019 em que, em plenário, se voltou a reiterar a sua não inconstitucionalidade, para que consciente e fundamentadamente possamos questionar a opção expressamente vertida na versão atual do artigo 1817.º/1 do CC.

²⁷ Também o TC, no Ac. n.º 394/2019, reconheceu que a sujeição da ação de investigação da paternidade a prazos exige que “*se perfilam, face a eles, outros direitos e interesses igualmente merecedores de tutela constitucional, e que a proteção dada a estes últimos, por via dos prazos de caducidade, seja adequada e proporcional, como imposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, julgado aplicável*”.

²⁸ O TEDH tem relevado o direito ao conhecimento das origens como direito ínsito no direito ao respeito pela vida privada e familiar previsto no art. 8.º da CEDH. No entanto, a jurisprudência deste Tribunal tem reiterado que o mesmo se encontra eficazmente tutelado no domínio da ação de investigação se o prazo for adequado e não desmedidamente exíguo. Vide, nomeadamente, Caso Silva e Mondim Correia v. Portugal.

²⁹ Vide Ac. n.º 401/2011 do TC, Proc. n.º 497/2010, Relatado por João Cura Mariano.

Dos argumentos favoráveis à existência de prazos de caducidade. A argumentação do acórdão n.º 394/2019 do Tribunal Constitucional

A existência de prazos de caducidade para a propositura da ação de investigação da maternidade e da paternidade alicerça-se, inicialmente, na proteção dos progenitores contra os intentos dos filhos à data considerados “ilegítimos” de ver a sua filiação estabelecida, e ainda na preocupação de promover o estabelecimento dos laços de filiação em “tempo útil”, atenta a importância dos progenitores nas fases iniciais de desenvolvimento da criança.

De facto, subjacente à opção pela restrição do direito a intentar esta ação judicial e, através dela, conhecer e ver reconhecida a maternidade e a paternidade esteve a tutela dos investigados e dos seus direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada, a tutela da certeza e da segurança jurídicas enquanto princípios orientadores dos Estados democráticos, a tutela dos investigados e dos seus herdeiros atenta a disseminação do fenómeno dos “caçafortunas” que apenas procuravam estabelecer a paternidade com o intuito de beneficiarem patrimonialmente dos progenitores e a preocupação com a falibilidade das provas – à data maioritariamente de cariz testemunhal – que se entendia poder potenciar o estabelecimento destes laços jurídicos sem a relação biológica subjacente.

Também eram estes os argumentos tradicionalmente gizados pelo TC na defesa dos prazos de caducidade do direito a investigar, tendo servido de sustentação às decisões de não inconstitucionalidade do prazo de caducidade anteriormente em vigor de dois anos.

Efetivamente, este Tribunal propugnou pela necessidade de “*uma visão mais holística da realidade, pois também são valores ligados à organização social a*

certeza e a segurança, admitindo-se, assim, como constitucionalmente incensurável uma solução legislativa que fixe prazos de caducidade para a propositura deste tipo de ações”³⁰, entendendo que “tudo está em que, face ao direito do filho ao reconhecimento da paternidade, se perfilam outros direitos ou interesses, igualmente merecedores de tutela jurídica: (...), o interesse do pretense progenitor em não ver indefinida ou excessivamente protelada uma situação de incerteza quanto à sua paternidade, e em não ter que contestar a respectiva ação quando a prova se haja tornado mais aleatória; (...) um interesse da mesma ordem por parte dos herdeiros do investigado, e com redobrada justificação no tocante a álea da prova e as eventuais dificuldades de contraprova com que podem vir a confrontar-se; (...) o próprio interesse, sendo o caso, da paz e harmonia da família conjugal constituída pelo pretense pai”³¹.

No entanto, em razão dos desenvolvimentos científico e tecnológico e da própria evolução social, alguns destes argumentos tradicionalmente inventariados na defesa da não inconstitucionalidade dos prazos sob apreciação foram considerados obsoletos e não mais procedentes, havendo outros que alguns entenderam permanecer inteiramente válidos, embora com relevância diminuída quer em razão da alteração de paradigma, quer em razão da natureza dos interesses com que contendiam.

Nas palavras do TC, o argumento dos riscos de fraude em razão do “envelhecimento” das provas não pode deixar de se considerar, hoje e atenta a evolução científica, improcedente, por se entender que “a justificação relativa à prova perdeu quase todo o valor, com a eficácia e com a generalização das provas científicas, podendo as ações ser julgadas com base em

teste de ADN, que não envelhecem nunca”³².

Também segundo este Tribunal, há que se desvalorizar a preocupação com o fenómeno da “caça à fortuna”, pois a alteração do paradigma social e patrimonial evidencia que “quer o acesso ao direito quer a composição de riqueza mudaram, podendo mesmo muitas ações que poderiam beneficiar da imprescritibilidade decorrer, hoje, provavelmente, entre autores e réus com meios de fortuna não muito diversos, com formação profissional e um emprego”³³. Mesmo que assim não fosse, reitera o TC, deixar de tutelar um direito pessoalíssimo do investigador na ânsia de tutela de um direito patrimonial do investigado e dos seus herdeiros sempre seria questionável e duvidoso.

É igualmente entendimento do TC que a relevância da segurança e da certeza jurídicas não deve ser exacerbada, pois – sem menosprezar estes valores – “a pretensão de satisfazer, através do sacrifício do direito do filho a saber quem é o pai, um puro interesse na tranquilidade – em “ser deixado em paz” – ou na eliminação rápida de dúvidas – em resolver o assunto – não é digna de tutela, se se tratar realmente do progenitor”³⁴. Também preterindo a segurança e certezas jurídicas no confronto com o direito ao (re) conhecimento da maternidade e da paternidade, desta feita relativamente à segurança patrimonial, o TC reconheceu que “a ordem jurídica não mostra uma preocupação absoluta com a segurança patrimonial dos herdeiros reconhecidos do progenitor”³⁵.

Assim, se o argumento do perecimento das provas foi – em absoluto – afastado como funda-

³⁰ Ac. n.º 506/99 do TC, Proc. n.º 856/98, Relatado por Tavares da Costa.

³¹ Ac. n.º 413/89 do TC, Proc. n.º 142/88, Relatado por Cardoso da Costa.

³² Ac. n.º 486/04 do TC, Proc. n.º 192/02, Relatado por Paulo Mota Pinto.

³³ Ac. n.º 486/04 do TC, Proc. n.º 192/02, Relatado por Paulo Mota Pinto.

³⁴ Ac. n.º 486/04 do TC, Proc. n.º 192/02, Relatado pelo Paulo Mota Pinto.

³⁵ Ac. n.º 486/04 do TC, Proc. n.º 192/02, Relatado por Paulo Mota Pinto.

mento legitimador da consagração de prazos de caducidade que impendam sobre o direito ao (re) conhecimento da filiação, o mesmo não se poderá afirmar relativamente a todos os outros argumentos que enformam a existência destes prazos condicionadores do direito de ação do investigante e pretense filho. Efetivamente, os demais argumentos não foram pelo TC liminarmente afastados, mas relevados na ponderação dos interesses e valores em conflito, concluindo-se pela desproporcionalidade da restrição imposta pelo prazo de dois anos então vigente atentos os valores que o mesmo pretendia tutelar em face dos direitos tutelados pela ação de investigação da filiação, de tal forma que se deveria considerar tal prazo desconforme com a Lei Fundamental enquanto violador – porque desmedidamente exíguo e porque impondo a um jovem ainda imaturo e inexperiente um ónus desmedidamente gravoso – dos direitos fundamentais à integridade, à identidade e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Este raciocínio, operado pelo TC na primeira década do século XXI e patente no Acórdão n.º 23/2006³⁶ que declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do prazo de dois anos, contados da maioridade ou da emancipação para intentar a ação de investigação da filiação, veio a ser reiterado no mais recente Acórdão do Plenário, mas desta feita para concluir pela não inconstitucionalidade da norma que prevê o prazo em vigor.

Efetivamente, defraudando as expectativas dos defensores da verdade biológica e da preponderância da genética no estabelecimento da filiação e dos detratores das limitações ao direito ao conhecimento das origens, o TC reiterou a sua posição de não inconstitucionalidade do artigo 1817.º/1 do CC na

parte em que prevê o prazo de dez anos, alicerçando o seu entendimento na ideia basilar da discricionariedade legislativa, entendendo cumprir o seu papel de último garante da nossa Lei Fundamental ao respeitar a autonomia do legislador na concreta conformação do direito de agir e na específica ponderação e harmonização dos valores em conflito.

De acordo com este aresto, o direito ao conhecimento e ao reconhecimento da filiação efetivável através da ação de investigação consubstancia, indubitavelmente, uma concretização dos direitos fundamentais à identidade pessoal e à constituição da família, uma vez que “*a identidade de cada pessoa é geneticamente determinada pelos seus progenitores e constrói-se, individualmente e em sociedade, tendo por referência central este vínculo biológico de origem, que é, na verdade, insubstituível*”³⁷.

Não obstante, sem desvalorizar explicitamente a importância deste direito na conformação identitária e no desenvolvimento íntegro e são do seu titular, o TC firmou posição pela não inconstitucionalidade de tal prazo, advogando que o controlo da suficiência de proteção não o demanda, pois “*a perspectiva do indivíduo titular do direito fundamental em causa, embora decisiva – porque determinante –, não é necessariamente exclusiva*”³⁸.

Ancorado no entendimento de que o prazo de dez anos para o exercício do direito a conhecer e a ver reconhecida a paternidade tinha “*em vista um fim legítimo*”, o TC concluiu não estar “*em condições de contrariar (a avaliação feita pelo legislador) com fundamento em juízo de inadequação, desnecessidade ou desequilíbrio*”.

Da improcedência dos argumentos favoráveis à existência de prazos de caducidade. O di-

³⁶ Ac. n.º 23/2006 do TC, Proc. n.º 885/2005, Relatado por Paulo Mota Pinto.

³⁷ Ac. n.º 394/2019 do TC, Proc. n.º 471/2017, Relatado por João Pedro Caupers.

³⁸ Ac. n.º 394/2019 do TC, Proc. n.º 471/2017, Relatado por João Pedro Caupers.

reito ao conhecimento das origens como direito imprescritível.

Não podemos deixar de discordar com o entendimento perfilhado no aresto jurisprudencial em apreço.

Efetivamente, atentando no atual regime da ação de investigação, não podemos deixar de concluir que o prazo plasmado no artigo 1817.º/1 do CC, na redação introduzida pela Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, aplicável em virtude da remissão expressa operada pelo artigo 1873.º do CC, consubstancia uma restrição não fundamentada em termos materiais, desnecessária, desadequada e desproporcional do direito à historicidade pessoal do investigante e pretense filho.

Ora, tendo presente que o direito à historicidade pessoal é um direito imanente dos direitos fundamentais à integridade, à identidade e ao livre desenvolvimento da personalidade, bem assim um direito concretizador do direito fundamental a constituir família, **cremos que a opção legislativa pela caducidade do direito de ação decorridos 10 anos da maioridade ou da emancipação do investigante e pretense filho se revela atentatória dos direitos fundamentais supramencionados, revelando-se desconforme às exigências constitucionais plasmadas no artigo 18.º da CRP em matéria de restrição de direitos fundamentais.**

Creemos, igualmente, que tal opção é patentemente discriminatória dos filhos nascidos fora do casamento por restringir e dificultar desproporcionalmente a possibilidade de estes verem os laços biológicos convolarem-se em laços jurídicos, mas, acima de tudo, discriminatória dos filhos biológicos gerados naturalmente por contraposição aos filhos biológicos gerados com recurso a técnicas de procriação medicamente assistidas e aos filhos adotivos, por impor restrições temporais ao

conhecimento daqueles que assumem um papel preponderante na individualização, identificação e compreensão da singularidade identitária. Concretizemos, então.

Parece não restarem dúvidas, na doutrina e na jurisprudência, quer nacionais quer estrangeiras, quanto ao efeito obstaculizante de tais prazos no direito à historicidade pessoal. Nas palavras de Rafael Vale e Reis: “*o carácter restritivo da consagração de prazos de caducidade do direito a investigar a maternidade e a paternidade relativamente ao direito ao conhecimento das origens genéticas parece inequívoco*”³⁹. Adirimos, com toda a veemência, a este entendimento.

As dúvidas, porém, sobejam no que respeita à necessidade de tais prazos para acautelar outros direitos que não de somenos importância jusfundamental e no que respeita à legitimidade legislativa para a conformação deste expediente jurídico à luz da discricionariedade de que goza o legislador.

E é aqui que o nosso entendimento diverge daquele perfilhado pelo TC.

A nosso ver, a ideia basilar subjacente à admissibilidade de tais prazos como forma de tutelar outros valores juridicamente relevantes encontra-se inquinada por um pressuposto inexistente: o da existência de direitos com igual relevância jusfundamental que à luz do artigo 18.º da CRP justificam a restrição potenciada por tais prazos ao direito ao conhecimento e reconhecimento jurídico daqueles que contribuíram geneticamente para a existência do investigante e pretense filho.

Ainda que de forma não expressa, o recente Acórdão do Plenário do TC que já tivemos oportunidade de apreciar escuda-se nos direitos do pretense progenitor e investigado à tutela da vida privada e familiar e nos valores da certeza e da se-

³⁹ Vide Rafael Vale e Reis, op. cit. Nota 2, p. 206

gurança jurídicas para concluir pela não inconstitucionalidade de tais prazos atento o princípio da discricionariedade legislativa, entendendo não se poder pronunciar diferentemente por – a seu ver – não se contender com a proibição da insuficiência de tutela e por o legislador atuar dentro da margem de liberdade que lhe é constitucionalmente conferida.

Sem referir expressamente os direitos e interesses do investigado que justificam a não inconstitucionalidade, no seu entendimento, do atual regime da investigação da filiação, o TC firma posição pela não inconstitucionalidade com a convicção de que “*não se vê razão para afastar a legitimidade dessa ponderação política quando os direitos substantivos implicados na providência de tutela jurisdicional sob regulação assumem a natureza de direitos fundamentais*”⁴⁰.

Ora, no que a este ponto da argumentação concerne e na esteira de Guilherme de Oliveira⁴¹, somos da opinião de que “*não existe no ordenamento jurídico português um direito a não ver reconhecida a paternidade decorrido determinado hiato temporal, nem um direito a não ver consagrado o vínculo jurídico da filiação em virtude do decurso do tempo quando este coincida com a verdade biológica, muito menos um direito fundamental*”⁴².

Não queremos com isto dizer que o investigado não é titular do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada ou do direito fun-

damental ao livre desenvolvimento da personalidade. No entanto, entendemos que tais direitos não compreendem no seu âmago o direito a não ser considerado pai em virtude do decurso do prazo de dez anos.

Consideramos, pois, que o direito à reserva da intimidade da vida privada não deve ser interpretado como albergando um direito fundamental a não ver contra si intentada uma ação de investigação da maternidade ou da paternidade em resultado de uma suspeita de um vínculo de filiação biológica que, a confirmar-se, resulta de uma relação sexual entre os progenitores do investigante, relação essa que tem sempre um potencial reprodutivo e com eventuais repercussões em termos de conceção de uma criança. Somos igualmente da opinião que tão pouco se poderá depreender do direito ao livre desenvolvimento da personalidade um direito subjetivo a não ver o seu processo formativo e de conformação da própria vida alterado e restringido pela conceção de uma criança decorrido determinado hiato temporal. Cremos, adicionalmente, que este entendimento serviu de alicerce ao próprio legislador que, desconsiderando estes direitos dos progenitores, promoveu a consagração de um expediente oficioso de averiguação da filiação, denotando a irrelevância dos mesmos no contexto do estabelecimento da filiação.

Concordamos, neste ponto, com o entendimento de Rafael Vale e Reis que, de forma expressiva, recorda que “*a reserva da intimidade da vida privada e familiar não tutela o eventual interesse do progenitor, que participou num relacionamento biológico e afetivo de consequências reprodutivas, em não assumir a responsabilidade jurídica desse ato*”⁴³.

⁴⁰ Acórdão do TC n.º 394/2019, Proc. n.º 471/2017, Relatado por João Pedro Caupers.

⁴¹ Vide Guilherme de Oliveira in Caducidade das Acções de Investigação in Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Vol. I, p.56 - “*Não don relevância à liberdade não-ser-considerado-pai, só pelo facto de terem passados muitos anos sobre a concepção, pai e filho estão inexoravelmente ligados e tanto o princípio da verdade biológica que inspira o nosso direito da filiação quanto as noções de responsabilidade individual a que adiro não reconhecem a facultade de o pai biológico se eximir à responsabilidade jurídica correspondente*”.

⁴² Vide Madalena Pinto de Abreu in A Inconstitucionalidade do prazo de caducidade do direito de investigação da paternidade – O direito ao conhecimento das origens e a admissibilidade dos prazos de caducidade nas acções de investigação da paternidade in Trabalho para a Pós-Graduação em Direito das Crianças, 2019, Policopiado.

⁴³ Vide Rafael Vale e Reis in O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas, Coimbra Editora 2008, p. 207.

Não defendemos, também, que as pretensões jurídicas “*devem pairar indefinidamente sobre a cabeça dos sujeitos visados*”⁴⁴, considerando ser de relevar a importância fundamental dos valores da segurança e da certeza jurídica no nosso ordenamento. Porém, sem os desmerecer ou desvalorizar, parece-nos precoce e precipitado deduzir da existência e da relevância destes valores a necessidade dos prazos de caducidade sob apreciação.

É que, como infere Guilherme de Oliveira, a incerteza jurídica decorrente da conceção de uma criança e a insegurança sentida resultante da possibilidade de um sujeito surgir para reclamar a relação de filiação estão intimamente relacionadas com a assunção pelo progenitor que vive tal incerteza da possível conceção resultante do ato sexual que teve lugar. Essa incerteza não existe sem suspeita — suspeita da conceção.

Ora, assim sendo, parece-nos por demais pertinente concluir como conclui este autor: “*de duas uma: se o suposto progenitor julga que é o progenitor, está nas suas mãos acabar com a insegurança — perfilhando — e se tem dúvidas pode mesmo promover a realização de testes científicos que as dissipem; se, pelo contrário, não tem a consciência de poder ser declarado como progenitor, não sente a própria insegurança*”⁴⁵, pelo que deve deixar de se “*aceitar que o suposto progenitor merece também esta segurança — a segurança de não ser incomodado a partir de uma certa altura da vida do filho*”⁴⁶.

Assim, sempre será de relevar a responsabilidade individual do progenitor biológico, não o isentando de assumir as responsabilidades jurídicas decorrentes da filiação pelo mero decurso do tempo

quando o filho investigador as venha exigir através de uma ação de investigação.

Entendemos, portanto, que a decisão de não inconstitucionalidade sustentada na discricionariedade legislativa e na existência de outros valores permissivos à conformação do regime da ação de investigação da paternidade com recurso a prazos de caducidade não pode deixar de ruir quando confrontada com a irrelevância dos valores conflituantes com o direito ao conhecimento das origens do investigado e com as exigências de responsabilidade individual que premeiam o nosso ordenamento jurídico.

Concordamos com o STJ quando inquire se “*sopesados os interesses em jogo — mesmo não sendo de desprezar o eventual interesse do investigador pelo património do pretense pai — qual deles deve prevalecer: se o do pretense pai não vir a ser mais incomodado pela investigação — hoje tão segura, como já dito — de uma paternidade que com certeza, por razões que ele saberá e por certo bem egoístas, não desejou e/ou de uma eventual harmonia conjugal que pode assim ser perturbada ou o do investigador, que necessariamente não foi tido nem achado na sua génese e que, mesmo devida a encontros fortuitos e não de paixão, tem todo o direito a saber de onde vem, na totalidade, se assim o pretender, sem estar sujeito a pressões de tempo para tão importante passo vir a dar*”, conclui que “*na sociedade em que vivemos, em meados do final da primeira década do século XXI, ser este último, o do exercício de uma faculdade personalíssima, o de maior relevo, com virtualidade até de apagar — ou, pelo menos, minimizar — os outros também eventualmente existentes, que perante aquele têm de ceder*”⁴⁷.

As considerações que temos vindo a tecer acrescentam ainda as imposições jus-civilistas em matéria

⁴⁴ Vide Guilherme de Oliveira, op. cit. Nota 41, p.50.

⁴⁵ Vide Guilherme de Oliveira, op. cit. Nota 41, p.54.

⁴⁶ Vide Guilherme de Oliveira in Caducidade das ações de investigação ou caducidade do dever de perfilhar, a pretexto do acórdão n.º 401/2011 do Tribunal Constitucional in Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 9, n.º 17 e 18, Coimbra Editora, 2012, p. 109 e 110.

⁴⁷ Vide Ac. do STJ de 08-06-2010, Proc. n.º 1847/08.5TVLSB-AL1.S1.

de direitos de personalidade, uma vez que o direito ao conhecimento das origens não deixa de ser reconduzível a um direito intrínseco à natureza humana e inerente à dignidade da pessoa humana que visa tutelar o desenvolvimento da personalidade.

Como já tivemos oportunidade de antecipar, os direitos de personalidade gozam de tutela acrescida, mormente no que respeita ao efeito do tempo nas relações jurídicas por via da proibição de prescrição em caso de inércia no seu exercício, como resulta patente do disposto no artigo 298.º/1 do CC, em que se estatui a imprescritibilidade dos direitos indisponíveis.

Ora, não estamos olvidados da diferença essencial entre prescrição e caducidade, nem tão pouco pretendemos obliterar tal diferença com o simples propósito de aditar um outro argumento à eliminação dos prazos de caducidade do direito de investigação da filiação⁴⁸. Porém, cremos que a imprescritibilidade dos direitos de personalidade, porquanto direitos indisponíveis, prevista no artigo 298.º/1 do CC, não pode deixar de compreender igualmente a não caducidade destes direitos, uma vez que a ablação decorrente da extinção de determinado direito em virtude da passagem do tempo dificilmente se harmoniza com as características que o próprio legislador imprimiu a estes direitos.

Repare-se. A imprescritibilidade dos direitos de personalidade decorre da sua indisponibilidade, tendo o legislador almejado a uma tutela reforçada destes direitos atenta a importância fundamental dos mesmos no livre desenvolvimento da personalidade dos seus titulares.

Ora, dificilmente se compreende que os mesmos direitos cuja prescrição o legislador entendeu não admitir possam caducar pelo decurso de prazo. Se o legislador civil entendeu que os direitos indisponíveis, como os direitos de personalidade, não podem deixar de ser exigidos coercitivamente em razão do mero decurso do tempo atenta a sua cabal importância e intrínseca relação com a dignidade humana, demandam as regras da interpretação que os mesmos não se possam extinguir em razão da passagem do tempo. Afinal, *a minori, ad maius*.

Ainda que os argumentos até agora aduzidos não se revelassem suficientes, sempre seria de se concluir pela inconstitucionalidade de tais prazos à luz do princípio da igualdade e da proibição de discriminação dos filhos nascidos fora do casamento.

Acreditamos, inclusive e não obstante o Acórdão n.º 394/2019 do TC, que a única solução legislativa consentânea com o próprio entendimento recente deste Tribunal sobre o direito ao conhecimento das origens passa pela eliminação de quaisquer barreiras ou limites temporais à propositura da ação de investigação.

Efetivamente, para que nos possamos pronunciar quanto à legitimidade da restrição ao direito ao conhecimento das origens decorrente da existência de prazos de caducidade e quanto à tutela vigente dos direitos fundamentais à integridade, à identidade, ao livre desenvolvimento da personalidade e a constituir família dos potenciais investigadores, há que atentar nas garantias concedidas àqueles que também carecem do dado fundamental da filiação biológica na sua formação e conformação identitária.

Esta apreciação exige-se à luz de um ideal de justiça e da exigência constitucional de igualdade, pois, se é verdade que a ação de investigação da maternidade ou da paternidade consubstancia um expedien-

⁴⁸ Vide, a este propósito, Ana Filipa Morais Antunes in *Algumas questões sobre prescrição e caducidade* in *Separata de Estudos em Homenagem ao prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra Editora, 2010, pp. 35-72.

te jurídico tendente ao estabelecimento da filiação, também não é mentira que este é o único instituto por via do qual se poderá conhecer aquele que geneticamente contribui para a existência do investigante independentemente da cooperação do investigado⁴⁹.

Há, pois, uma identidade material no que respeita à ânsia de autodefinição e de localização familiar do investigante e pretensão filho e à necessidade de supressão da lacuna identitária de que sofrem os adotados e as pessoas geradas com material genético de terceiro.

Ora, atentando no RJPA e na LPMA, constatamos uma clara (e, a nosso ver, necessária) valorização do direito ao conhecimento das origens dos adotados e das pessoas geradas através de tais técnicas em detrimento de quaisquer pretensões dos pais biológicos ou dos dadores de material genético. Entendeu-se, e bem, que a única solução conforme com a CRP exigia que – preterindo os valores de segurança e certeza jurídica – se tutelasse, de forma absoluta e sem constrangimentos de índole temporal, o direito à historicidade pessoal destas pessoas que, se despojadas deste dado imperioso contra sua vontade, veem comprometido o seu desenvolvimento da personalidade, a adequada formação identitária e a equilibrada individualização.

É certo que a similitude material que procurámos imprimir até agora entre a situação jurídica do potencial investigante e dos sujeitos adotados ou gerados através de PMA heteróloga não deve deixar de ser vista com parcimónia, pois a virtualidade da ação de investigação não se

resume à descoberta da identidade do progenitor biológico. Como se frisa Acórdão n.º 488/2018 do TC, “o objeto da ação de investigação da paternidade dirige-se, não só ao conhecimento da identidade do progenitor biológico, mas também ao reconhecimento judicial do vínculo da paternidade com os respetivos efeitos jurídicos, tendo, portanto, implicações para terceiros (os herdeiros do pretense pai) e para o investigado que estão ausentes na revelação da identidade do dador”⁵⁰.

Todavia, sem ignorar que a ação de investigação tem a virtualidade de estabelecer a filiação e que esse estabelecimento tem mais repercussões jurídicas do que o mero conhecimento da identidade dos progenitores biológicos ou dadores de material genético, a verdade é que este expediente jurídico tem uma importância identitário-individualizante mais significativa, pois que (em princípio) inexistirá uma entidade substitutiva que ocupe o papel geofamiliar do progenitor biológico do investigante e que supra (pelo menos parcialmente) o vazio parental que o investigado deixou na vida do investigante.

Assim, embora identificando os potenciais efeitos constitutivos da ação de investigação e reconhecendo a sua inexistência no conhecimento da identidade dos progenitores biológicos ou dadores de material genético, cremos ainda assim justificar-se o paralelo entre o direito ao conhecimento das origens do investigante e o direito à historicidade pessoal das pessoas adotadas ou geradas com recurso a dadores, bem como cremos que a identidade material entre as situações em apreço impõe que aos primeiros não seja negado o acesso ao conhecimento deste dado tão imprescindível na localização individual e social que é a filiação biológica, assim como aos segundos é concedido o acesso a esta informação determinante na individualização.

⁴⁹ Embora de forma não consentânea, tem-se entendido que o artigo 1801.º do CC permite exigir do investigado, no contexto da ação de investigação, a realização de exames e perícias médicas, mesmo contendo com a sua integridade física. Ora, se no âmbito desta ação esta ideia já é controversa, vedando a possibilidade de lançar mão a tal expediente condiciona-se qualquer possibilidade de conhecer a maternidade ou a paternidade contra a vontade do pretense progenitor. Vide, a este propósito, Franklin Marques de Almeida Júnior, op. cit. Nota 9.

⁵⁰ Ac. n.º 488/2018 do TC, Proc. n.º 471/17, Relatado por Maria Clara Sottomayor.

Posto isto e ponderando a relevância deste expediente jurídico no integral desenvolvimento do investigante, uma vez que apenas através desta ação poderá o pretense filho esclarecer as dúvidas quanto à filiação e conhecer aquele que contribui determinantemente para a sua existência, **não compreendemos como pode o legislador condicionar mediante prazos de caducidade o direito ao conhecimento das origens do investigante, se concomitantemente reconhece o mesmo direito sem quaisquer obstáculos, condicionamentos ou restrições aos adotados e às pessoas geradas com recurso a material genético de terceiro.**

Não cremos que a relevância identitário-individualizante do direito à historicidade pessoal se revele com maior premência relativamente a estes do que relativamente àquele, nem cremos que a virtualidade danosa de tais condicionamentos se revele menos atentatória da segurança jurídica e do direito à intimidade da vida privada e familiar dos progenitores biológicos ou dadores de material genético do que dos correspondentes direitos do investigado e pretense pai.

Na verdade, a virtualidade constitutiva da ação de investigação apenas pode atentar de forma impressiva contra uma eventual expectativa jurídica de cariz meramente patrimonial dos herdeiros do investigado e não podemos conceber ser de tutelar tal expectativa em detrimento do direito de cariz iminentemente pessoal ao conhecimento das origens. Sobretudo, não pode aceitar-se tutelar tais expectativas quando as mesmas assentam tão somente ou maioritariamente no vínculo biológico existente entre o investigado e tais herdeiros num sistema sucessório alicerçado nos vínculos biológicos ou matrimoniais existentes e restritivo da liberdade testamentária em prol da continuidade su-

cessório-familiar que pretere e relega para segundo plano a autonomia do testador e a relevância dos vínculos afetivos.

Destarte, não pode deixar de se concluir que os prazos sobre os quais nos temos vindo a pronunciar – seja o concreto prazo de 10 anos ou outros que venham a ser consagrados – introduzem uma diferenciação não consubstanciada, não fundamentada e não razoável entre os filhos concebidos naturalmente cuja filiação biológica seja desconhecida e os filhos adotados ou gerados através de técnicas de procriação medicamente assistida cuja filiação natural permaneça incógnita, porquanto os primeiros apenas terão meios para conhecer aquela nos primeiros dez anos após a maioridade ou a emancipação, enquanto os segundos poderão a qualquer momento requerer que lhes seja disponibilizada a identidade dos progenitores.

Ainda que de forma menos expressiva, entendemos igualmente que os prazos de caducidade que impende ou possam impender sobre a ação de investigação introduzem uma diferenciação injustificada entre os filhos concebidos na constância do matrimónio e os filhos nascidos de relações extraconjugais.

Evidentemente, não queremos extrair do princípio da igualdade a necessidade de equivaler situações materialmente distintas. No entanto, o princípio da igualdade no domínio do estabelecimento da filiação demanda que – ainda que de formas distintas – se assegure a possibilidade efetiva de fazer corresponder os vínculos biológicos aos vínculos afetivos.

Ora, tendo o supramencionado em consideração e tendo presente que o efeito preclusivo do prazo de caducidade do direito a intentar a ação de investigação importa a impossibilidade de ver

estabelecida a filiação a favor daquele que biologicamente deu origem ao investigante, bem assim a impossibilidade de ver reconhecidos os efeitos pessoais e os efeitos patrimoniais decorrentes da filiação, cremos que o legislador através da sujeição de tal expediente a prazos dificulta irrazoável e desproporcionalmente o estabelecimento da filiação dos filhos nascidos fora do matrimônio que, em razão disso, não gozam da presunção de paternidade vigente na constância do matrimônio e ficam à mercê da vontade do progenitor em perfilhar.

Por fim, embora não de somenos importância, cremos que a vigência do prazo concreto ou de futuros prazos de caducidade que impede ou impendam sobre o direito ao conhecimento das origens, precludindo o estabelecimento de laços jurídicos de filiação, configuram um verdadeiro atentado à ordem pública.

Num mundo em clara mutação, em que o casamento tem cada vez menos expressividade⁵¹ e que as relações conjugais têm sido placidamente substituídas por meras uniões não formalizadas, o estabelecimento da filiação releva-se impreterível no acautelamento de situações incestuosas, não bastando na promoção da saúde pública, que os laços biológicos possam ser conhecidos no âmbito do processo preliminar do casamento.

Atribuindo a nossa ordem jurídica relevância aos vínculos jurídicos de gênese biológica⁵² e aos vínculos biológicos não juridicamente reconhecidos⁵³ enquanto verdadeiros e próprios impedimen-

tos matrimoniais, reconhecendo o nosso ordenamento que as relações entre parentes com uma proximidade genética significativa devem ser evitadas por razões de ordem eugénica, de tal forma que restringe o direito fundamental a contrair casamento, não se compreende como pode o mesmo legislador não ver na ação de investigação um expediente promotor da transparência e saúde pública.

Ao obstar ao estabelecimento jurídico da filiação em virtude do decurso do prazo por si consagrado, o legislador cinge a relevância dos vínculos genéticos às relações matrimoniais e aos vínculos biológicos estabelecidos ou conhecidos pelos próprios, por terceiros ou pelo conservador do registo civil, desconsiderando as considerações eugénicas que edificam os impedimentos matrimoniais e que inclusivamente influem no regime conformador das uniões de facto⁵⁴.

Resulta de tudo o acima exposto a indubitável desconformidade constitucional do concreto prazo de caducidade de dez anos contados da maioridade que impende sobre os investigadores, mas também de qualquer outro prazo que se pretenda consagrar e que venha restringir o direito ao conhecimento e reconhecimento filiação. Por um lado, tais prazos afiguram-se desnecessários para acautelamento de direitos fundamentais de igual relevância constitucional, uma vez que não cremos que os direitos do investigante tradicionalmente inventariados compreendam verdadeiramente uma qualquer faculdade a furtar-se ao reconhecimento jurídico da filiação biológica nem a eximir-se às responsabilidades parentais dessa filiação

⁵¹ Vide, a este propósito, estatísticas do INE, disponíveis em INE. PT, referentes à taxa bruta de nupcialidade em que se constata uma queda de 6,7% para 3,2% nas últimas duas décadas, desconsiderando os valores correspondentes a 2020 atentos os condicionalismos promovidos pela pandemia.

⁵² Atente-se no disposto no artigo 1602.º, al. a) e al. c), do CC.

⁵³ Ver, nomeadamente, o disposto nos artigos 1986.º/1, in fine, e 1987.º do CC e o disposto no artigo 1603.º/1, primeira parte, do CC.

⁵⁴ Repara-se que a própria LUF, na al. d) do artigo 2.º, pelas mesmas razões de ordem eugénica e moral, obsta à produção de efeitos desta relação quando entre os potenciais unidos de facto haja uma relação de parentesco na linha reta ou de parentesco no 2.º grau da linha colateral.

emergente. Por outro lado, mesmo que se ancorasse tais prazos nos valores da certeza e segurança jurídica, sempre seria de se concluir pela inadequação dos mesmos para tutelar estes valores, por os mesmos não se revelarem capazes de prevenir a insegurança, na medida em que a mesma não resulta da ação de investigação, mas do dado biológico em que esta se fundamenta.

II.1. Em concreto, da inconstitucionalidade do regime da impugnação da paternidade presumida

Até aqui versámos sobre a vertente positiva do direito ao conhecimento das origens. No entanto, o direito ao conhecimento das origens abrange igualmente uma vertente negativa que visa a promoção da verdade biológica e a eliminação de laços jurídicos biologicamente inverídicos, materializada na possibilidade de impugnação desses mesmos laços.

Ora, também sobejam dúvidas quanto ao regime de impugnação da paternidade, em particular, no que respeita à sujeição do direito a impugnar a paternidade errónea a prazos de caducidade e ao tratamento diferenciado entre filhos nascidos na constância do matrimónio cuja paternidade se estabeleceu em razão da presunção de paternidade e os filhos nascidos fora do casamento cuja paternidade se estabeleceu por reconhecimento voluntário. Vejamos, pois, qual o regime vigente, para melhor apreciá-lo.

Distingue-se, em matéria de regime, a ação de impugnação da paternidade presumida da ação de investigação da paternidade estabelecida por perfilhação. Encontramos a primeira regulada nos artigos 1838.º a 1846.º do CC e a segunda no artigo 1859.º do mesmo diploma. Destes preceitos ressaltam duas diferenças manifestas. A primeira ao nível da legitimidade, na medida em que apenas na

segunda o pretense progenitor tem legitimidade autónoma para intentar esta ação enquanto titular de um interesse moral ou patrimonial na ação, já que na primeira terá que recorrer ao Ministério Público que apenas intentará a ação se a viabilidade do pedido for pelo tribunal reconhecida. A segunda ao nível dos prazos, dado que na primeira o direito a propor a ação de impugnação está sujeito a prazo e na segunda a ação de impugnação pode ser intentada a todo o tempo.

Ora, embora todo o regime da impugnação da paternidade reclamasse uma reflexão ponderada, focaremos tão somente a sua relevância no âmbito do direito ao conhecimento das origens e centraremos a nossa apreciação no direito do impugnante filho e nas restrições legalmente impostas ao exercício deste seu direito a afastar uma paternidade presumida fictícia, bem assim na diferenciação de tratamento entre filhos nascidos dentro e fora do casamento do casamento para efeitos de impugnação da paternidade.

Não desenvolveremos as questões suscitadas quanto à legitimidade dos demais interessados e aos prazos de que estes dispõem para impugnação da filiação presumida, uma vez que “*deve considerar-se fora do conteúdo do direito ao conhecimento das origens genéticas, pelo menos considerando o seu núcleo essencial, o direito dos progenitores ao conhecimento e ao estabelecimento dos vínculos relativamente à sua descendência*”⁵⁵.

Posto isto, a ação de impugnação da paternidade cumpre um papel concretizador do direito ao conhecimento das origens do filho impugnante enquanto expediente jurídico tendente à eliminação dos laços jurídicos sem correspondência biológica porquanto apenas através desta ação judicial pode o filho ver reposta a verdade biológica e eliminada do

⁵⁵ Rafael Luís Vale e Reis, op. cit. Nota 2, p. 129.

registro a paternidade inverídica, não apenas possibilitando a procura do progenitor biológico, mas também permitindo que determinado indivíduo não se veja sujeito a viver como filho de alguém que não é seu pai e que repudia como tal.

Com efeito, numa primeira aproximação, a relevância concretizadora do direito ao conhecimento das origens que a ação de impugnação cumpre não parece significativa à luz da sua eficácia não constitutiva, mas destrutiva dos laços jurídicos existentes. Contudo, esta visão revela-se algo redutora.

Por um lado, entender que a ação de impugnação não tutela significativamente o direito ao conhecimento das origens peca por desconsiderar a necessidade de impugnação dos vínculos jurídicos inverídicos como meio de investigar os vínculos biológicos e os ver juridicamente reconhecidos, uma vez que a ação de investigação da paternidade não pode prosseguir enquanto não for afastada a paternidade estabelecida.

Por outro lado, entender que a ação de impugnação não tutela significativamente o direito à historicidade pessoal pressupõe assumir que este apenas se revela numa dimensão positiva e que os direitos constitucionais que o ancoram não demandam igualmente a possibilidade de eliminar uma paternidade geneticamente fictícia, não nos parecendo que se possa afirmar que a manutenção de uma paternidade inverídica que o filho deseja impugnar e com a qual não deseja viver não atinja os direitos fundamentais à integridade e à identidade pessoais e ao livre desenvolvimento da personalidade do impugnante.

Não aderimos, assim, ao entendimento que considera que a ação de impugnação tem uma relevância diminuída na tutela do direito ao conhecimento das origens em face da ação de investigação da paternidade, nem defendemos o entendimento

do TC segundo o qual “quando invocado para excluir a paternidade, este direito não se apresenta, por um lado, dotado de exactamente a mesma carga valorativa do que quando accionado pelo filho com vista à investigação de paternidade”⁵⁶. Efetivamente, a conclusão de que “a preclusão, pelo decurso do prazo, do direito de intentar a ação não tem, neste caso, o mesmo significado para a esfera pessoal do interessado, a mesma projeção radicalmente empobrecedora da personalidade”⁵⁷ não tem em consideração o papel essencial da impugnação na investigação da paternidade, nem atende ao papel da verdade biológica na identificação, na individualização e no desenvolvimento do filho que está disposto a abdicar da família constituída visando trilhar o caminho da autonomização e descoberta identitário-individual.

O próprio TC, embora inconsequentemente, vem aproximar estas duas ações judiciais, não apenas sujeitando-as ao mesmo prazo, mas reconhecendo que “a impugnação da paternidade presumida, em casos como o dos autos, se apresenta como um mecanismo essencial no iter processual que o impugnante-investigante tem de percorrer de forma a alcançar a definição e estabelecimento da verdade biológica da sua ascendência”⁵⁸.

Assim, compreendendo que o direito ao conhecimento das origens se efetiva através do direito à impugnação da paternidade inverídica pelo filho, a sua sujeição a prazos e consequente condicionamento deste direito ao mapeamento histórico-familiar reclama a existência de outros direitos

⁵⁶ Vide Ac. n.º 446/2010 do TC, Proc. n.º 195/10, Relatado por Joaquim de Sousa Ribeiro. Este entendimento tem vindo a ser reiterado na jurisprudência constitucionalistas. Veja-se, a título exemplificativo, o Ac. n.º 309/2016, Proc. n.º 1000/14, Relatado por Lino Rodrigues Ribeiro.

⁵⁷ Vide Ac. n.º 446/2010 do TC, Proc. n.º 195/10, Relatado por Joaquim de Sousa Ribeiro.

⁵⁸ Vide Ac. n.º 609/2007 do TC, Proc. n.º 563/07, Relatado por José Borges Soeiro.

fundamentais que careçam de tutela, a constatação de que os prazos são necessários e adequados à sua tutela, traduzindo uma restrição proporcional dos direitos fundamentais que com aqueles conflituam que não atinja o conteúdo essencial destes, como demanda o artigo 18.º/2 e 18.º/3 da CRP.

Ora, o regime da ação de impugnação da paternidade presumida com recurso a prazos de caducidade tem sido edificado na ideia de proteção da família constituída, uma incumbência do Estado à luz do disposto no artigo 67.º da CRP. Com efeito, os prazos que impendem sobre esta ação judicial têm sido alicerçados na tutela da realidade socioafetiva que surge com o estabelecimento da paternidade por presunção, entendendo-se válido postergar – após um hiato temporal de dez anos – o direito ao conhecimento das origens do presumido filho em nome da estabilidade afetiva, social, familiar⁵⁹, bem assim como, mas sem a mesma relevância fundamentadora, nos direitos dos demais membros da família, em particular nos direitos dos progenitores ao livre desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada, porquanto a impugnação pelo filho vem destabilizar a família por estes constituída e consequentemente os moldes em que conformaram a sua vida pessoal, bem como põe a descoberto a existência de uma relação extraconjugual⁶⁰.

⁵⁹ Neste sentido atente-se na jurisprudência firmada no Ac. n.º 309/2016 do TC, Proc. n.º 1000/14, Relatado por Lino Rodrigues Ribeiro, em que se afirma que “*essa relação familiar, que pode ter uma duração e uma densidade afetiva e social consideráveis, seria posta em crise se a ação de impugnação da paternidade, (...) pudesse ser intentada a qualquer momento (...) comprometer-se-ia a vivência da comunidade familiar, os laços afetivos que ela cria, o sentimento de confiança que a cimenta, e a estabilidade das relações familiares e sociais*” e no Ac. do STJ de 03-05-2018, Proc. n.º 158/15.4T8TMR.E1.S1, no qual se declara que “*a relação paterno-familiar estabelecida, a confiança e a paz familiar seriam necessariamente postas em crise, se colocadas numa situação de permanente precariedade e incerteza, por sujeita a ser abolida por ação, exercitável a todo o tempo, sem qualquer preclusão, do filho*”.

⁶⁰ Veja-se, nomeadamente, o disposto no Ac. n.º 309/2016 do TC, Proc. n.º 1000/14, Relatado por Lino Rodrigues Ribeiro, em que

Ora, ainda que valorizando os argumentos tradicionalmente inventariados para sustentar a não inconstitucionalidade de tais prazos, é nosso entendimento que os mesmos se revelam falaciosos e não consubstanciam razão suficiente para proceder à constrição do direito ao conhecimento das raízes familiares.

De facto, edificar a existência de prazos de caducidade e sustentar a sua não inconstitucionalidade na tutela da família constituída pressupõe que a imprescritibilidade da ação de impugnação atente contra a estabilidade que este valor pretende acautelar. Não nos parece que seja o caso.

Primeiro, parece-nos duvidosa a implementação de um sistema cego que visa acautelar a estabilidade socio-afetiva decorrente da família que se constituiu em virtude da eficácia constitutiva da presunção de paternidade. Entendemos indubitavelmente preferível o sistema de avaliação casuística proposto por Guilherme de Oliveira por entender que “*apenas estas famílias reais e densas merecem a proteção que é capaz de paralisar a procura da verdade biológica*”⁶¹.

Segundo, é falacioso recorrer a um imperativo de proteção da família para sustentar a manutenção de um laço jurídico biologicamente inverídico que um dos elementos da dita família pretende ver destruído. Efetivamente, clamar a proteção da família constituída para obstar à procedência da ação de impugnação intentada pelo presumido filho ignora o facto de a afetividade familiar poder perdurar independentemente da manutenção do vínculo ju-

dispõe: “*Também a realização pessoal do pai presumido, seja enquanto membro da família constituída, seja enquanto ser autónomo dotado de liberdade decisória, pode ser obstaculizada pela imprescritibilidade da ação de impugnação de paternidade intentada pelo filho. A extinção a todo o tempo dos laços jurídicos que sejam contrários à verdade biológica desconsidera o interesse do pai presumido em manter uma paternidade que, no quadro de uma família constituída, foi por ele assumida, vivida, como se tratasse de uma relação biológica*”.

⁶¹ Vide Guilherme de Oliveira in “Proteção da Família Constituída” — Para Além das Palavras, op. cit. Nota 2, p. 10.

rídico se os membros daquela família a isso estiverem dispostos e não virem na impugnação um obstáculo à manutenção dos laços afetivos entretanto gerados e – se assim não for – ignora o facto de a vontade de impugnar já refletir a inexistência de uma verdadeira e própria relação familiar que seja necessário tutelar.

Já no que respeita à sustentação destes prazos nos direitos dos progenitores, seja da mãe, seja do presumido pai, parece-nos evidente que os mesmos não podem subsistir no confronto com o direito ao conhecimento das origens do presumido filho. Por um lado, o direito destes de conformarem livremente a sua vida e a sua família e a estabilidade sociofamiliar a que estes almejam perigam em razão da dúvida quanto à paternidade e da vontade de impugnar e não da procedência da ação. Por outro, a nosso ver, a esfera do direito à reserva da vida privada não abarca o direito à manutenção de um vínculo jurídico não biologicamente consubstanciado e à ocultação da verdade quanto à conceção, vigorando neste domínio um princípio de autorresponsabilidade preclusivo da sua tutela.

Assim, obstar à impugnação não tutela eficazmente a família constituída e os direitos dos demais intervenientes não devem prevalecer em detrimento do direito ao conhecimento das raízes genéticas na dimensão da eliminação da paternidade presumida inverídica.

Resta-nos acrescentar que a inconstitucionalidade do prazo do artigo 1842.º/1, alínea c), do CC decorre não apenas do facto de este consubstanciar uma restrição desnecessária, irrazoável e desproporcional do direito ao conhecimento das origens do presumido filho, mas também da desigualdade infundada do regime sob apreciação quando confrontado com o regime de imprescritibilidade da ação de impugnação da paternidade estabelecida por perfi-

lhação resultante do artigo 1859.º/2 do CC.

Com efeito, como o próprio TC parece reconhecer – embora concluindo antiteticamente e no âmbito da impugnação pelo perfilhante e não pelo perfilhado – a diferenciação de regimes remonta a uma discriminação injustificada dos filhos nascidos fora do casamento e dos filhos nascidos na constância do matrimónio, por inexistência de “*qualquer razão material que justifique a discriminação*”⁶². Efetivamente, a incumbência estatal de proteção da família não se cinge às famílias conjugais nem a tutela do direito ao conhecimento das raízes genéticas se cinge aos filhos perfilhados.

É, assim, nosso entendimento que a existência de prazos para a impugnação da paternidade presumida vem discriminar aqueles que veem a sua paternidade definida por presunção e que, em razão do modo pelo qual se estabeleceu a paternidade, sofrem uma considerável constrição do seu direito ao conhecimento das origens e encontram-se vinculados a uma relação jurídica geneticamente inverídica e que pretendem ver destruída. Não vemos como se pode ancorar a existência de prazos na proteção da família constituída, atendendo a que esta é uma instituição sociológica que perdurará em função da vontade de manutenção dos laços afetivos e não em função da vontade de manutenção dos laços jurídicos.

Em suma, é inconstitucional a norma constante do artigo 1842.º/1, alínea c), do CC na parte em que consagra prazos para a impugnação da paternidade presumida pelo filho presumido, por inexistir valor suficientemente relevante que justifique a constrição do direito à historicidade pessoal e por tais prazos introduzirem uma diferenciação injustificada daqueles

⁶² Ac. n.º 308/2018 do TC, Proc. n.º 411/2017, Relatório por Gonçalves de Almeida Ribeiro.

cuja paternidade se estabelece por presunção, concluindo pela imprescritibilidade do direito à impugnação da paternidade inverídica do titular do direito ao conhecimento das origens, solução consentânea com as exigências consti-

tucionais plasmadas no artigo 18.º/2 e 18.º/3 da CRP e com a prescrita imprescritibilidade dos direitos de personalidade prevista no artigo 298.º/1 do CC.

QUESTÕES PROCESSUAIS DA MEDIDA DE ACOMPANHAMENTO

Vânia Filipe Magalhães

Juíza de Direito

Resumo: *o artigo versa sobre o processo judicial do acompanhamento de maior e a análise dos pressupostos e tramitação processuais com vista à definição da medida mais adequada à situação do maior.*

Palavras-chave: *acompanhamento de maior; processo judicial; pressupostos processuais; tramitação do processo.*

Abstract: *The article refers the legal proceedings of accompaniment of the adult person and analysis the legal premises and procedures to decide the most appropriate measure for the adult person*

Keywords: *adult guardianship; judicial procedure; legal premises; conduct of proceeding.*

1. Introdução

O presente artigo versa sobre a temática da aula ministrada no 3.º Curso Breve de Pós-Graduação sobre o Regime do Maior Acompanhado: Questões Substantivas e Processuais, organizado pelo Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Pretende constituir uma ferramenta útil para a tramitação do processo de acompanhamento de maior, ciente das dificuldades de compatibilização do regime legal com a realidade que se apresenta diariamente nos nossos tribunais.

O processo de acompanhamento de maior carece, ainda, de evolução doutrinal e jurisprudencial com vista à sedimentação e aperfeiçoamento das soluções legais, sempre sob a égide do

superior interesse do beneficiário das medidas de acompanhamento.

2. Regime substantivo

O regime do maior acompanhado foi aprovado pela Lei n.º 14/2018, de 14 de Agosto, que revogou os institutos da interdição e da inabilitação, unificando-os, tendo em vista a maximização dos espaços de capacidade de que a pessoa ainda é portadora.

A referida lei inseriu um modelo de acompanhamento, garantindo o respeito na formação e exteriorização da vontade da pessoa carecida de acompanhamento, em detrimento de um modelo de substituição, visando decidir que medidas de acompanhamento são necessárias para proteger e não incapacitar o beneficiário¹.

As medidas de acompanhamento regem-se pelo princípio da subsidiariedade, isto é, só têm lugar quando as finalidades que, com elas se prosseguem, não sejam garantidas através dos deveres gerais de cooperação e de assistência (cfr. artigo 140.º, n.º 2, do Código Civil).

A mudança de paradigma surgiu na sequência de legislação internacional que vinha sendo adop-

¹ António Pinto Monteiro, *Brevíssimas Notas sobre a criação do regime do maior acompanhado*, Coleção Formação Contínua do Centro de Estudos Judiciários, subordinado ao tema *O novo regime do maior acompanhado*, p. 31, disponível em www.cej.mj.pt.

tada sobre a matéria da deficiência da pessoa humana, especificamente a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas através da resolução A/RES/61/206².

O paradigma do novo regime visa proteger o maior que carece de acompanhamento, prevalecendo o seu superior interesse e a preservação das suas capacidades.

Os pressupostos do acompanhamento de maior estão previstos no artigo 138.º do Código Civil.

Segundo aquele preceito legal, o maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas no Código Civil.

São, assim, pressupostos do acompanhamento de maior³:

- a) a maioridade da pessoa (cfr. artigos 122.º e 130.º do Código Civil);
- b) a impossibilidade do exercício pleno, pessoal e consciente dos seus direitos e do cumprimento dos seus deveres por razões de:
 - i. saúde. Neste âmbito, contrariamente ao que sucedia no regime da interdição, permite-se salvaguardar situações de saúde temporárias como as decorrentes

da ocorrência de um acidente de viação ou de uma intervenção cirúrgica (por exemplo, acidente vascular cerebral, estado de coma, paralisia cerebral, demência, alzheimer, parkinson).

- ii. deficiência, sendo esta definida pela Organização Mundial da Saúde como ausência ou a disfunção de uma estrutura psíquica, fisiológica ou anatómica (por exemplo, autismo, síndrome de Down, epilepsia).
 - iii. comportamento, como aqueles casos de comportamentos aditivos ou prodigalidade.
- c) a actualidade da causa de impossibilidade.

Acresce que as medidas de acompanhamento apenas terão lugar desde que o acompanhamento não possa ser garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência, nomeadamente por decorrência do dever de cooperação dos cônjuges nos termos do artigo 1674.º do Código Civil ou do dever de assistência a que alude o artigo 1675.º do Código Civil, sem olvidar as relações de união de facto, desde logo por força do princípio da boa fé (cfr. artigo 140.º, n.º 2, do Código Civil)⁴.

3. Generalidades processuais

O processo de acompanhamento de maior comporta aspectos processuais gerais que importa atender na respectiva tramitação.

² Acerca do regime do acompanhamento de maior segundo esta Convenção, Paula Távora Vítor, *O maior acompanhado à luz do artigo 12.º da CDPD*, Revista Julgar, n.º 41, Maio-Agosto 2020, Almedina, pp. 23 a 47.

³ Para mais desenvolvimentos, Paula Távora Vítor, *Código Civil Anotado*, coordenação de Ana Prata, 1.ª Edição, Junho 2017, Almedina, pp. 167 e 168; António Santos Abrantes Geraldes, Paulo Pimenta e Luís Filipe Pires de Sousa, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume II, Almedina, 220, pp. 330 e 331; Mafalda Miranda Barbosa, *Maiores Acompanhados. A disciplina da Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto*, Gestlegal, 2.ª Edição, Março 2021, pp. 54 a 66.

⁴ António Abrantes Geraldes, Paulo Pimenta e Luís Filipe Pires de Sousa, ob. cit., pp. 339 e 340.

3.1. Forma de processo

O acompanhamento é decidido pelo tribunal (cfr. artigo 139.º, n.º 1, do Código Civil) e tramitado sob a forma de processo especial (cfr. artigos 891.º e seguintes do Código de Processo Civil).

Neste tipo de processo, é patente o reforço do papel do juiz considerando que, quanto aos seus poderes, critério de julgamento e alteração das decisões com fundamento em circunstâncias supervenientes, se aplica o disposto nos processos de jurisdição voluntária, como decorre do artigo 891.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.

O tribunal pode investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes (cfr. artigo 986.º, n.º 2, do Código de Processo Civil).

Daqui decorre que prevalece o princípio do inquisitório (cfr. artigo 411.º do Código de Processo Civil) em detrimento do princípio do dispositivo (cfr. artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil).

Nas providências a tomar, o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo adoptar a solução que julgue mais conveniente (cfr. artigo 987.º do Código de Processo Civil), o que convoca critérios de razoabilidade e bom senso na tomada da decisão, adoptando a decisão que satisfaça o interesse do beneficiário, mesmo que as medidas não estejam expressamente previstas na lei⁵.

Acresce que a decisão pode ser alterada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, com fundamento em circunstâncias supervenientes que justifiquem a alteração.

Factos supervenientes são tanto as circunstâncias ocorridas posteriormente à decisão como as anteriores, que não tenham sido alegadas por ig-

⁵ António Santos Abrantes Geraldes, Paulo Pimenta e Luís Filipe Pires de Sousa, ob. cit. p. 437.

norância ou outro motivo ponderoso (cfr. artigo 988.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

Trata-se de uma regra excepcional que estabelece a tangibilidade do caso julgado, contrariamente ao que sucede nos demais processos (cfr. artigo 619.º do Código de Processo Civil).

A modificação da decisão implica, necessariamente, que sejam alegados factos ou que o tribunal tome deles conhecimento oficiosamente e que seja possível concluir que ocorre uma modificação face à situação factual anterior⁶.

Tudo quanto não estiver especificamente previsto, aplica-se o processo comum de declaração como decorre da regra prevista no artigo 549.º, n.º 1, do Código de Processo Civil⁷.

3.2. Natureza do processo

O processo tem natureza urgente (cfr. artigo 891.º, n.º 1, do Código de Processo Civil), o que implica prática de actos processuais durante as férias judiciais (cfr. artigo 138.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

O valor da acção é de €30.000,01 (trinta mil euros e um cêntimo), nos termos do artigo 303.º, n.º 1, do Código de Processo Civil e artigo 44.º, n.º 1, da Lei de Organização do Sistema Judiciário (cfr. Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto).

⁶ Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 10.05.2021, no processo n.º 102/20.7T8FLG.P1, disponível em www.dgsi.pt, segundo o qual “As circunstâncias supervenientes hão de reconduzir-se aos factos em si mesmos, a realidades sobrevindas, com reflexo na alteração substancial da causa de pedir, nada tendo a ver com a eventual posterior invocação de uma diversa qualificação atribuída ou com uma diferença interpretação das situações de facto, sendo a publicação dum acórdão uniformizador de jurisprudência insusceptível de constituir alteração da situação de facto existente no momento da decisão final (STJ 13-9-16, 671/12)”.
7

3.3. Custas

O processo está objectivamente isento de custas nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alínea h), do Regulamento das Custas Processuais (cfr. Lei n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro), isenção que deve ser aplicada a todos os processos que estejam conexos com o acompanhamento de maior, incluindo os respectivos incidentes⁸, e, ainda, o processo de autorização para a prática de actos a que se reportam os artigos 1014.º e seguintes do Código de Processo Civil precisamente porque dependem do processo de acompanhamento de maior.

3.4. Recurso

A decisão que determinar o acompanhamento é admissível de recurso nos termos do artigo 901.º do Código de Processo Civil, que é apelação, a subir nos próprios autos (cfr. artigo 645.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Civil) e com efeito suspensivo (cfr. artigo 647.º, n.º 3, alínea a), do Código de Processo Civil), a interpor no prazo de 15 (quinze) dias (cfr. artigo 638.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

É legalmente possível o recurso de revista a interpor nos termos do artigo 671.º do Código de Processo Civil, na medida em que o artigo 891.º, n.º 2, do mesmo código nada refere quanto à restrição a que alude o artigo 988.º, n.º 2, daquele código, no que respeita aos processos de jurisdição voluntária nos quais não é possível recurso para o Supremo Tribunal de Justiça quando se tratam de resoluções proferidas segundo critérios de conveniência ou oportunidade⁹.

⁸ Neste sentido, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães, datado de 07.05.2020, no processo n.º 233/13.0TBPIL-A.G1, e do Tribunal da Relação de Évora, datado de 11.03.2021, no processo n.º 2099/18.4T8LRA-A.E1, disponíveis em www.dgsi.pt.

⁹ Neste sentido, Miguel Teixeira de Sousa, *O Regime do Acompanhamento de Maiores: alguns aspectos processuais*, Coleção Formação Contínua do Centro de Estudos Judiciários, subordinado ao tema “O novo regime

O recurso pode ser interposto pelo requerente, pelo acompanhado, tendo o acompanhante como assistente (cfr. artigo 901.º do Código de Processo Civil), e pelo Ministério Público mesmo que não seja requerente atenta a sua intervenção principal no processo (cfr. artigo 631.º, n.º 1, do Código de Processo Civil e artigo 4.º, n.º 1, alínea q), do Estatuto do Ministério Público)¹⁰.

4. Pressupostos processuais gerais

4.1. Tribunal competente

O tribunal competente em razão da matéria é o juízo local cível ou juízo de competência genérica, pela regra da competência residual nos termos do artigo 130.º, n.º 1, da Lei da Organização do Sistema Judiciário.

O tribunal competente em razão do território é o tribunal do domicílio do beneficiário (cfr. artigo 80.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

Admite-se a competência no tribunal do domicílio do requerente se o beneficiário não tiver residência habitual ou for incerto ou ausente (cfr. n.º 2 do artigo 80.º do Código de Processo Civil).

O conceito de domicílio está previsto no artigo 82.º do Código Civil, o qual está pressuposto no artigo 80.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

A pessoa tem domicílio no lugar da sua residência habitual.

Residência habitual corresponde ao lugar que traduz uma certa integração da pessoa na comunidade, com carácter de habitualidade e estabilidade, constituindo o centro de vida afectivo da pessoa, embora possa não corresponder à residência per-

do maior acompanhado, p. 53, disponível em www.cej.mj.pt; Ana Luísa Santos Pinto, *O regime processual do acompanhamento de maior*, Revista Julgar n.º 41, Maio-Agosto 2020, Almedina, p. 169.

¹⁰ Ana Luísa Pinto, ob. cit. p. 170.

manente ou à residência ocasional¹¹.

A excepção dilatória de incompetência territorial (cfr. artigos 576.º, n.ºs 1 e 2, 577.º, alínea a), do Código de Processo Civil), não é de conhecimento oficioso (cfr. artigos 104.º, n.º 1, *a contrario*, e 578.º do Código de Processo Civil).

A Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.^a que procedia à alteração do Código de Processo Civil (que não foi aprovada¹²) previa o conhecimento oficioso da excepção de incompetência relativa em razão do território, aditando o artigo 104.º, n.º 1, alínea a), daquele código por referência ao artigo 891.º do Código de Processo Civil.

Coloca-se a questão de saber se a competência territorial do tribunal pode ser alterada na pendência do processo decorrente de uma alteração do domicílio.

O artigo 38.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário, dispõe que a competência se fixa no momento em que a acção se propõe, sendo irrelevantes as modificações de facto que ocorram posteriormente, a não ser nos casos especialmente previstos na lei, sendo irrelevantes as modificações de direito, excepto se for suprimido o órgão a que a causa estava afecta ou lhe for atribuída competência de que inicialmente carecia para o conhecimento da causa (cfr. n.ºs 1 e 2).

O princípio do desaforamento previsto no artigo 39.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário aponta no mesmo sentido.

Não existe norma especial que altere a competência territorial do tribunal em função da alteração do domicílio do beneficiário.

À luz do princípio da estabilidade da instância no que respeita às partes em sentido amplo (cfr. artigos 259.º e 260.º do Código de Processo Civil), também é indiferente a modificação do domicílio do beneficiário na pendência da acção.

Os trabalhos prévios à aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, nada referem acerca das regras de competência territorial (apenas quanto à competência material), mantendo-se a omissão na Proposta de Lei n.º 110/XIII/3.^a.

A Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade, da autoria de Paula Sofia Couceiro de Almeida Távora Vítor e Geraldo Maciel Rocha Mendes Ribeiro previa uma norma de competência fixada em função do centro de vida do beneficiário e da proximidade com o tribunal com vista a assegurar a audição e participação daquele nos actos que lhe digam respeito¹³.

Na referida proposta, previa-se uma norma através da qual se permitia a modificação da competência do tribunal sempre que a residência habitual fosse alterada, presumindo-se que ocorria a alteração da residência habitual sempre que se prolongasse por um período superior a um ano (cfr. artigo 72.º B) da proposta), solução que se mostra adequada às finalidades do processo.

A Lei n.º 14/2018, de 14 de Agosto não previu qualquer norma quanto à alteração da residência habitual e consequente alteração da competência territorial do tribunal, pelo que, não existindo norma habilitante e considerando que as regras do processo de jurisdição voluntária apenas se cingem aos poderes do juiz, critério de julgamento e alteração das decisões com fundamento em circunstâncias supervenientes, a referida alteração não tem

¹¹ Antunes Varela e Pires de Lima, *Código Civil Anotado*, Volume I, 2.ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra Editora, p. 98.

¹² Disponível para consulta no site do parlamento (www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=42175).

¹³ Disponível em <http://www.centrodedireitodafamilia.org/projectos-de-investigacao/C3%A7%C3%A3o-de-2017>.

repercussões na competência do tribunal.

Contudo, a manutenção da competência territorial do tribunal, gera algumas dificuldades processuais.

Desde logo, ao nível da audição pessoal e directa do beneficiário.

Por razões de ordem estatutária e legal, não podem ser praticados actos processuais fora da área territorial do tribunal onde corre o processo, o que significa que a audição pessoal e directa deve ser realizada naquele tribunal.

Tal implicará a deslocação do beneficiário ao tribunal ou, em caso de impossibilidade, a sua audição pessoal e directa através de videoconferência no tribunal da sua área de residência por aplicação do artigo 502.º do Código de Processo Civil *ex vi* artigos 456.º, n.º 2, e 466.º, n.º 2, do mesmo código devidamente adaptados.

A Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.^a previa precisamente essa possibilidade, dissipando as dúvidas quanto à aplicação daqueles preceitos legais.

Entende-se que não se mostra adequado deprecar a audição pessoal e directa ao tribunal da área de residência do beneficiário (cfr. artigos 172.º, n.º 1, 173.º do Código de Processo Civil), porquanto, consubstanciando a audição um acto probatório, deve ser aquele tribunal a decidir a acção por força do princípio da plenitude da assistência dos juízes, corolário dos princípios da oralidade e da imediação na apreciação da prova (cfr. artigo 605.º do Código de Processo Civil).

A apreciação das medidas de acompanhamento poderá implicar a produção de outros meios de prova, como depoimentos de testemunhas ou declarações de parte quando o requerente não seja o Ministério Público, devendo, assim e por força daquele princípio, concentrar-se a produção de prova no mesmo tribunal e perante o mesmo juiz.

4.2. Legitimidade

A legitimidade processual activa está prevista no artigo 141.º, n.º 1, do Código Civil: o próprio, o cônjuge, o unido de facto, qualquer parente sucessível mediante autorização do beneficiário e o Ministério Público independentemente de autorização.

A autorização pode ser suprida pelo tribunal quando, em face das circunstâncias, este não a possa livre e conscientemente dar, ou quando para tal considere existir um fundamento atendível (cfr. n.º 2 do artigo 141.º do Código Civil).

O pedido de suprimento da autorização do beneficiário pode ser cumulado com o pedido de acompanhamento (cfr. n.º 3 do artigo 141.º do Código Civil)¹⁴.

O cônjuge, unido de facto ou qualquer parente sucessível mediante autorização do beneficiário ou através da dedução do suprimento de autorização actuam como substitutos do beneficiário e não como seus representantes¹⁵ e podem propor a acção conjuntamente.

Em determinadas circunstâncias mostra-se possível a coligação de beneficiários ao abrigo do disposto no artigo 36.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

Dispõe este preceito legal que é lícita a coligação quando, sendo embora diferente a causa de pedir, a procedência dos pedidos principais dependa essencialmente da apreciação dos mesmos factos ou da interpretação e aplicação das mesmas regras de direito.

Está naturalmente excluída a possibilidade pela apreciação dos mesmos factos na medida em que

¹⁴ A analisar *infra*.

¹⁵ Miguel Teixeira de Sousa, ob. cit., pp. 47 e 48, disponível em www.cej.mj.pt; António Abrantes Gerales, Paulo Pimenta e Luís Filipe Pires de Sousa, ob. cit., p. 336.

a causa de pedir de acção de acompanhamento de maior é sempre única e exclusiva do beneficiário.

No entanto, as regras de direito aplicáveis são exactamente as mesmas pelo que não está afastada a hipótese de ser admitida a coligação de beneficiários nos termos do n.º 2 do artigo 36.º do Código de Processo Civil.

Tal possibilidade afigura-se útil e vantajosa para a apreciação conjunta de situações que, embora factualmente diversas, possam convergir no âmbito da respectiva execução.

Um dos casos paradigmáticos em que tal situação pode ocorrer é quando os beneficiários fazem parte do mesmo núcleo familiar, por exemplo irmãos, mostrando-se conveniente apreciar conjuntamente as concretas medidas de acompanhamento, a nomeação do acompanhante e a composição do conselho de família.

4.3. Patrocínio judiciário

No processo de acompanhamento de maior é obrigatória a constituição de mandatário nos termos do artigo 40.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Civil, atento o valor da acção (quando o requerente não for o Ministério Público), na medida em que não existe remissão para o artigo 986.º, n.º 4, do Código de Processo Civil que dispensa o patrocínio nos processos de jurisdição voluntária¹⁶.

A falta de constituição de mandatário tem as consequências previstas no artigo 41.º do Código de Processo Civil.

Neste tipo de processo, podem os solicitadores e as próprias partes fazerem requerimentos em que se não levantem questões de direito, como decorre do artigo 40.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, sendo que, quanto aos primeiros, se deve atender

ao artigo 136.º do Estatuto da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução (cfr. Lei n.º 154/2015, de 14 de Setembro) e ao artigo 1.º, n.º 11, da Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto.

Podem os solicitadores e as partes, por exemplo, apresentarem rol de testemunhas, requererem determinada diligência probatória, solicitarem certidões, estando-lhes vedado apresentarem a petição inicial, responderem ao requerimento inicial, reclamarem do relatório pericial, suscitarem alguma excepção, irregularidade ou nulidade, e interpor recursos, sob pena de nulidade dos actos nos termos do artigo 195.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.

5. Tramitação processual

A tramitação processual do processo de acompanhamento de maior rege-se pelas normas previstas no Código de Processo Civil devidamente conjugadas com o regime substantivo do Código Civil.

5.1. Requerimento inicial

O processo inicia-se com o requerimento inicial cujos requisitos estão elencados no artigo 892.º do Código de Processo Civil, sem prejuízo da aplicação das normas do processo comum por remissão do artigo 549.º do Código de Processo Civil.

O requerimento inicial deve ser ajustado à situação do beneficiário, devendo o requerente alegar os factos que fundamentam a sua legitimidade e que justificam a protecção do maior através de acompanhamento, por referência ao artigo 141.º do Código Civil (cfr. alínea b) do artigo 892.º do Código de Processo Civil).

O requerente, quando não seja o Ministério Público, deve igualmente juntar prova documental bastante que justifique a sua legitimidade, nomeadamente assentos de nascimento e de casamen-

¹⁶ António Abrantes Galdes, Paulo Pimenta e Luís Filipe Pires de Sousa, ob. cit. p. 334.

to (cfr. artigos 1.º, n.º 1, 2.º, 3.º, 4.º e 211.º do Código do Registo Civil) ou, no caso da união de facto, a declaração emitida pela junta de freguesia competente e declaração de ambos os membros da união de facto, sob compromisso de honra, de que vivem em união de facto há mais de dois anos, sendo possível, e de certidões de cópia integral do registo de nascimento de cada um deles (cfr. artigo 2.º A da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio).

Sem prejuízo dos poderes do juiz na definição das medidas, o requerente deve peticionar a medida ou medidas de acompanhamento que considere adequadas, por referência ao artigo 145.º do Código Civil (cfr. alínea b) do artigo 892.º do Código de Processo Civil).

Impende, ainda, sobre o requerente indicar quem deve ser o acompanhante e, se for caso disso, a composição do conselho de família, por referência ao artigo 143.º do Código Civil (cfr. alínea c) do artigo 892.º do Código de Processo Civil).

O requerente deve indicar a publicidade a dar à decisão final nos termos do artigo 893.º do Código de Processo Civil por referência ao artigo 153.º do Código Civil (cfr. alínea d) do artigo 892.º do Código de Processo Civil).

Para além de dever juntar elementos que indiquem a situação clínica alegada (cfr. alínea e) do artigo 892.º do Código de Processo Civil), o requerente deve indicar os meios de prova nos termos dos artigos 552.º, n.º 6, e 511.º, n.º 1, do Código de Processo Civil *ex vi* artigo 549.º do mesmo código, sujeitos às regras gerais da prova¹⁷.

Caso a acção não seja proposta pelo Ministério Público, mas por qualquer das pessoas a que alude o artigo 141.º do Código Civil, deve o requerente juntar declaração de autorização do beneficiário ou

requerer o suprimento de autorização nos termos do artigo 141.º, n.º 3, do Código Civil e artigo 892.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

Caso o requerimento inicial não seja instruído com os elementos necessários, competirá proferir despacho de aperfeiçoamento nos termos dos artigos 6.º, n.º 2, e 590.º, n.º 2, alínea a), e n.º 3, do Código de Processo Civil *ex vi* artigo 549.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, concedendo o prazo geral de 10 (dez) dias (cfr. artigo 149.º do Código de Processo Civil).

5.2. Incidente de suprimento de autorização

O suprimento de autorização a que se reporta o artigo 892.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, é uma questão incidental que corre nos próprios autos da acção de acompanhamento de maior.

O regime do acompanhamento de maior não regula a tramitação do incidente, pelo que compete ao tribunal adequar formalmente o processo à luz do artigo 547.º do Código de Processo Civil *ex vi* artigo 549.º do mesmo código¹⁸.

O pedido deve ser fundamentado com a alegação de factos concretos que o justifiquem, nomeadamente, em que medida é que o beneficiário se encontra impossibilitado de compreender a necessidade e o alcance da medida de acompanhamento e a autorizar o seu acompanhamento bem como o que significa ser-lhe nomeado um acompanhante que possa satisfazer as suas necessidades.

Caso o incidente não seja deduzido ocorre uma excepção dilatória de ilegitimidade processual conducente à absolvição da instância nos termos do artigo 278.º, n.º 1, alínea d) do Código de Processo Civil, excepção que é de conhecimento

¹⁷ António Abrantes Galdes, Paulo Pimenta e Luís Filipe Pires de Sousa, ob. cit. p. 334.

¹⁸ Ana Luísa Santos Pinto, ob. cit. nota n.º 15, pp. 150 e 151.

oficioso nos termos dos artigos 576.º, n.ºs 1 e 2, 577.º, alíneas e) e 578.º daquele código *ex vi* artigo 549.º, n.º 1, do mesmo código, sem prejuízo do convite ao suprimento da excepção, através da dedução do incidente, nos termos dos artigos 6.º, n.º 2, e 590.º, n.º 2, alínea a), e n.º 3, do Código de Processo Civil este por força do artigo 549.º do mesmo código.

Considerando que o incidente afecta directamente o beneficiário, entende-se que lhe assiste direito ao contraditório, através da aplicação do artigo 896.º do Código de Processo Civil, devidamente adaptado, incluindo o disposto no artigo 21.º do mesmo código, se for o caso, mas apenas restrito ao suprimento na medida em que o cônjuge, unido de facto ou qualquer parente sucessível actuam como substitutos do beneficiário.

O incidente de suprimento não é, verdadeiramente, um processo de jurisdição voluntária de suprimento de consentimento previsto no artigo 1001.º do Código de Processo Civil¹⁹, mas as razões que subjazem ao contraditório aí previsto são exactamente as mesmas que impõem o contraditório neste caso²⁰.

Ao Ministério Público deve igualmente ser conferida a faculdade de exercer contraditório quanto ao pedido de suprimento de autorização.

Pese embora o incidente possa ser decidido liminarmente, entende-se que é conveniente que a decisão seja relegada para a decisão final na medida em que a apreciação dos factos que lhe estão subjacentes poderá depender da apreciação dos mesmos meios de prova da acção, nomeadamente

por via da audição pessoal e directa do beneficiário e da perícia.

O tribunal tem o ónus de apurar convenientemente se deve ou não suprir a autorização do beneficiário do acompanhamento tendo em vista a satisfação do interesse do maior, sem atender a quaisquer outros motivos desligados da pessoa daquele beneficiário²¹.

5.3. Despacho liminar

5.3.1. Citação

Apresentado o requerimento inicial, deve o juiz proferir despacho liminar através do qual verifique a regularidade da instância.

Seguidamente, caso não se verifique qualquer fundamento de indeferimento liminar ou após convite ao aperfeiçoamento se for o caso, é determinada a citação do beneficiário, quando este não seja o requerente (cfr. artigo 895.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

Caso se frustre a citação, por impossibilidade do beneficiário a receber (cfr. artigo 895.º, n.º 2 do Código de Processo Civil) ou caso o mesmo não apresente contestação no prazo legal (cfr. artigo 896.º, n.º 2 do Código de Processo Civil), deve determinar-se a nomeação de defensor para apresentar resposta nos termos do artigo 21.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, quando a acção for proposta pelo Ministério Público.

Se a acção for proposta pelo requerente ou pelo cônjuge, unido de facto ou qualquer parente sucessível, com declaração de autorização ou dedução de incidente de suprimento de autorização, é citado o Ministério Público nos termos dos artigos

¹⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 07.10.2021, no processo n.º 1562/19.4T8CSC.L1-6, disponível em www.dgsi.pt.

²⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 09.06.2021, no processo n.º 7182/19.6 T8ALM-A.L1-8, disponível em www.dgsi.pt.

²¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 09.09.2021, no processo n.º 856/21.3T8PDL.L1-8, disponível em www.dgsi.pt.

4.º, n.º 1, alíneas a), i) e j), e 9.º, n.º 1, alínea d), ambos do Estatuto dos Magistrados do Ministério Público, que intervêm a título principal, não como representante do beneficiário, mas como garante da legalidade²².

O beneficiário, nesse caso, não é citado para a acção, embora o deva ser para o incidente de suprimento nos mesmos termos.

5.3.2. Publicidade

Nos termos do artigo 893.º n.º 1 do Código de Processo Civil cabe ao tribunal decidir, em face do caso, que tipo de publicidade deve ser dada ao início, ao decurso e à decisão final do processo.

A portaria a que alude o artigo 893.º, n.º 2, Código de Processo Civil, ainda não foi publicada.

O artigo 153.º do Código Civil estabelece que a publicidade a dar ao início, ao decurso e à decisão final do processo de acompanhamento é limitada ao estritamente necessário para defender os interesses do beneficiário ou de terceiros, sendo decidida, em cada caso, pelo tribunal.

A publicidade deve ser reservada para os casos em que tal medida seja proporcional, necessária e adequada aos fins pretendidos que são os interesses do tráfego jurídico, consabido que é que tal medida potencia a estigmatização da pessoa²³.

O princípio da dignidade humana, do direito ao livre desenvolvimento e à reserva da vida privada (artigos 1.º e 26.º, n.º 1 da Constituição da Repú-

blica Portuguesa e artigo 8.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos) não legitimam a publicidade automática do início, ao decurso e à decisão final do processo²⁴.

A publicidade fica salvaguardada, em regra, com as comunicações à Conservatória do Registo Civil competente nos termos do artigo 902.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, artigos 153.º, n.º 2, e 1920.º-B do Código Civil, e artigos 1.º, n.º 1, alínea h) e 69.º, n.º 1, alínea g), 78.º, n.º 1 do Código de Registo Civil, e outras entidades que, no caso, se afigurarem relevantes (por exemplo, Banco de Portugal, instituições onde o beneficiário esteja integrado, nos termos dos artigos 894.º e 902.º, n.º 2, do Código de Processo Civil).

5.3.3. Outros actos

No despacho liminar, deve o tribunal solicitar informação sobre o registo de testamento vital e/ou de procuração para cuidados de saúde (cfr. artigos 15.º a 18.º da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho e Portaria n.º 96/2014, de 5 de Maio) para os efeitos do artigo 900.º, n.º 3, do Código de Processo Civil, caso ainda não se encontre junto ao processo.

5.4. Resposta

A resposta deve ser apresentada no prazo de 10 (dez) dias, conforme decorre do artigo 896.º do Código de Processo Civil, com aplicação do artigo 21.º do mesmo código na ausência de resposta.

Neste caso, sendo o Ministério Público o requerente, deve ser nomeado defensor ao beneficiário para apresentar resposta.

Caso o requerente seja uma das pessoas a que alude o artigo 141.º, n.º 1, do Código Civil, compete ao Ministério Público apresentar resposta

²² Miguel Teixeira de Sousa, ob. cit. p. 41 e 49; Ana Luísa Santos Pinto, ob. cit. p. 151. Esta autora entende que o Ministério Público actua a título principal do lado passivo quando a acção é proposta pelo cônjuge, unido de facto ou parente sucessível, posição que não se sufraga por se considerar que aquelas pessoas não assumem a representação do beneficiário mas actuam como substitutos do beneficiário. O Ministério Público actua como parte principal e garante da legalidade, não representando, para estes efeitos, o beneficiário.

²³ António Abrantes Galdes, Paulo Pimenta e Luís Filipe Pires de Sousa, ob. cit. p. 334; Ana Luísa Santos Pinto, ob. cit. pp. 147 e 148.

²⁴ Paula Távora Vítor, ob. cit. *Código Civil Anotado*, pp. 197 e 198.

por decorrência dos artigos 4.º, n.º 1, alíneas a), i) e j), e 9.º, n.º 1, alínea d), ambos do Estatuto dos Magistrados do Ministério Público, actuando como parte principal, embora não representando o beneficiário²⁵.

A resposta deve conter a matéria de excepção (dilatatória e/ou peremptória) e a indicação dos meios de prova por decorrência dos artigos 571.º e 572.º do Código de Processo Civil devidamente adaptados e aplicáveis por via do artigo 549.º do mesmo código.

A resposta é necessariamente notificada ao requerente nos termos do 575.º do Código de Processo Civil devidamente adaptado aplicável por via do artigo 549.º do mesmo código.

Sendo deduzida alguma excepção, o requerente tem direito ao exercício do contraditório nos termos do artigo 3.º, n.º 4, do Código de Processo Civil, embora o deva ser por escrito na ausência de audiência prévia neste tipo de processo, não se afigurando adequado reservar tal direito para o momento de produção de prova.

5.5. Medidas cautelares e provisórias

No processo de acompanhamento de maior é possível adoptar medidas cautelares, em qualquer altura do processo, por requerimento ou oficiosamente, nos termos do artigo 891.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

O artigo 139.º, n.º 2, do Código Civil, reporta-se a medidas de acompanhamento provisórias e urgentes, necessárias para providenciar quanto à pessoa e bens do beneficiário.

Medida cautelar é aquela que antecipa uma medida de acompanhamento, como sucede com a designação de um acompanhante provisório com

autorização para a prática de actos em benefício do beneficiário.

Medida provisória e urgente é uma medida para protecção da pessoa, como por exemplo, cancelar contas bancárias, autorizar alguém para, em representação do beneficiário, tratar da obtenção, junto dos serviços da segurança social, de uma pensão ou procurar regularizar a situação sucessória do beneficiário junto de outros herdeiros²⁶.

As medidas são dependentes da acção de acompanhamento de maior.

O regime do acompanhamento de maior não prevê os requisitos para o decretamento das medidas.

As medidas a aplicar devem ser analisadas à luz dos requisitos previstos para as providências cautelares (cfr. artigo 362.º do Código de Processo Civil)²⁷.

Em primeiro lugar, deve verificar-se o *fumus boni iuris*, ou seja, a probabilidade séria da necessidade da constituição de uma medida de acompanhamento, o que implica a observância dos pressupostos a que aludem os artigos 138.º, 140.º e 141.º do Código Civil.

Em segundo lugar, deve ocorrer *periculum in mora*, isto é, a existência de um fundado receio da situação de incapacidade em que se encontra a pessoa colocar em causa, de forma grave e irreparável, os seus interesses pessoais e/ou patrimoniais, ou seja, a existência de um perigo.

Por último, a medida deve ser adequada e pode assumir natureza antecipatória ou conservatória.

As medidas a aplicar, na medida em que inter-

²⁶ Miguel Teixeira de Sousa, ob. cit., p. 43; António Abrantes Galdes, Paulo Pimenta e Luís Filipe Pires de Sousa, ob. cit., p. 331.

²⁷ Sobre os pressupostos das medidas, Geraldo Rocha Ribeiro, *Os deveres de Cuidado e a responsabilidade do acompanhante perante o beneficiário – um primeiro ensaio*, Revista Julgar, n.º 41, Maio-Agosto 2020, Almedina, pp. 101 a 104.

²⁵ Pelas razões explanadas no ponto 5.3..

ferem na esfera pessoal do beneficiário, devem ser objecto de participação e contraditório pelo beneficiário, como corolário do princípio da tutela jurisdicional efectiva (cfr. artigo 20.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa), consagrado no artigo 3.º do Código de Processo Civil, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação (cfr. artigos 1.º, 20.º, n.º 4 e 26.º da Constituição da República Portuguesa), enquanto garantia de não discriminação (cfr. artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e artigo 12.º, n.ºs 1 e 2 da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência).

Contudo, o exercício do contraditório pode ser dispensado quando a urgência da situação o exigir ou a audição do beneficiário colocar em risco a eficácia das medidas requeridas, nos termos previstos para as providências cautelares (cfr. artigo 366.º do Código de Processo Civil)²⁸.

A dispensa do contraditório, verificados os respectivos requisitos, não defrauda o direito que assiste ao beneficiário de participar na tomada de decisões que lhe digam respeito na medida em que sempre terá oportunidade de se pronunciar posteriormente, ao que acresce a circunstância das medidas decretadas visarem o seu exclusivo benefício e protecção.

Nesse caso, concluindo-se pela dispensa de contraditório deve o beneficiário ser notificado da decisão, também para exercer o respectivo contraditório subsequente, podendo requerer a revogação, modificação ou substituição das medidas.

As medidas cautelares e provisórias devem ser objecto de revisão, fixando-se um prazo para o

efeito, o que se impõe por força do artigo 155.º do Código Civil, aqui devidamente adaptado²⁹.

A decisão é susceptível de recurso nos termos gerais, ou seja, recurso de apelação (cfr. artigo 644.º, n.º 2, alínea h), do Código de Processo Civil), a subir em separado (cfr. artigo 645.º, n.º 2, do Código de Processo Civil) e com efeito meramente devolutivo (cfr. artigo 647.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

5.6. Incidente de intervenção de terceiros

O regime da intervenção de terceiros no âmbito do processo de acompanhamento de maior é uma questão que merece reflexão pela sua relevância casuística e aplicabilidade no caso concreto.

A intervenção principal a que se reportam os artigos 311.º e 316.º do Código de Processo Civil não é legalmente admissível por não ocorrer qualquer situação de litisconsórcio necessário ou voluntário a que aludem os artigos 32.º e 33.º do Código de Processo Civil³⁰.

Também a intervenção acessória a que alude o artigo 321.º do Código de Processo Civil não se mostra possível por não se verificarem os respectivos pressupostos.

Relativamente à assistência a que se reporta o artigo 326.º do Código de Processo Civil, en-

²⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 30.06.2020, no processo n.º 2669/19.3T8PDL-A.L1-7, disponível em www.dgsi.pt.

³⁰ Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, no processo n.º 10981/19.5T8LSBL1-6, disponível em www.dgsi.pt: “VII) Dada a natureza do interesse do Beneficiário, estritamente ligada à sua concreta pessoa e circunstâncias, não pode considerar-se que terceiro tenha interesse similar ao seu, não podendo ser deferido incidente de intervenção principal com este fundamento. VIII) A substituição processual não se funda num interesse do substituto mas no interesse próprio do beneficiário que pela substituição é prosseguido, pelo que não pode fundar-se o incidente de intervenção principal em interesse de terceiro idêntico ao do substituto; satisfeito o interesse do Beneficiário mediante a instauração da acção encontra-se satisfeito o único interesse relevante”.

²⁸ Ana Luísa Pinto, ob. cit. p. 149. No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 12.10.2021, no processo n.º 212/20.0T8PVC-A.C1, disponível em www.dgsi.pt.

tende-se que, verificados os requisitos, a mesma pode operar em determinadas situações, a analisar caso a caso.

Dispõe o n.º 1 daquele preceito legal que, estando pendente uma causa entre duas ou mais pessoas, pode nela intervir como assistente, para auxiliar qualquer das partes, quem tiver interesse jurídico em que a decisão do pleito seja favorável a essa parte.

Nos termos do n.º 2 para que haja interesse jurídico, capaz de legitimar a intervenção, basta que o assistente seja titular de uma relação jurídica cuja consistência prática ou económica dependa da pretensão do assistido.

Os assistentes têm no processo a posição de auxiliares de uma das partes principais, gozando dos mesmos direitos e estando sujeitos aos mesmos deveres da parte assistida, mas a sua actividade está subordinada à da parte principal, não podendo praticar actos que esta tenha perdido o direito de praticar nem assumir atitude que esteja em oposição com a do assistido e havendo divergência insanável entre a parte principal e o assistente, prevalece a vontade daquela (cfr. artigo 328.º do Código de Processo Civil).

A situação paradigmática em que tal situação se mostra possível reporta-se à acção proposta por um filho em que o beneficiário é o pai.

Questiona-se: poderá a cônjuge ou a unida de facto do beneficiário intervir no processo, na qualidade de assistente?

A cônjuge ou a unida de facto têm legitimidade para propor a acção de acompanhamento de maior (cfr. artigo 141.º, n.º 1, do Código Civil).

Acresce que qualquer uma delas pode ser nomeada acompanhante ou vogal do conselho de família (cfr. artigos 143.º e 1952.º do Código Civil).

Por outro lado, os deveres que decorrem quer do casamento quer da união de facto repercutem-se necessariamente na execução do acompanhamento.

São estas as razões que permitem concluir que a cônjuge ou a unida de facto são titulares de uma relação jurídica estabelecida com o beneficiário que legitima a sua intervenção como assistentes.

De evidenciar que o artigo 901.º do Código de Processo Civil, admite a legitimidade do acompanhante para recorrer da decisão de acompanhamento, como assistente, pelo que se aplicam as regras a que aludem os artigos 326.º e 328.º do Código de Processo Civil³¹.

5.7. Diligências probatórias

O processo de acompanhamento de maior comporta uma fase instrutória dirigida ao apuramento dos factos conducentes à aplicação das medidas.

O artigo 897.º, n.º 1, do Código de Processo Civil determina que, findos os articulados, o juiz analisa os elementos juntos pelas partes, pronuncia-se sobre a prova por elas requerida e ordena as diligências que considere convenientes, podendo, designadamente, nomear um ou vários peritos.

O juiz pode determinar várias diligências, nomeadamente junto de terceiros ao abrigo dos artigos 894.º e 986.º, n.º 2, do Código de Processo Civil este *ex vi* artigo 891.º, n.º 1, do mesmo código, como tomar declarações ao requerente caso não seja o beneficiário, à pessoa indicada como acompanhante e aos elementos indicados para o conselho de família³², inquirição de testemunhas,

³¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 07.10.2021, no processo n.º 1562/19.4T8CSC.L1-6, disponível em www.dgsi.pt.

³² Sobre a necessidade de realizar diligências para designar o acompanhante, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, datado de 12.11.2020, no processo n.º 58/19.9T8VPA-A.G1, disponível em www.dgsi.pt.

diligenciar pela junção de relação de bens do beneficiário, solicitar informações, nomeadamente sobre a existência de contas bancárias tituladas pelo beneficiário, averiguar património imobiliário junto dos serviços de finanças ou conservatória do registo predial e solicitar informação sobre o recebimento de pensão/prestação social e sobre o contrato de integração em instituição.

Seguidamente abordar-se-ão os meios de prova mais relevantes neste tipo de processo.

5.7.1. Audição pessoal e directa do beneficiário

A audição do beneficiário é obrigatória e visa averiguar a sua situação e ajuizar das medidas de acompanhamento mais adequadas (cfr. artigo 898.º do Código de Processo Civil).

É imprescindível que o tribunal verifique directamente a situação em que se encontra o beneficiário, mesmo que constem do processo elementos clínicos dos quais decorra que se encontra incapaz de estabelecer qualquer contacto³³.

A audição deve ser realizada num ambiente informal e deve obter-se a máxima colaboração do beneficiário, se possível.

Pese embora a audição directa e pessoal não se insira na típica audiência final, é um meio de prova através do qual o juiz vai formar a sua convicção

acerca das medidas de acompanhamento necessárias à concreta situação do beneficiário, pelo que se entende que a decisão deve ser proferida pelo juiz que presidiu à audição, por força do princípio da plenitude da assistência dos juizes, corolário dos princípios da oralidade e da imediação na apreciação da prova (cfr. artigo 605.º do Código de Processo Civil), também aliado ao facto do juiz que procedeu à audição estar em melhores condições para ajuizar da necessidade e adequação das medidas por ter contactado directamente com o beneficiário³⁴.

A audição pessoal e directa deve ser objecto de gravação nos termos do artigo 155.º do Código de Processo Civil.

Caso o beneficiário passe a residir fora da área territorial do tribunal (não susceptível de alterar a competência do tribunal conforme explanado *supra*) as alternativas à realização da audição são as seguintes: a) audição no tribunal, solicitando a comparência do beneficiário; b) caso não seja possível a audição nos termos anteriores, audição através de meios de comunicação à distância, por decorrência do artigo 502.º do Código de Processo Civil *ex vi* artigos 466.º, n.º 2, e 456.º, n.º 2, daquele código, todos devidamente adaptados; c) caso não seja possível ou conveniente a audição nos termos mencionados em a) e b), deprecar a audição pessoal e directa ao tribunal competente nos termos dos artigos 172.º e 173.º do Código de Processo Civil e artigo 130.º, n.º 2, alínea e), da Lei de Organização do Sistema Judiciário³⁵.

³³ Partilha-se do entendimento do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 04.06.2019, no processo n.º 647/18.9T8A-CB.C1, disponível em www.dgsi.pt: “se o juiz não observar a situação real em que vive o beneficiário, deslocando-se ao meio onde vive, não conseguirá através da faculdade, digamos, da imaginação, elaborar uma imagem ou representação mental dessa situação que coincida com a realidade. (...) pode ainda descortinar-se uma razão que consiste em evitar que terceiros (familiares, amigos ou pessoas próximas) consigam submeter uma pessoa à medida de acompanhamento sem que ela careça de tal medida, tendo como finalidade, por exemplo, apropriar-se dos bens ou rendimentos produzidos pelos bens do pretense sujeito carecido de acompanhamento. Estes casos serão de verificação rara, mas a sua hipotética existência futura não pode ser excluídos e um modo de os impedir consistirá em prever que o beneficiário possa estar em contacto directo com o juiz, incluindo a sós, contribuindo de modo efectivo para a decisão do caso que lhe diz respeito”.

³⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datada de 14 de Novembro de 2019, no processo n.º 2127/18.3T8PDL.L1, disponível em www.dgsi.pt.

³⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 09.03.2020, no processo n.º 2731/19.2T8GMR.S1, disponível em www.dgsi.pt.

5.7.2. Prova pericial

A perícia não é obrigatória e deve ser sempre realizada quando o tribunal não disponha de um diagnóstico a respeito da situação clínica do beneficiário (cfr. artigo 899.º do Código de Processo Civil).

A perícia é dispensável sempre que o processo esteja devidamente instruído com relatórios médicos ou atestados de incapacidade que, conjuntamente com a audição pessoal e directa e produção de outros meios de prova, sejam suficientes para a tomada de decisão³⁶.

À perícia aplicam-se as regras da prova pericial devidamente adaptadas (cfr. artigos 467.º a 489.º do Código de Processo Civil).

O objecto da perícia é a averiguação da afecção de que sofre o beneficiário, as suas consequências, nomeadamente se impossibilitam ou limitam o exercício pleno e consciente dos seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, bem como a data provável do seu início e os meios de apoio e tratamento aconselháveis.

A perícia revela-se pertinente para determinar a necessidade de restrição de direitos pessoais.

As questões relevantes para a perícia são as seguintes³⁷:

- 1) O beneficiário padece de patologias de ordem física, psíquica ou mental? Em caso afirmativo, quais?
- 2) O beneficiário padece de problema de saúde de que o torne especialmente débil do ponto de vista psíquico?

- 3) O beneficiário padece de deficiência, no sentido de qualquer perda ou anomalia da estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatómica, contemplando quer as alterações orgânicas, quer as funcionais, e integrando três dimensões, física (somática), mental (psíquica) e situacional (handicap)?
- 4) Em caso afirmativo, tal deficiência limita o desempenho do beneficiário em termos volitivos e/ou cognitivos? Em que medida?
- 5) O beneficiário consegue sozinho tomar decisões que assegurem o seu bem-estar, nomeadamente, para desempenhar, de forma autónoma, as actividades da vida diária, como a tomada de medicação, higiene pessoal, confecção de alimentos e tomar decisões sobre cuidados de saúde?
- 6) O beneficiário consegue compreender e livremente autodeterminar os actos de administração e gestão do seu património? Para vender, comprar ou emprestar? Para constituir ónus sobre o seu património? E dos direitos e deveres daí inerentes?
- 7) As (eventuais) limitações do beneficiário podem ser supridas pela cooperação e assistência de familiares e/ou instituições?
- 8) Qual a data provável do início da afecção de que sofre o beneficiário?
- 9) Partindo da afecção de que sofre o beneficiário, qual é, previsivelmente, a sua evolução clínica? Isto é: o seu quadro clínico é irreversível? O agravamento é progressivo? Ou é passível de recuperação ou estabilização?

³⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 11.12.2019, no processo n.º 5287/18.0T8FNC.L1-2, disponível em www.dgsi.pt.

³⁷ Segundo a prática judiciária do tribunal.

- 10) Quais os meios de tratamento que propõe – sejam médico-psiquiátricos ou terapêuticos – para aumentar a sua autonomia e/ou diminuir as suas limitações?

As partes deve ser facultado a pronúncia quanto ao objecto fixado (cfr. artigos 476.º e 477.º do Código de Processo Civil).

A perícia deve ser solicitada à delegação competente do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciência Forenses, I.P. (cfr. artigo 467.º, n.º 3, do Código de Processo Civil), solicitando a indicação de perito médico (especializado em psiquiatria, ou outra valência de saúde mental tida por idónea ao fim pretendido), e poderá ser realizada no tribunal, aquando da audição, ou nas instalações daquele instituto³⁸.

O prazo para a realização da perícia, sempre que a mesma seja realizada nas instalações do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciência Forenses, I.P., é de 30 (trinta) dias (cfr. artigo 483.º do Código de Processo Civil), excepto se ocorrer uma situação urgente que implique um prazo inferior.

O relatório pericial deve ser notificado às partes para possibilitar o exercício do contraditório (cfr. artigo 415.º do Código de Processo Civil), com possibilidade de dedução de reclamação nos termos do artigo 485.º do Código de Processo Civil.

A perícia é valorada livremente pelo tribunal nos termos do artigo 389.º do Código Civil, fornecendo um indicador sobre os fundamentos de facto da decisão a tomar, na medida em que a compreensão e os pressupostos da medida de acompanhamento dependem de um juízo jurídico.

5.7.3. Relatório social

A mudança de paradigma que está subjacente ao processo de acompanhamento de maior pressu-

põe a consagração de um modelo que valorize a autodeterminação do beneficiário e promova medidas de apoio e não só de substituição.

Na ausência de informações relevantes, poderá ser necessário averiguar as condições sociais em que vive o beneficiário para que as medidas sejam ajustadas à sua autodeterminação e inclusão.

Havendo necessidade de solicitar informação social, o objecto do relatório pode incidir sobre as seguintes questões³⁹:

- 1) Qual é a composição e características do agregado familiar onde se encontra inserido o beneficiário?
- 2) É titular ou beneficia de rendimentos ou prestações sociais?
- 3) Beneficia de medidas de apoio e inclusão social e profissional? Está em condições de beneficiar? Se sim, quais as medidas ou programas que se encontram disponíveis?
- 4) Quem cuida das necessidades diárias do beneficiário, nomeadamente, apoio na higiene pessoal, vestuário, alimentação, cuidados de saúde?
- 5) Quem assegura a administração dos interesses patrimoniais do beneficiário?
- 6) Quais as medidas que permitem ou potenciam a autonomia e independência do beneficiário?
- 7) Quais os actos que o beneficiário consegue realizar sozinho e aqueles que carece de apoio?

O relatório deve ser solicitado ao instituto da segurança social ou instituição onde o beneficiário

³⁸ Desenvolvidamente, Ana Luísa Santos Pinto, ob. cit. pp. 155 e 156.

³⁹ Segundo a prática judiciária do tribunal.

esteja integrado e ser objecto de contraditório (cfr. artigo 415.º do Código de Processo Civil), fixando-se um prazo razoável para a sua elaboração.

5.8. Decisão

A decisão do tribunal é proferida após produção de todas as provas e deve observar o formalismo previsto no artigo 607.º do Código de Processo Civil por força do artigo 549.º do mesmo Código.

As especificidades da sentença neste tipo de processo estão previstas no artigo 900.º do Código de Processo Civil.

As questões a decidir na sentença são as seguintes:

a) Se o beneficiário é maior e está impossibilitado, por razões de saúde, deficiência ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres.

O tribunal deve concluir pela verificação dos requisitos do artigo 138.º do Código Civil, sem esquecer o regime subsidiário do acompanhamento de maior.

b) Medidas de acompanhamento e data a partir da qual se tornaram convenientes, por referência ao artigo 145.º do Código Civil.

As medidas devem assegurar o bem-estar do beneficiário, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, segundo o seu imperioso interesse e devem limitar-se ao necessário para cumprir tais desideratos, promovendo a autodeterminação do beneficiário.

As medidas devem ser decididas caso a caso, sem dependência das medidas requeridas e podem reconduzir-se aos seguintes regimes, sem prejuízo de outras que se mostrem adequadas à situação do beneficiário:

- Exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir, conforme as circunstâncias;
- Representação geral ou representação especial com indicação expressa, neste caso, das categorias de actos para que seja necessária;
- Administração total ou parcial de bens;
- Autorização prévia para a prática de determinados actos ou categorias de actos;
- Intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas.

Os actos de disposição de bens imóveis carecem de autorização judicial prévia e específica.

A representação legal segue o regime da tutela, com as adaptações necessárias, podendo o tribunal dispensar a constituição do conselho de família.

À administração total ou parcial de bens aplica-se, com as adaptações necessárias, o disposto nos artigos 1967.º e seguintes.

O consentimento dado pelo beneficiário para o acompanhamento deve ser valorado, mesmo que a medida dele não dependa, por ser indiciador de uma maior adesão às medidas de acompanhamento e à sua autonomização.

Quanto à restrição de direitos pessoais e da celebração de negócios da vida corrente, deve atender-se ao disposto no artigo 147.º do Código Civil.

A restrição de direitos pessoais deve cingir-se ao necessário, devendo ser analisada caso a caso em termos de proporcionalidade e adequação⁴⁰.

Os direitos pessoais passíveis de serem restringidos podem ser os seguintes: exercício do direito de testar, de casar, de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adoptar, de cuidar e de educar os filhos ou os adoptados, de escolher

⁴⁰ Partilha-se do entendimento a este respeito sufragado por Paula Távora Vitor, ob. cit. *Código Civil Anotado*, pp. 188 e 189.

profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender (cfr. artigos 138.º, 140.º, 147.º e 2189.º, alínea b), todos do Código Civil; para efeitos do disposto no artigo 1601.º, alínea b) do Código Civil; artigo 2.º, alínea b) da Lei n.º 7/2001 de 11 de Maio; no artigo 6.º, n.º 2 da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho; artigo 4.º n.º 1 do Decreto-lei n.º 272/2001 de 13 de Outubro; artigo 5.º, n.º 3 da Lei de Saúde Mental).

O internamento do beneficiário pode ser determinado, mediante autorização expressa do tribunal, sem prejuízo de, em caso de urgência, poder ser imediatamente solicitado pelo acompanhante, sujeitando-se à ratificação do juiz (cfr. artigo 148.º, n.º 1, do Código Civil).

O internamento está vocacionado para aqueles casos que visam salvaguardar a saúde e bem-estar do beneficiário, não se sobrepondo nem substituindo o internamento compulsivo a que se reporta a Lei de Saúde Mental (cfr. Lei n.º 36/98, de 24 de Julho)⁴¹.

Ou seja, verificados os pressupostos da Lei de Saúde Mental é abrigo deste regime que o internamento se deve concretizar.

Caso não se verifiquem os pressupostos do internamento compulsivo previstos no artigo 12.º da Lei de Saúde Mental, o beneficiário pode ser sujeito a internamento, ao abrigo do artigo 148.º, n.º 1, do Código Civil, mas apenas quando tal internamento for necessário à salvaguarda dos cuidados básicos e/ou de saúde e não apenas por razões de saúde mental que o beneficiário não possa salvaguardar⁴².

A conclusão *supra* não impede que sejam impostas restrições ao beneficiário no contexto do internamento com vista a salvaguardar a sua eficácia e a sua saúde⁴³.

A fixação da data a partir da qual o acompanhamento é necessário poderá fazer-se por referência à data da maioridade quando a causa do acompanhamento se tenha verificado em data anterior (cfr. artigos 122.º e 130.º, ambos do Código Civil) ou qualquer outra data posterior se a causa se tenha verificado posteriormente.

Caso não se verifique necessidade de fixar data anterior, por ter estado a situação do beneficiário devidamente salvaguardada pelos deveres gerais de cooperação, poderá estabelecer-se a data da prolação da sentença.

O tribunal deve fixar a data da revisão de acordo com a situação concreta (cfr. artigo 155.º do Código Civil).

c) Designação do acompanhante, do acompanhante substituto ou vários acompanhantes e do conselho de família.

A designação do acompanhante, do acompanhante substituto ou vários acompanhantes deve ser precedida, sempre que possível, de auscultação do beneficiário por respeito ao princípio da autodeterminação e deve a sua vontade ser valorada no momento da escolha do tribunal⁴⁴.

As pessoas que podem ser designados acompanhantes estão elencadas no artigo 143.º do Código Civil.

⁴³ Neste sentido, Geraldo Rocha Ribeiro, *O internamento civil na relação jurídica de maior acompanhado. Dar sentido ao artigo 148.º do Código Civil*, in Colóquio Comemorativo dos 20 anos da Entrada em Vigor da Lei de Saúde Mental, Coimbra, 2019. Anomalia psíquica e direito: colóquio comemorativo dos 20 anos da entrada em vigor da lei de saúde mental / Maria João Antunes coordenadora. Coimbra: Instituto Jurídico, 2020, pp. 143-192.

⁴⁴ Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 26 de Setembro de 2019, no processo n.º 13569/17.1T8PRT.P1 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 04.06.2020, no processo n.º 1609/18.1T8ALM.L1-8, disponíveis em www.dgsi.pt.

⁴¹ Paula Távora Vítor, ob. cit. *Código Civil Anotado*, pp. 191 e 192.

⁴² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 30.06.2020, no processo n.º 2669/19.3T8PDL-A.L1-7, disponível em www.dgsi.pt.

A designação de vários acompanhantes pode ser necessária em função da necessidade de exercício de várias funções (por exemplo, um acompanhante para questões patrimoniais, outro acompanhante para questões de saúde).

A designação do acompanhante substituto pode ser relevante para suprir ausências do acompanhante principal.

O tribunal deve analisar se, no caso, se verifica alguma das incapacidades previstas no artigo 1933.º do Código Civil *ex vi* artigo 145.º, n.º 4, do mesmo código⁴⁵.

Coloca-se a questão de saber como compatibilizar o disposto no artigo 143.º com o artigo 144.º, n.º 1, do Código Civil, segundo o qual o cônjuge, os descendentes ou os ascendentes não podem escusar-se ou ser exonerados.

Se o cônjuge, descendente ou ascendente manifestarem peremptoriamente a sua indisponibilidade para exercerem as funções de acompanhante, o tribunal pode nomear, forçosamente, tais pessoas como acompanhantes?

A designação do acompanhante deve respeitar o superior interesse do beneficiário, negando-se qualquer automatismo na designação decorrente dos laços familiares.

O acompanhante deve ser a figura de referência do beneficiário, independentemente da relação familiar que os une, pelo que se repugna a designação forçada do cônjuge ou descendentes⁴⁶.

⁴⁵ O Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão datado de 14.07.2021, no processo n.º 51/17.6T8MGD.G1.S1, considerou que uma 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 artigo 1933.º, g), do Código Civil, pelo que se encontra impedida de integrar o Conselho de Família da acompanhada, nos termos do artigo 1953, n.º 1, do Código Civil.

⁴⁶ A este respeito, partilha-se do entendimento do Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, datado de 01.07.2021, no processo n.º 779/14.2TBBCL-A, disponível em www.dgsi.pt: “II. Quanto aos

Quanto aos unidos de facto, não estando incluídos no artigo 144.º, n.º 1, do Código Civil pese embora a definição prevista no artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, e tratando-se aquela norma uma norma excepcional, não se mostra possível a aplicação analógica por imperativo do artigo 11.º do Código Civil⁴⁷.

O conselho de família deve, por regra, ser constituído tendo em vista fiscalizar a actuação do acompanhante, mesmo que este cargo seja atribuído ao director da instituição onde o beneficiário se encontra, mas existam pessoas que podiam ter sido nomeadas acompanhantes e só não o foram por razões que não se prendem com a respectiva idoneidade mas por razões de ordem pragmática e burocrática.

O tribunal deve analisar se, no caso, se verifica alguma das incapacidades previstas no artigo 1933.º do Código Civil *ex vi* artigo 145.º, n.º 4, do mesmo código⁴⁸.

O tribunal pode dispensar a constituição do conselho de família sempre que o cargo de acom-

critérios a observar pelo tribunal na designação do acompanhante, verifica-se que a lei atribui preferência à escolha formulada pelo próprio acompanhado/beneficiário, mas não sendo feita qualquer escolha, deverá o tribunal designar a pessoa que melhor salvaguarde o interesse imperioso do beneficiário, podendo recair, designadamente, sobre...qualquer dos pais, entre as demais categorias previstas no n.º 2 do art. 143º do CC. III. Mas ser pai ou mãe não significa que automaticamente seja acompanhante. IV. Efetivamente, deverá ser designado acompanhante quem melhor salvaguarde o interesse imperioso do beneficiário. V. Para a aferição da pessoa que revela melhores condições para salvaguardar o interesse imperioso do beneficiário, enquanto único critério legal atendível na designação da pessoa que está em melhores condições para assumir as funções de acompanhamento legal do requerido passa pelo apuramento de um conjunto de factos atinentes às condições e à aptidão de cada um dos familiares do requerido, ainda que tenha apenas um progenitor sobrevivente para o exercício de tal função em face do circunstancialismo que no caso delimita o interesse imperioso do acompanhado e do seu bem-estar e recuperação”.

⁴⁷ Paula Távora Vitor, ob. cit. *Código Civil Anotado*, pp. 181 e 182.

⁴⁸ O Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão datado de 14.07.2021, no processo n.º 51/17.6T8MGD.G1.S1, disponível em www.dgsi.pt, considerou que uma 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 artigo 1933.º, g), do Código Civil, pelo que se encontra impedida de integrar o Conselho de Família da acompanhada, nos termos do artigo 1953, n.º 1, do Código Civil.

panhante seja atribuído a director de instituição onde o beneficiário se encontre e não exista pessoa em condições para ser nomeado acompanhante (cfr. artigo 1962.º do Código Civil), sempre que for atribuída a representação legal ao acompanhante pois só nestes casos se aplica o regime da tutela (cfr. artigo 145.º, n.º 4, do Código Civil).

A composição do conselho de família rege-se pelos artigos 1961.º e seguintes do Código Civil.

d) Publicidade e comunicação da decisão.

A publicidade da decisão está prevista no artigo 893.º, n.º 1, do Código de Processo Civil e no artigo 153.º do Código Civil⁴⁹.

A sentença deve ser comunicada à Conservatória do Registo Civil, após trânsito (cfr. artigos 1920.º-B e 1920.º-C, ambos do Código Civil ex vi artigos 153.º, n.º 2, Código Civil e artigo 900.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, e artigos 1.º, n.º 1, alínea h) e 69.º, n.º 1, alínea g), 78.º, n.º 1 do Código de Registo Civil).

O tribunal pode comunicar a sentença a outras entidades quando se justificar atenta a situação concreta do beneficiário (cfr. artigo 894.º do Código de Processo Civil)⁵⁰.

e) Outras menções.

O tribunal deve atestar a existência de testamento vital e de procuração para cuidados de saúde e acautelar o respeito pela vontade antecipadamente expressa pelo acompanhado.

f) Comunicação da sentença ao acompanhante e aos vogais do conselho de família com expressa menção às suas funções.

O acompanhamento deve ser notificado com certidão da sentença apenas quanto à parte do dispositivo para poder fazer prova dos seus poderes junto das entidades competentes, evitando-se a apresentação integral da sentença com a inerente exposição da situação concreta do beneficiário que se pretende evitar para proteger a sua privacidade.

5.9. Termo e alteração do acompanhamento

O processo de acompanhamento de maior estabelece um regime diferente do regime anterior no que respeita ao termo e alteração do acompanhamento.

De acordo com o artigo 904.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, a morte do beneficiário extingue a instância (n.º 1), independentemente da fase em que se encontrar o processo.

O n.º 2 prevê a revisão das medidas de acompanhamento que segue os termos da acção de maior acompanhamento com as necessárias adaptações e na medida do necessário, por apenso ao processo principal.

A modificação está prevista no artigo 149.º do Código Civil.

A tramitação do incidente de revisão, a processar por apenso, deve seguir os termos do disposto nos artigos 892.º e seguintes do Código de Processo Civil, com as necessárias adaptações e na medida do necessário, por aplicação do disposto no artigo 904.º, n.º 3, do mesmo Código.

O incidente comporta a prolação de despacho liminar, onde opera a notificação do beneficiário e do defensor (se não forem os requerentes da revisão) para se pronunciarem sobre a revisão das

⁴⁹ A publicidade da decisão final rege-se pelos mesmos princípios aludidos em 5.3.2.

⁵⁰ Por exemplo, a entidades bancárias nas quais o beneficiário seja titular de contas bancárias, aos serviços da segurança social caso receba pensões, subsídios ou outras prestações sociais e à instituição onde esteja integrado.

medidas de acompanhamento, cujo objectivo é manter, alterar ou cessar as mesmas, devendo ser remetida cópia do requerimento de revisão, se for o caso (cfr. artigo 896.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, aqui devidamente adaptado).

O tribunal deve determinar a notificação do acompanhante para se pronunciar sobre a revisão das medidas de acompanhamento e juntar aos autos relatório de execução das medidas de acompanhamento (caso não seja o requerente do incidente), no qual deve constar a actual situação do beneficiário, nomeadamente ao nível da gestão dos bens e rendimentos do beneficiário, da prática de actos de gestão da vida corrente, do acompanhamento ao nível da saúde, propondo, caso se lhe afigure necessário, as alterações às mesmas de forma fundamentada (cfr. artigo 896.º, n.º 1, do Processo Civil, aqui devidamente adaptado).

Pode ser necessário pedir informações a várias entidades e informação actualizada sobre o registo de testamento vital e/ou de procuração para cuidados de saúde.

O tribunal deve também pronunciar-se quanto à publicidade do incidente (cfr. artigo 893.º n.º 1 do Código de Processo Civil).

Seguir-se-ão as respostas e, seguidamente, as diligências probatórias, incluindo a audição pessoal e directa do beneficiário nos termos do artigo 898.º do Código de Processo Civil.

A decisão deve ser proferida pelo tribunal nos mesmos termos da decisão do processo principal.

6. Conclusão

O regime do maior acompanhado e os princípios que lhe estão subjacentes convocam uma abordagem multidisciplinar pelo tribunal no âmbito da definição das medidas necessárias à salvaguarda do interesse do beneficiário, desligado de formalismos excessivos e imbuído num espírito de adequação das medidas às necessidades reais do beneficiário.

A realidade concreta de cada beneficiário assume uma função relevante para a conformação do processo às suas particulares necessidades de modo a privilegiar a sua capacidade e autodeterminação.

À jurisprudência e à doutrina competirá inovar o pensamento jurídico inerente ao regime e promover *diálogos* que visem conferir estabilidade jurídica às soluções a adoptar pelos tribunais com a finalidade última de aperfeiçoamento do regime do maior acompanhado.

Este número da *Lex Familiae* — Revista Portuguesa de Direito da Família não contará, excepcionalmente, com as recentes rubricas da Secção de Jurisprudência Crítica: “Sumários dos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça” e “O que diz o Supremo”.

São razões de ordem prática que assim o impõem, pelo que no próximo número deste ano retomaremos a publicação da recolha dos Sumários dos Acórdãos do STJ realizada pelo Juízes Assessores deste tribunal e do comentário crítico a esses mesmos Acórdãos pela Senhora Conselheira Fernanda Isabel Pereira.

ADOÇÃO E MAIORIDADE: ACÓRDÃO N.º 132/2022 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Nuno de Lemos Jorge

Juiz de Direito; Assessor do Gabinete dos Juizes do Tribunal Constitucional

1. No passado dia 15 de fevereiro, a 1.ª Secção do Tribunal Constitucional proferiu o acórdão n.º 132/2022, no sentido de julgar inconstitucional a norma contida no n.º 3 do artigo 1980.º do Código Civil, interpretado no sentido segundo o qual se exclui a possibilidade de adoção de um jovem com idade superior a 18 anos à data de entrada do requerimento do adotante no tribunal, quando se trate de filho do cônjuge do requerente, tratado pelo adotante como filho desde a infância, tendo-se estabelecido entre ambos uma relação de afeto, cuidado e assistência idêntica às que habitualmente se estabelecem entre pai e filho, quando aplicado aos casos em que, à data em que o candidato a adotante apresentou o requerimento inicial junto do organismo de segurança social, o adotando fosse menor e não emancipado, atingindo a maioridade no decurso da fase administrativa do processo de adoção. Num primeiro olhar, dirigido apenas ao dispositivo, sobressaem o longo arco normativo, agregando diversas incidências, e o sentido decisório, que, à primeira vista, poderá causar surpresa a quem tiver presente a jurisprudência constitucional sobre adoção e maioridade. Importa, então, conhecer o percurso decisório do acórdão n.º 132/2022, começando pelo caso subjacente ao recurso.

2. Num certo Juízo de Família e Menores, correu um processo de adoção, no qual a senhora juíza titular do processo se viu confrontada com uma

questão relacionada com a idade do adotando. Este tinha menos de 18 anos no momento em que foi apresentado o requerimento inicial nos serviços da segurança social. Todavia, quando se iniciou a fase judicial, era já maior. O Ministério Público, perante o disposto no artigo 1980.º, n.º 3, do Código Civil (doravante, CC) – prevendo que pode ser adotado “*quem, à data do requerimento, tenha menos de 18 anos e não se encontre emancipado*” – e o entendimento, há muito estabilizado, segundo o qual o “requerimento” ali previsto é aquele que dá início à fase judicial, tomou posição no sentido de não ser decretada a adoção. No entanto, o tribunal decidiu que os autos prosseguiriam. Para tanto, *recusou a aplicação*, por inconstitucionalidade, da norma contida naquele preceito legal, “*quando interpretada no sentido de excluir a possibilidade de vir a ser requerida a adoção de um jovem com mais de 18 anos por quem o trata como filho desde os 5 anos de idade, tendo-se estabelecido entre ambos a relação efetiva de afeto, cuidado e assistência, própria de pai e filho*”.

3. As razões pelas quais o tribunal de primeira instância considerou a norma em causa inconstitucional partiram do seguinte quadro factual: *i)* o jovem nasceu em 2002, viveu desde sempre com a mãe e, desde os cinco anos de idade, também com o requerente, que casou com a mãe dele em 2011; *ii)* o adotando e o requerente desenvolveram entre si uma relação de afeto e de cuidado própria das

que se desenvolvem entre pai e filho, inserida numa dinâmica familiar, tratando-se por pai e filho, e sendo vistos como tal perante outros familiares, amigos e instituições, como a escola; e *iii*) da relação entre o requerente e a mãe do adotando nasceram ainda dois filhos, em 2009 e 2018, com os quais o jovem se relaciona como irmãos.

Com base nestes factos, o Juízo de Família e Menores invocou o disposto no artigo 36.º, n.º 1 e n.º 7, da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP) para concluir que “*não obstante a lei poder regular os termos em que o processo de adoção deve decorrer e quais os respetivos requisitos, não deve ser o requisito da maioridade do adotando a determinar se [este] deve ou não ter a possibilidade de vir a ter presente na sua vida um pai, assim visto desde que tinha 5 anos de idade, de ter os mesmos apelidos dos irmãos e de a realidade jurídica refletir isso mesmo, caso venham a verificar-se os restantes requisitos a que a lei alude*” (sublinhado acrescentado). Reconhecendo a existência de jurisprudência constitucional de sinal contrário (de que se dará nota adiante, no ponto 5.), o tribunal acentuou que “*estamos agora numa outra fase de desenvolvimento da sociedade, a que leva mais longe a tutela dos vínculos afetivos, como previsto na própria lei ordinária (arts. 1986.º, n.º 3, do Código Civil, que admite a manutenção de contactos entre o adotando e a família biológica, por exemplo) e que determina uma leitura atualista da Constituição no que se refere à proteção da família. Neste quadro, e sendo a adoção fonte de uma relação jurídica familiar (art. 1576.º do Código Civil), não se justifica limitar a constituição de um vínculo familiar devido a um requisito formal, como a data de entrada do requerimento em Tribunal, se todos os requisitos substantivos estiverem preenchidos*”. A ligação do instituto à menoridade foi desvalorizada, porquanto “*se o requerimento der entrada no Tribunal na véspera de o adotando ter 18 anos, o requerimento será apreciado e a adoção pode vir a ser*

decretada relativamente a alguém com 18 ou mais anos” e “*ser pai e ser filho não se reduz ao exercício das responsabilidades parentais com o conteúdo a que alude o art. 1878.º do Código em referência, pelo que a relação de filiação perdura para além dos 18 anos, ainda que as responsabilidades parentais cessem – art. 1877.º. Os efeitos da filiação vão para além da maioridade, no que respeita ao dever de respeito, de auxílio e de assistência – cfr. o art. 1874.º do Código Civil – e no que é relativo à componente emocional que também constitui e define o ser humano, no que é simbólico, como é ter o mesmo apelido dos irmãos que integram o respetivo agregado familiar*”. Afirmou, por fim, que “*o argumento da insegurança jurídica apresentado é suscetível de ser ultrapassado através dos outros requisitos (substantivos) de que depende a constituição do vínculo*”.

4. O Ministério Público interpôs recurso (obrigatório¹) da decisão de recusa de aplicação da norma para o Tribunal Constitucional, indicando como objeto desse recurso a norma contida no artigo 1980.º, n.º 3, do CC, “*quanto interpretado no sentido de excluir a possibilidade de vir a ser requerida a adoção de filho do cônjuge, maior de 18 anos*”. Comparando este enunciado com a norma que o Tribunal Constitucional acabou por apreciar (v. ponto 1., *supra*), salta à vista a simplicidade formal do primeiro face à complexidade da segunda, que, por sua vez, também não coincide com o enunciado do tribunal recorrido – “*...quando interpretada no sentido de excluir a possibilidade de vir a ser requerida a adoção de um jovem com mais de 18 anos por quem o trata como filho desde os 5 anos de idade, tendo-se estabelecido entre ambos a relação efetiva de afeto, cuidado e assistência, própria de pai e filho*”.

¹ Cf. artigo 72.º, n.º 3, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional – Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (doravante, LTC).

O desvio, pelo Tribunal Constitucional, daqueles enunciados formais entender-se-á mais facilmente tendo presente o caráter *normativo* dos recursos de fiscalização concreta previstos na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC. Não está em causa apreciar o mérito *das decisões*, mas sim confrontar *as normas* que lhes serviram de critério com parâmetros da CRP. Em suma, não se trata de *juízo-do-caso*, mas sim de um *juízo-da-norma* (cf., recentemente e entre inúmeros outros, o acórdão n.º 128/2022).

Sendo este o objeto que se apresenta perante o Tribunal Constitucional, importa que este o delimite com *a maior precisão possível*, visto que, de outro modo, o juízo sobre a inconstitucionalidade poderia vir a ser indevidamente estendido ou restringido pelos outros tribunais, seguindo a sua jurisprudência. Para tanto, há que procurar o *verdadeiro sentido substancial* da norma, que pode não coincidir inteiramente com os enunciados formais que o recorrente e/ou o tribunal recorrido para ela encontraram. Foi o que sucedeu no processo em apreço, no qual o Tribunal Constitucional, todavia, considerou aqueles enunciados insuficientes para assegurar correspondência com a materialidade da norma recusada.

Foram, então, apontados oito elementos que compõem a norma tal como veio a constar do dispositivo do acórdão n.º 132/2022, todos “*determinantes para a decisão e [que], nessa medida, moldam, inevitavelmente, o sentido normativo relevante, integrando, pois, o objeto do recurso*”: **i)** a exclusão da possibilidade de vir a ser requerida a adoção de um jovem com mais de 18 anos; **ii)** a circunstância de se tratar do filho do cônjuge do requerente; **iii)** o tratamento como filho desde a infância; **iv)** o efetivo estabelecimento entre ambos de uma relação de afeto, cuidado e assistência, como as que se estabelecem entre pai e filho; **v)** a referência da maiori-

dade ao momento de entrada do requerimento que dá início à fase judicial do processo de adoção; **vi)** a não emancipação do adotando; **vii)** a apresentação, pelo adotante, antes da maioria do adotando, junto do organismo de segurança social, do requerimento tendo em vista o início do procedimento de adoção; e **viii)** a circunstância de o adotando ter atingido a maioria no decurso da fase administrativa do processo de adoção.

5. A jurisprudência constitucional anterior reconheceu uma generosa margem de liberdade ao legislador para fixação dos requisitos da adoção, incluindo a menoridade do adotando. No Acórdão n.º 320/2000, decidiu-se não julgar inconstitucional a norma contida no n.º 2 do artigo 1977.º do CC, conjugada com parte do n.º 2 do artigo 1980.º, segundo a qual é requisito da conversão da adoção restrita em adoção plena a menoridade do adotado, afirmando, designadamente, que “*não se vê como possa esta norma infringir o artigo 26.º da Constituição, ou seja, como possam ser atingidos ‘os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, ao bom nome e reputação, à imagem, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação’*”, como sustentam os recorrentes. Note-se que da não conversão não resulta nenhuma mudança, “*de um momento para o outro, [d] a identidade da adotada’*, como afirmam”. Afastou-se, ainda, a violação do n.º 7 do artigo 36.º da CRP: “*não se encontra razão para que se considere que não cabe na discricionariedade do legislador exigir, como requisito da conversão, a menoridade do adotando, tendo em conta as diferenças profundas existentes entre os efeitos da adoção plena – na qual o adotando se integra na família dos adotantes, cortando em princípio os laços familiares com a sua família natural, modelando a lei a relação que se constitui sobre a relação de filiação natural (cfr., em espe-*

cial, o artigo 1986.º do Código Civil) —, e os da adoção restrita, em que esta ligação com a família biológica se mantém (artigo 1994.º). Manifestação desta manutenção, aliás, é justamente a diferença do regime definido para a composição do nome do adotado: na adoção plena, o adotado perde os seus apelidos de origem, e o seu nome é constituído com aplicação das regras definidas para a filiação natural (cfr. artigo 1988.º, n.º 1, do Código Civil); na adoção restrita, o adotado mantém os apelidos da família natural; o juiz pode, todavia, atribuir-lhe apelidos do adotante, que se não substituem àqueles, apenas se lhe acrescentam. Não é, pois, arbitrária a exigência da menoridade; na verdade, não sendo já incapaz o adotado, a conversão não produziria o efeito principal pretendido pela lei com a adoção plena, a criação de laços semelhantes aos da filiação natural; antes se projetaria sobretudo, na prática, no domínio sucessório; não se pode, assim, considerar que a norma em causa viole a proteção constitucional conferida à adoção”.

No acórdão n.º 551/2003, o requisito da menoridade foi discutido com maior profundidade. Tendo-se decidido não julgar inconstitucional a norma contida no artigo 1980.º do CC, “na interpretação de que o requisito da menoridade deve existir no momento da propositura da ação e não do pedido feito ao organismo da segurança social”, é importante recordar os respetivos fundamentos:

[...]

7. O recorrente invoca como parâmetro de constitucionalidade o direito do adotando a constituir família, consagrado no artigo 36.º, n.º 1, da Constituição, segundo o qual todos têm o direito de constituir família em condições de plena igualdade.

Não pode, porém, concordar-se com a conclusão de que a exigência legal em questão importa uma restrição a esse direito de constituir família.

Antes de mais, pode duvidar-se de que, no âmbito de proteção deste direito, previsto no n.º 1 do artigo 36.º da Constituição, se enquadre também a constituição do vínculo familiar resultante da adoção.

É certo que esta é considerada fonte de uma relação jurídica familiar pelo artigo 1576.º do Código Civil, e que, pela adoção plena, o ‘adquire a situação de filho do adotante e integra-se com os seus descendentes na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o adotado e os seus ascendentes e colaterais naturais’ (artigo 1986.º, n.º 1, do Código Civil). O Código Civil refere-se, porém, quer na definição de adoção (artigo 1586.º: ‘o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos artigos 1973.º e seguintes’), quer no artigo 1974.º, n.º 1, ao estabelecimento de um ‘vínculo semelhante ao da filiação’.

Por outro lado, a adoção foi prevista autonomamente, pelo legislador constitucional, no n.º 7 do artigo 36.º (assim, também no citado acórdão n.º 320/2000 se considerou que o parâmetro constitucional indicado para sindicarem a norma em causa era o artigo 36.º, n.º 7, e não o do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição, invocado pelos recorrentes). Neste artigo 36.º, n.º 7, da Constituição impõe autonomamente a disciplina legislativa da adoção, e remete a regulamentação e proteção deste instituto para os “termos da lei”, parecendo, pois, com esta “garantia institucional”, pressupor que não estará em causa propriamente o direito à constituição de família nos termos do n.º 1, mas, antes, o estabelecimento de um vínculo semelhante ao da filiação.

A constituição do vínculo da adoção inclui-se, pois — como se diz também na decisão recorrida —, na hipótese do n.º 7 do artigo 36.º da Constituição, e não na do seu n.º 1, pelo que a invocação do direito consagrado neste n.º 1 não pode ser considerada procedente.

8. Seja, porém, como for quanto a este enquadramento constitucional, não pode sequer dizer-se que resulta da norma em causa verdadeiramente uma restrição ao direito a constituir família.

Na verdade, o legislador — na sequência, aliás, de uma solução tradicional, que vem já da redação originária do Código Civil — limita o instituto da adoção a menores, por entender que é em relação a eles que a constituição de um vínculo semelhante ao da filiação se justifica, e pode ser necessária e benéfica para o adotando. No presente caso, a dimensão normativa em causa não é, porém, impugnada na medida em que estabelece o requisito da menoridade — cuja conformidade constitucional o recorrente não questiona —, mas apenas na medida em que tal requisito não deve ser aferido logo no momento do início do procedimento administrativo que tem de anteceder a adoção, sem cuja conclusão se não pode iniciar a ação judicial.

Ora, da exigência da menoridade no momento da propositura da ação judicial, e não no do início do procedimento administrativo — a comunicação da intenção de adotar aos organismos competentes — poderá resultar, no máximo, uma curta dilação, designadamente nos casos em que, como o presente, se trata da adoção de filho do cônjuge do adotante, em relação ao qual o período de pré-adoção não excede três meses. Tal curta dilação não configura, certamente, uma solução constitucionalmente inadmissível, mormente quando, por um lado, ela resulta da necessidade de averiguar, em inquérito próprio, a personalidade e saúde do adotante e do adotando, a idoneidade daquele para criar e educar este, “a situação familiar e económica do adotante e as razões determinantes do pedido de adoção”, e quando, por outro lado, o candidato a adotante pode precaver-se, perante o texto claro da lei — que exige a menoridade à data da propositura da ação —, e comunicar aos organismos da segurança social a intenção de adotar com a devida antecedência.

Não se afigura, aliás, relevante a argumentação do recorrente, no sentido de que resulta da norma em causa que ‘um menor a um dia de fazer 18 anos nunca poderá ser adotado’.

Para além das considerações que a invocação de tais verdadeiros casos-limite possam suscitar (e outros opostos se poderiam configurar), incluindo a convocação de outros parâmetros constitucionais, é certo que não é seguramente um destes o caso dos autos — e recorde-se que, no recurso de constitucionalidade, estamos no domínio da fiscalização concreta e incidental, em que a questão de constitucionalidade surge num determinado caso concreto. Neste caso, o relatório favorável à adoção foi notificado ao ora recorrente em abril de 2000 — quando este não tinha ainda sequer completado 17 anos —, tendo, porém, a ação de adoção sido interposta apenas em janeiro de 2002, isto é, quase um ano e nove meses depois.

Aliás, mesmo para tal caso-limite invocado pelo recorrente, aproximando-se a maioridade, e resultando a solução normativa em causa claramente da lei, o adotante poderá, desde logo, acautelar-se e comunicar com a antecedência necessária a intenção de adotar aos organismos da segurança social. Ainda quando o não tenha feito, todavia — e para um tal caso-limite, que não é o dos autos, repete-se —, não parece de excluir que a lei preclua totalmente a adoção numa tal situação, impedindo que o requerente proponha imediatamente a ação e comunicar a intenção de adotar aos organismos competentes, mas protestando juntar o respetivo relatório quando lhe for notificado.

No presente caso, porém, como se disse, o procedimento administrativo estava concluído, e o relatório favorável à adoção foi

notificado ao ora recorrente quando este não tinha ainda sequer 17 anos, tendo sido o recorrente que aguardou um ano e nove meses para propor a ação, num momento em que o adotando já era maior.

A norma em questão não se afigura, pois, violadora da Constituição da República, e, por conseguinte, deve ser negado provimento ao presente recurso.

[...]

Parece claro que a norma em causa no processo é muito próxima da que foi apreciada no acórdão n.º 551/2003, mas, como vimos, a solução encontrada não foi igual.

Vejamos porquê.

6. O Tribunal Constitucional começou por traçar um breve retrato do regime da adoção no plano infraconstitucional, designadamente, no CC e na Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro (Regime Jurídico do Processo de Adoção, doravante RJPA), salientando a finalidade da adoção prevista no artigo 1974.º do CC, os requisitos gerais para que seja decretada e as fases do processo, com destaque para a divisão principal entre a fase administrativa e a fase judicial.

7. Um primeiro ponto objeto de análise foi o da desvalorização da ligação entre o instituto da adoção e a menoridade, que a decisão recorrida afirmou com ênfase. O Tribunal Constitucional, porém, não a subscreveu: “[a] desvalorização quase absoluta das específicas necessidades das crianças como fundamento do regime da adoção, assim colocada em termos gerais e ao ponto de a Constituição não tolerar a correspondente restrição etária, não é aceitável. Pelo contrário, o regime legal reflete “[...] a consideração do interesse do adotando e do interesse geral da proteção da infância mais desfavorecida [...]” (Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família*, cit., p. 539, sublinhado acrescentado). “Todo este regime se ajusta à ideia de que se

trata aqui de proteger o interesse do adotando, mas visto este interesse à luz do interesse geral – se não se permite em regra a adoção de maiores de 15 anos, é porque não há interesse social a justificá-la.” (idem, pp. 539/540). É certo que alguns efeitos da filiação se projetam para além da menoridade, mas tal não inviabiliza que o regime seja fundamentalmente destinado à proteção da infância. E é, necessariamente, com tal sentido e tais pressupostos que a Constituição se lhe refere no n.º 7 do artigo 36.º. Considerou-se, pelo contrário, que a proteção constitucional da adoção não tem a mesma densidade de outros institutos jurídico-familiares e que se mantém válida e atual a conclusão do acórdão n.º 551/2003, no sentido de que a CRP não veda ao legislador ordinário a previsão da menoridade como requisito geral do instituto da adoção.

É natural e é humano – e, por isso, inevitavelmente presente na atividade humana de administrar a justiça – procurar a solução mais justa do caso concreto. Todavia, sem a necessária contenção, essa busca poderá levar o intérprete para além das fronteiras da lei infraconstitucional ou da própria CRP, consumindo a norma na pira do casuísmo. Mesmo que tal suceda por impulso das melhores intenções, um tal resultado não é, como sabemos, desejável. Daí que mereça destaque o sinal dado pelo Tribunal Constitucional ao tribunal recorrido, no sentido de o instituto jurídico da adoção não poder ser esventrado do seu propósito, ignorando-se a sua própria razão de ser como algo “ultrapassado” e substituindo-a por uma referência “atualizada” à relevância dos afetos como se de um critério jurídico autossuficiente se tratasse. Apesar de a decisão do Tribunal Constitucional ter concluído no sentido da inconstitucionalidade, fê-lo por outra via.

8. Não obstante a proximidade à hipótese apreciada no acórdão n.º 551/2003, foi apontada uma

diferença face ao processo agora em causa: no primeiro, a ação de adoção foi interposta cerca de um ano e nove meses depois do relatório favorável à adoção ter sido notificado ao requerente (relevando, assim, um comportamento voluntário omissivo do adotante), no segundo, a maioridade sobreveio no decurso da fase administrativa (deste modo, o obstáculo é predominantemente normativo). Para o Tribunal Constitucional, “o impulso fundamental do adotante consiste em apresentar o pedido nos serviços da segurança social. Embora tal impulso deva ser renovado posteriormente perante o tribunal, o primeiro momento permite situar o ato de vontade primordial que desencadeia a sucessão de atos – uns administrativos, outros judiciais – que conduzem à efetivação dessa vontade em vínculo familiar”.

Uma outra nota diferenciadora tida por relevante foi estar em causa a legitimação de uma relação previamente constituída e subsistente à data do início da fase administrativa, o que permitiu desenhar uma possível restrição: “consolidou-se, nestas circunstâncias, uma ligação do tipo familiar, cuja recusa de legitimação pode restringir não apenas o âmbito em que opera o instituto da adoção (artigo 36.º, n.º 7, da Constituição), mas também o direito “a constituir família” (artigo 36.º, n.º 1, da Constituição), aqui manifestado no direito a ver reconhecida a dimensão jurídica dos laços que apresentam a mesma substância dos familiares – trata-se, no fundo, de passar a um plano diferente (e mais consistente) uma relação de facto –, posto que ainda se vá a tempo de obter esse efeito, que é também ele característico do instituto da adoção, no âmbito em que esta opera, ou seja, com a sua ligação à menoridade. Dito de outro modo, a norma assim configurada restringe a aplicação de um instituto constitucionalmente protegido – e restringe-o num momento em que o respetivo procedimento já se havia iniciado, ou seja, num momento em que os factos relevantes encerravam já uma potencialidade de estabele-

cimento do vínculo familiar projetada para o futuro e de reconhecimento, em retrospectiva, da família constituída. Trata-se, pois, de uma restrição atinente não só ao próprio instituto, mas à própria substância da ligação familiar, o que obriga a ponderar a proporcionalidade dessa restrição". Foram, então, aplicados os conhecidos três testes da proporcionalidade: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

9. A adequação da restrição para proteger o interesse de conferir uma tutela atempada da infância e da juventude e, bem assim, a sua necessidade para garantir, *com a mesma intensidade*, que a menoridade é sempre, pelo menos, contemporânea do início do processo judicial não suscitaram particulares dificuldades ao Tribunal Constitucional.

Já a proporcionalidade em sentido estrito obrigou a uma ponderação complexa, que levou o Tribunal Constitucional a considerar que a norma não satisfaz o terceiro e último teste. Para assim concluir, foi sublinhado o propósito da fase administrativa do processo de adoção — assegurar o controlo, pelo Estado, da verificação dos pressupostos da adoção —, do que se retirou tratar-se de uma *"fase muito importante, mas não necessariamente decisiva, constituindo um primeiro filtro destinado a evitar, designadamente, que aos tribunais cheguem pretensões sem substância e a colocar fora do processo judicial — antes dele — uma verificação que, pela sua própria natureza, se estende no tempo e, não raras vezes, é incerta quanto aos seus resultados"*.

Foram, então, realçadas três dimensões da norma: **i)** tratar-se da adoção do cônjuge do requerente; **ii)** o tratamento do adotando como filho desde a infância, numa relação idêntica às que habitualmente se estabelecem entre pai e filho; e **iii)** a maioridade ser atingida no decurso da fase

administrativa do processo de adoção.

Para o Tribunal Constitucional, *"a conjugação única destas dimensões conduz a balanceamentos muito particulares no terceiro teste da proporcionalidade"*, pelas razões que se seguem.

Por um lado, as circunstâncias de se tratar do filho do cônjuge do requerente e de existir tratamento como filho desde a infância permitem afirmar *"que as finalidades primordiais da adoção podem ser olhadas, aqui, com alguma moderação, aceitando-se um peso relativamente maior da função (mais secundária) do instituto, que é a de legitimar o laço criado, na perspectiva de ele ter dado corpo efetivo à proteção da infância no passado"*. Por outro lado, o primeiro momento fundamental dependente da vontade do adotante é o da apresentação do requerimento junto dos serviços da segurança social.

Questionando *"que propósito se serve e que interesse fundamental se protege quando se desloca o requisito — aplicado a um processo que tem várias fases, mas uma finalidade unitária — do momento inicial para a fase judicial, quando os requisitos se verificaram naquele primeiro momento"*, o Tribunal Constitucional responde que *"não há um ganho significativo na tutela dos interesses que justificam a restrição, existindo um sacrifício intenso da potencialidade do instituto da adoção. E se a esta ponderação se poderia, eventualmente, obstar com a existência de marcos temporais fixos que o adotante poderia conhecer e prever, tal justificação, de sabor formal, pouco esclarece quanto ao ganho marginal que daí adviria"*. Tratar-se-ia, então, de um dos casos-limite implicitamente ressalvados na jurisprudência anterior (acórdão n.º 551/2003), *"em que a reduzida densidade dos fundamentos da restrição embate contra a intensidade da mesma, num plano de interesses de natureza pessoal cuja satisfação corresponde ainda à aptidão do instituto da adoção — em particular, o interesse em ver legitimada a relação familiar pré-existente"*, pelo

que não existiria, enfim, “*uma relação suficientemente equilibrada entre o valor em causa na prossecução do objetivo subjacente à solução legal (a constituição atempada do vínculo) e o nível de restrição da posição afetada por essa mesma atuação (restrição do âmbito da adoção)*”. Daqui se retirou a violação do artigo 18.º, n.º 2, da CRP.

10. O acórdão n.º 132/2022 foi tirado por maioria. A Senhora Juíza Conselheira Maria Benedita Urbano divergiu não só quanto aos fundamentos, mas também quanto ao juízo de censura jurídico-constitucional.

Entendeu, essencialmente, que não se prefiguravam, no caso, razões bastantes para um desvio à fundamentação e ao sentido decisório do acórdão n.º 551/2003.

Salientando que “*o requerimento que dá início ao procedimento administrativo foi entregue junto dos competentes serviços da Segurança Social um dia antes de o potencial adotado perfazer os 18 anos*” e que, portanto, “*o adotante teve treze anos para dar início ao processo de adoção*”, não poderia deixar de se valorar negativamente a omissão do pedido, acentuadamente prolongada no tempo.

Manifestando abertura à adoção no caso-limite de, “*tendo sido apresentado atempadamente o devido requerimento junto das entidades administrativas competentes, entretanto o adotando [ter] atingido a maioridade antes do requerimento judicial, quando isto se [fique] a dever a atrasos apenas imputáveis àquelas entidades administrativas*”, entendeu que o caso dos autos se distancia significativamente desse limite, qualificando como falsa questão “*a ideia de que não houve adoção por uma questão de dias*”. Num espaço de grande liberdade do legislador, desde logo para estabelecimento de um requisito geral de menoridade, em que releva o “*superior interesse da criança*” (artigo

1974.º, n.º 1, do CC) e a idade-limite para adoção se situa, por regra, nos 15 anos (artigo 1980.º, n.º 2, do CC), “*a necessidade de assegurar a transmissão do património ou do apelido ou, também, o de consolidar afetos*” sempre seriam interesses secundários, “*pois nem sequer correspondem ao propósito da adoção*”, que “*já nem sequer tem razão de ser no caso relatado nos presentes autos em que o potencial adotado já completou os dezoito anos antes do requerimento mencionado no n.º 3 do artigo 1980.º do CC*”.

Afastou-se, ainda, a relevância argumentativa da necessidade ou conveniência de assegurar um tratamento idêntico entre filhos e enteados, seja por extravasar as finalidades da adoção, seja porque a norma nem sequer o impede (apenas introduz um limite temporal para esse efeito), seja por não existir direito a tratamento igual, tal como “*não está constitucionalmente previsto um direito a ser adotado, nem sequer como refração do direito a constituir família*”.

Centrando-se no n.º 7 do artigo 36.º da CRP, e não, também, no n.º 1 do mesmo artigo – visto que “*a haver direito com base no n.º 1 do preceito em apreço será o direito a adotar e não, também, o direito a ser adotado*” –, a posição assim afirmada vai no sentido de que, ainda que fosse convocável aquele n.º 1, não existiria qualquer restrição inconstitucional decorrente de verificar o requisito de menoridade no momento da apresentação do requerimento judicial, como se se concluiu no acórdão n.º 551/2003: “*por um lado, a fase administrativa-instrutória é sempre necessária, mesmo quando o potencial adotado, filho do cônjuge, já vive com o requerente de adoção. Por outro lado, o legislador esteve atento a este particular circunstancialismo, abreviando o período de pré-adoção para três meses. Por último, a exigência da menoridade no início da fase administrativa não impede o desencadear atempado do processo de adoção*”.

Rejeitando o desvio à norma por via do con-

trola de constitucionalidade, conclui que a norma “*não deixa de garantir plenamente o propósito da adoção e, pelos motivos expostos, não se mostra desproporcionada, qualquer que seja a dimensão deste princípio que se tome em consideração*” e o circunstancialismo dos autos “*não justifica que se considere estarmos perante um caso-limite com o intuito de proporcionar um tratamento jurídico excecional ao potencial adotado*”.

11. A viva e interessante discussão que o acórdão n.º 132/2022 causou não surpreende. Qualificando as circunstâncias relevantes como “caso-limite” para justificar um marcado — e confessado — desvio à sua própria jurisprudência, o Tribunal Constitucional viu-se obrigado a balizar a exceção. Todavia, o dito “caso-limite”, não sendo linear, por decorrer da sobreposição de vários fatores cuja relevância não se apresentará com igual intensidade para todos, abre-se naturalmente a outras perspetivas, como aquela que foi vincada na declaração de voto.

Um primeiro ponto que suscita clara divisão e condiciona fortemente o rumo argumentativo prende-se com a sede constitucional da proteção da adoção, ou seja, se ela se esgota (ou se esgota sempre) no n.º 7 do artigo 36.º da CRP (“*a adoção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respetiva tramitação*”) ou se este pode ser articulado com o n.º 1 do mesmo artigo (“*todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade*”). O acórdão n.º 320/2000 não problematizou a questão e reconduziu o caso diretamente apenas ao n.º 7 do artigo 36.º. No acórdão n.º 551/2003, o próprio recorrente confrontou o Tribunal Constitucional com o n.º 1 do artigo 36.º. Como vimos, essa via foi, então, afastada: “*pode duvidar-se de que, no âmbito de proteção deste direito, previsto no n.º 1 do artigo 36.º da Constituição, se enquadre também a cons-*

tituição do vínculo familiar resultante da adoção. É certo que esta é considerada fonte de uma relação jurídica familiar pelo artigo 1576.º do Código Civil, e que, pela adoção plena, o “adquire a situação de filho do adotante e integra-se com os seus descendentes na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o adotado e os seus ascendentes e colaterais naturais” (artigo 1986.º, n.º 1, do Código Civil). O Código Civil refere-se, porém, quer na definição de adoção (artigo 1586.º: “o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos artigos 1973.º e seguintes”), quer no artigo 1974.º, n.º 1, ao estabelecimento de um “vínculo semelhante ao da filiação. Por outro lado, a adoção foi prevista autonomamente, pelo legislador constitucional, no n.º 7 do artigo 36.º (...). Neste artigo 36.º, n.º 7, da Constituição impõe autonomamente a disciplina legislativa da adoção, e remete a regulamentação e proteção deste instituto para os “termos da lei”, parecendo, pois, com esta “garantia institucional”, pressupor que não estará em causa propriamente o direito à constituição de família nos termos do n.º 1, mas, antes, o estabelecimento de um vínculo semelhante ao da filiação. A constituição do vínculo da adoção inclui-se, pois — como se diz também na decisão recorrida —, na hipótese do n.º 7 do artigo 36.º da Constituição, e não na do seu n.º 1, pelo que a invocação do direito consagrado neste n.º 1 não pode ser considerada procedente”. Idêntica é a posição que consta da declaração de voto aposta ao acórdão n.º 132/2022, remetendo, aliás, para o citado acórdão de 2003.

Rui Medeiros criticou este afastamento do n.º 1 do artigo 36.º como parâmetro relevante²: “[um] tal entendimento — desde que esta pretensão fundamental não seja configurada como um direito subjetivo definitivo ou ilimitado — suscita, no entanto, muitas reservas. Por

² *Constituição Portuguesa Anotada*, org. Jorge Miranda e Rui Medeiros, vol. 1, 2.ª ed. revista, Lisboa, 2017, pp. 608/609.

um lado, em face da abertura do artigo 36.º, n.º 1, que consagra um direito de constituir família não fundada no casamento, nada permite concluir que a adoção não esteja também sob a proteção do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição. Pelo contrário, sendo a adoção fonte de uma relação familiar, tudo aponta em sentido oposto. Por outro lado, a consagração do direito de constituir família em termos que incluam a família adotiva não é minimamente contrariada pela expressa autonomização de um preceito referente especificamente à adoção. E que, não só considerações análogas valem, *mutatis mutandis*, em relação à família conjugal (artigo 36.º, n.º 2, 3 e, em parte, 5 e 6) e à família constituída por pais e filhos nascidos fora do casamento (artigo 36.º, n.º 4 e, em alguma medida, 5 e 6), como sobretudo a garantia institucional da adoção, consagrada no artigo 36.º, n.º 7, constitui apenas uma das várias dimensões do estatuto *jusfundamental* da família adotiva. Assim, por exemplo, como foi assinalado mais atrás, no caso de os filhos serem separados dos pais, nos termos do artigo 36.º, n.º 6, o Estado deve, no interesse dos filhos, e do seu direito de constituírem família, favorecer a integração dos filhos numa nova família através, concretamente, do instituto da adoção. A adoção, neste sentido, e também (mas não só) um instrumento fundamental de proteção das crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal (artigo 67.º, n.º 2)”.
94

No cruzamento entre o n.º 1 e o n.º 7 do artigo 36.º da CRP, o acórdão n.º 132/2022 evitou um confronto direto com a jurisprudência anterior. Por um lado, reconhecendo que a proteção constitucional da adoção “*não tem a mesma densidade de outros institutos jurídico-familiares*”. Por outro, procurando justificar uma restrição do n.º 1 do artigo 36.º da CRP no caso de se procurar legitimar um vínculo pré-existente duradouro e consolidado no tempo, “*cuja recusa de legitimação pode restringir não apenas o âmbito em que opera o instituto da adoção (artigo 36.º,*

n.º 7, da Constituição), mas também o direito “*a constituir família*” (artigo 36.º, n.º 1, da Constituição), aqui manifestado no direito a ver reconhecida a dimensão jurídica dos laços que apresentam a mesma substância dos familiares – trata-se, no fundo, de passar a um plano diferente (e mais consistente) uma relação de facto –, posto que ainda se vá a tempo de obter esse efeito, que é também ele característico do instituto da adoção, no âmbito em que esta opera, ou seja, com a sua ligação à menoridade”.

Está bom de ver que se trata de uma opção estruturante da arquitetura argumentativa do caso. Quem não o destacar do n.º 7 do artigo 36.º dificilmente encontrará apoio para encontrar uma restrição, muito menos para censurá-la, pois ali se encontra uma proteção quase residual, que obriga o legislador a prever a adoção e a dotá-la de um mínimo de potencialidade efetiva de constituição de vínculos do tipo familiar, deixando-lhe, porém, uma margem muito generosa de escolha das respetivas condições.

Só a atração da norma para o n.º 1 do artigo 36.º da CRP (que foi feita com alguma moderação, isto é, sem que tenha sido afirmada para todo e qualquer caso de adoção) permitiu ao Tribunal Constitucional encontrar um valor jurídico-constitucional suficientemente denso para sobre ele erguer o juízo de inconstitucionalidade.

Não cabe aqui, em breves notas, resolver a questão – que, por sua vez, depende de outros posicionamentos do intérprete quanto ao sentido substancial e à razão de ser da adoção –, mas apenas assinalar que a opção pelo n.º 7 do artigo 36.º da CRP como único parâmetro relevante dispensará outras ponderações, permitindo concluir no sentido da não inconstitucionalidade sem grande dificuldade.

Aliás, parece resultar dos fundamentos do acórdão n.º 132/2022, em parte implicitamente,

em parte explicitamente, que até mesmo para a maioria que subscreveu a decisão o resultado seria diferente se alguns elementos da norma não estivessem presentes, em particular, qualquer um dos seguintes: tratar-se do filho do cônjuge do requerente; o tratamento como filho desde a infância; o efetivo estabelecimento entre ambos de uma relação de afeto, cuidado e assistência, como as que se estabelecem entre pai e filho; e a circunstância de o adotando ter atingido a maioridade no decurso da fase administrativa do processo de adoção.

A necessidade de conter a indesejável potencialidade expansiva do juízo de inconstitucionalidade

e a rigorosa modelação do “caso-limite” (já de si, como vimos, não consensual) conduziram ao, também ele excepcional, longo arco normativo que se encontra no dispositivo, que, à primeira vista, poderia dar a aparência de juízo-do-caso, em lugar de juízo-da-norma. Essa primeira impressão não resiste, todavia, à consideração de que são os três elementos apontados no parágrafo anterior que conferem a verdadeira nota distintiva da hipótese considerada e estes podem projetar-se, sem dificuldade, em outros casos. Em suma, trata-se de uma norma *muito precisa*, mas, indubitavelmente, *uma verdadeira norma*.

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DE GÊNERO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Catarina Fernandes

Magistrada do Ministério Público

Resumo: *Neste pequeno estudo intentámos fazer uma breve análise da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no domínio da violência doméstica e da violência de género, que se revela muito rica e não pode nem deve deixar de ser atendida pelos Estados.*

Palavras-chave: *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; Violência doméstica; Violência de género; Violência contra as mulheres*

Abstract: *In this short study we have tried to make a brief analysis of the case law of the European Court of Human Rights in the field of domestic violence and gender-based violence, which is very rich and must not be missed by the States.*

Keywords: *European Court of Human Rights; Domestic violence; Gender-based violence; Violence against women*

I. Introdução

A actividade jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem sido marcada pelo cuidado em conferir efectividade à Convenção Europeia de Direitos Humanos, de forma a que esta não consagre apenas direitos formais, abstractos ou ilusórios, mas dotados de cada vez maior concretização e validade. Acompanhando a evolução das mentalidades e das condições de vida europeias e buscando sempre salvaguardar, desenvolver e concretizar os direitos consagrados na Convenção, bem como elevar cada vez mais os níveis de protecção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, o Tribunal vem fazendo uma

interpretação evolutiva, dinâmica e progressiva dos seus preceitos, recorrendo se necessário à interpretação extensiva dos direitos consagrados e à interpretação restritiva das suas limitações, sempre em amplo diálogo com os outros sistemas de protecção de direitos humanos^{1,2}.

É interessante verificar o diálogo e a sintonia entre a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos e do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, o qual, desde o paradigmático Caso Maria da Penha tem uma jurisprudência riquíssima no âmbito da violência doméstica^{3 4}.

¹ Cristina M. Araújo Dias, A Jurisprudência do tribunal Europeu dos direitos do Homem e as novas formas de família, IJP – Revista Jurídica – n.º 15/2012, 35-48.

² 2020 Joint Law Report – African Court on Human and Peoples’ Rights – European Court of Human Rights – Inter-American Court Of Human Rights, acessível em https://www.echr.coe.int/Documents/Joint_Report_2020_AfCHPR_ECHR_IACHR_ENG.pdf

³ References to the Inter-American Court of Human Rights and Inter-American Instruments in the case-law of the European Court of Human Rights, acessível em https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_inter_american_court_ENG.pdf

⁴ O **Tribunal Interamericano de Direitos Humanos** tem produzido jurisprudência muito rica no âmbito da luta contra a violência doméstica, mormente na violência contra as mulheres.

A decisão proferida no âmbito do **processo 12.051 – Maria da Penha contra o Brasil** – é paradigmática.

Maria da Penha Maia Fernandes foi casada com Marco António Herédia Viveiros, tendo três filhas em comum, e, durante o tempo de vida em comum, aquele perpetrou inúmeras agressões contra a mulher e as filhas, que culminaram com a agressão de 29/05/1983, em que desferiu um disparo com uma arma de fogo sobre a sua mulher enquanto ela dormia, tendo Maria da Penha ficado paraplégica e com

Para tanto, o Tribunal não se fica pelo reconhecimento de que a Convenção tem efeitos verticais, mediante a imposição aos Estados de obrigações negativas ou de abstenção face aos particulares, mas reconhece que da Convenção nascem obrigações positivas para os Estados, de garantir o efectivo gozo pelos particulares dos direitos consagrados, se necessário mediante a adopção de medidas tendentes a assegurar a efectividade desses direitos mesmo nas relações entre particulares, conferindo assim um efeito horizontal à Convenção.

Assim, a violação dos direitos consagrados na CEDH e a responsabilização dos Estados pode resultar não apenas das condutas activas ou omissivas dos Estados relativamente aos particulares, mas também de o Estado não criar condições para que os particulares possam usufruir dos seus direitos,

98 muito outros traumas físicos e psíquicos. O agressor simulou um assalto para encobrir a agressão e depois de a vítima ter alta hospitalar e regressar a casa tentou novamente matá-la por electrocussão. Foi instaurado procedimento criminal contra o agressor, que em 28/09/1984 foi acusado, mas só em 04/05/1991 foi condenado numa pena de 10 anos de prisão. Tendo havido recurso e um segundo julgamento, o arguido foi novamente condenado numa pena de 10 anos e seis meses de prisão, por decisão datada de 15/03/1996, da qual foi novamente instaurado recurso. O Tribunal Interamericano de Direitos Humanos condenou o Estado brasileiro, considerando que a violação dos direitos da requerente Maria da Penha teve lugar com o apoio ou pelo menos a tolerância dos poderes públicos, que não protegeu a vítima das agressões de que foi vítima e não actuou com a necessária diligência para investigar e punir o crime de que foi vítima num prazo razoável: “*Por lo expuesto, la Comisión considera que en este caso se dan las condiciones de violencia doméstica y de tolerancia por el Estado definidas en la Convención de Belém do Pará y existe responsabilidad del Estado por la falta de cumplimiento del Estado a sus deberes establecidos en los artículos 7(b), (d), (e) (f) y (g) de esa Convención, en relación a los derechos por ella protegidos, entre ellos, a una vida libre de violencia (artículo 3), a que se respete su vida, su integridad física, psíquica y moral y su seguridad personal, su dignidad personal, igual protección ante la ley y de la ley; y a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos (artículos 4(a), (b), (c) (d), (e), (f) y (g)).*” – Relatório n.º 54/01 – CASO 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes E Brasil, de 4 de abril de 2001, acessível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>

No seguimento desta decisão, o Brasil, em 07 de Agosto de 2006, promulgou a Lei n.º 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, relativa à prevenção e repressão da violência doméstica e familiar contra a mulher, onde são acolhidas todas as recomendações do Tribunal.

ou não prevenir e reprimir violações desses direitos por particulares.

II. Breve reflexão sobre a actividade jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no domínio da violência doméstica e de género

O TEDH demonstra uma profícua actividade jurisprudencial no domínio da violência doméstica, da violência e género e da violência contra as mulheres, dando efectividade à Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adoptada em Istambul, a 11/05/2011, que enquadra principalmente no âmbito dos direitos à vida, à proibição da tortura, ao respeito pela vida privada e familiar e à proibição de discriminação, consagrados nos artigos 2.º, 3.º, 8.º e 14.º, da CEDH⁵ 6.

⁵ Eugenia López-Jacoiste Díaz, *Violencia doméstica y malos tratos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Anuario Español de derecho internacional, ISSN 0212-0747, No 25, 2009, páginas 383-411.

⁶ Artigo 2º
(direito à vida)

1 – O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei

Artigo 3º
(Proibição da tortura)

Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes

Artigo 8º
(Direito ao respeito pela vida privada e familiar)

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem – estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Artigo 14º
(Proibição de discriminação)

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fun-

O direito à vida plasmado no artigo 2.º da CEDH é um dos valores fundamentais do Conselho da Europa e dos seus Estados membros⁷. Este direito impõe-se aos Estados e aos particulares. Por outro lado, deste artigo decorre para os Estados uma obrigação positiva, que implica o dever de tomarem as medidas necessária à defesa e protecção da vida e de investigarem e punirem qualquer atentado contra a vida, sendo que o Tribunal faz um controlo estrito dos motivos invocados para excepcionar a incriminação ou perseguição criminal de quaisquer atentados à vida humana (Casos *Mac Cann* e outros c. Reino Unido, de 27/09/1995 e *Pretty* c. Reino Unido, de 29/04/2002).

O Tribunal não definiu ainda o conceito de vida, nem quanto ao momento e às condições em que tem início (escusando-se a pronunciar-se sobre a existência de um direito ao aborto ou de um direito à vida intra-uterina, reconhecendo aos Estados membros uma larga margem de apreciação – Caso *Open door* e *Dublin Well Woman* c. Irlanda, de 29/10/1992), nem relativamente à protecção do final da vida, embora não reconheça um direito a morrer ou ao suicídio assistido (*Pretty* c. Reino Unido, de 29/04/2002).

O artigo 3.º contém uma proibição e uma garantia absoluta contra a tortura e as penas e tratamentos desumanos ou degradantes. Tal como o direito à vida, esta interdição não pode ser objecto de nenhuma limitação ou derrogação por parte dos Estados membros. Na jurisprudência do TEDH (veja-se, por exemplo, o Caso *Bouyid* c. Bélgica, de 28/09/2015), é pacífico que, para se enquadra-

rem nesta norma, os maus tratos devem atingir um nível mínimo de gravidade, que deve ser avaliada atendendo a todas as circunstâncias do caso, como a sua duração e os seus efeitos físicos ou mentais e, em alguns casos, o sexo, idade e estado de saúde da vítima, bem como o propósito pelo qual os maus tratos foram infligidos, juntamente com a intenção ou motivação, embora a ausência de intenção de humilhar ou rebaixar a vítima não seja por si só suficiente para excluir conclusivamente a sua verificação. Os maus tratos que atingem esse nível mínimo de gravidade geralmente envolvem lesões corporais ou intenso sofrimento físico ou mental, mas, mesmo na ausência desses aspectos, quando o tratamento humilha ou rebaixa o indivíduo, demonstra desrespeito ou diminui a sua dignidade humana, ou desperta sentimentos de medo, angústia ou inferioridade capazes de romper a resistência moral e física da pessoa, pode ser caracterizado como degradante e também se enquadrar na proibição prevista no artigo 3.º. Pode ainda ser suficiente que a vítima seja humilhada aos seus próprios olhos, mesmo que não aos olhos dos outros.

Para o Tribunal, o direito ao respeito pela vida privada e familiar, previsto no artigo 8.º, inclui a defesa da integridade física e psíquica dos indivíduos. Como refere Susana Almeida, “o art. 8.º (...) concede assento convencional ao direito ao respeito pela vida privada e familiar e apresenta como objectivo essencial impedir a ingerência arbitrária das autoridades públicas na esfera pessoal e familiar do indivíduo”.⁸ “Mas o Tribunal, apoiado no vocábulo “respeito”, tem reafirmado continuamente que, para garantir o exercício do direito ao respeito pela vida privada e familiar, este preceito faz impender

dadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

⁷ Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*, 3ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

⁸ Susana Almeida, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, p. 63/64.

sobre o Estado não apenas as tradicionais obrigações negativas, que se consubstanciam num dever de abstenção de ingerência activa na vida privada e familiar, mas também obrigações positivas, que se traduzem num dever de adopção de medidas tendentes a assegurar o exercício efectivo do direito em análise, em homenagem ao princípio da efectividade.

De facto, uma vez que é necessário assegurar a efectividade do direito ao respeito pela vida privada e familiar, a obrigação positiva afigura-se aos órgãos de Estrasburgo como “inerente” ao direito a garantir⁹. O TEDH entende que o artigo 8.º protege o indivíduo contra ingerências arbitrarias das autoridades públicas, mas também prevê obrigações positivas para assegurar o efectivo respeito pela vida privada e familiar, podendo essas obrigações envolver a adopção de medidas tendentes a assegurar a protecção efectiva, em particular das pessoas vulneráveis, como o são as vítimas de violência doméstica.

O artigo 14.º proíbe a discriminação e consagra e reconhece o direito à igualdade. Este direito não tem uma existência independente, embora tenha autonomia, pelo que deve ser apreciado conjuntamente com outros direitos consagrados na Convenção, podendo ser constatada a sua violação sem que se verifique a violação dos direitos a que fora associado. A igualdade deve ser assegurada sem quaisquer distinções, mas isso não impede as discriminações positivas, tendentes a corrigir desigualdade de facto. Depois do Caso Thlimmenos c. Grécia, de 06/04/2000, o TEDH passou a entender que esta norma permite a condenação de um Estado que não aplique um tratamento diferente às pessoas colocadas em situações sensivelmente diferentes.

Interpretando e aplicando o artigo 14.º, Tribunal tem reiteradamente afirmado que a discriminação consiste em tratar de maneira diferente pessoas em situação semelhante, sem justificação objectiva e razoável. Medidas aparentemente neutras podem ter efeitos prejudiciais desproporcionados sobre determinados grupos de pessoas e ser, por isso, discriminatórias. O Tribunal admite e impõe discriminações positivas, como forma de alcançar a igualdade entre todos, destinando-se a diferença de tratamento a corrigir desigualdades, por exemplo em razão de género, devendo os meios utilizados ser adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito.

O Tribunal reconhece a violência doméstica como um problema de violação de direitos humanos desde o caso *Kontrova c. Eslováquia*, de 31/05/2007, além de constituir uma forma de discriminação contra as mulheres (casos *Opuz e Turquia*, de 09/06/2009, *Durmaz e Turquia*, de 13/11/2014, *Tërshana e Albania*, de 04/08/2020, *Talpis e Itália*, de 02/03/2017, *Volodina e Rússia*, de 09/07/2019, *Tunikova e outros e Rússia*, de 14/12/2021), que, além de poder violar ou fazer perigar o direito à vida, consagrado no artigo 2.º, da CEDH, é susceptível de consubstanciar uma forma de tratamento desumano e degradante, sendo, assim, merecedora da tutela do artigo 3.º, da Convenção.

Nos casos menos graves de violência doméstica, o Tribunal de Estrasburgo faz apelo ao artigo 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar), e, também, já considerou haver violação conjunta dos artigos 3.º e 8.º (Casos *E.S. e outros e Eslováquia*, de 15/09/2009, *Eremia e outros e República da Moldávia*, de 28/05/2013 e *Buturugã e Roménia*, de 11/02/2020), sendo que a proibição de discriminação, do artigo 14.º surge ainda associada a todos aqueles normativos.

⁹ Susana Almeida, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, p. 87 e 88.

OTEDH desenvolveu uma definição de violência doméstica muito ampla, que vem desde o caso Opuz e Turquia, de 09/06/2009, e que ainda hoje se mantém actual: “[T]he issue of domestic violence, which can take various forms ranging from physical to psychological violence or verbal abuse ... is a general problem which concerns all member States and which does not always surface since it often takes place within personal relationships or closed circuits and it is not only women who are affected. The [European] Court [of Human Rights] acknowledges that men may also be the victims of domestic violence and, indeed, that children, too, are often casualties of the phenomenon, whether directly or indirectly”.

Como sintetizou no Caso Levchuk e Ucrânia, de 03/09/2020, a violência doméstica transcende as circunstâncias de um caso individual, sendo um problema geral que afecta, em grau variável, todos os Estados membros, e que nem sempre vem à tona, pois muitas vezes ocorre dentro de relações pessoais ou circuitos fechados, sendo que, embora possa afectar mais frequentemente as mulheres, os homens também podem ser vítimas, assim como as crianças, directa ou indirectamente.

Na jurisprudência do TEDH, a violência doméstica pode assumir as mais variadas formas, incluindo violência física, sexual, económica, emocional ou verbal, manifestações de comportamento controlador e coercivo, perseguição e assédio, quer ocorram fisicamente ou no ciberespaço (Caso Tunikova e outros e Rússia, de 14/12/2021).

No caso Buturuga e Roménia, de 11/02/2020, o Tribunal, pela primeira vez, abordou o fenómeno do cyberbullying como um aspecto da violência contra as mulheres, pois estava em causa, além do mais, violação de privacidade por computador, in-

trusão no computador da vítima e captura, partilha e manipulação de dados e imagens, incluindo dados íntimos, o que voltou a suceder no caso Volodina e Rússia (2), de 14/09/2021.

Nos Casos Tunikova e outros e Rússia e Volodina e Rússia, o Tribunal reconheceu a relevância e autonomia dos comportamentos controladores e coercivos, na sequência do que já tinha feito no Caso Eremia e República da Moldávia, de 28/05/2013.

Podendo embora haver uma única situação, o TEDH reconhece não ser esse o padrão habitual da violência doméstica e, por isso, adverte para se considerarem as condutas, não isoladamente, mas sim como uma única conduta ou uma série de incidentes relacionados (casos Valiulienė e Lituânia, de 26/03/2013, Volodina e Rússia, de 09/07/2019, Tunikova e outros e Rússia, de 14/12/2021).

Para o Tribunal de Estrasburgo, a protecção contra a violência doméstica deve incluir todos os actuais e ex-membros de uma família ou unidade doméstica e actuais e ex-cônjuges, companheiros ou namorados, quer vivam sob o mesmo tecto ou separados, e independentemente de o relacionamento estar ou não formalizado (casos A. e Croácia, de 14/10/2010, Kaluczka e Hungria, de 24/04/2012, D.P. e Lituânico, de 22/10/2013 e Tërshana e Albânia, de 04/08/2020 e Levchuk e Ucrânia, de 03/09/2020. Tunikova e outros e Rússia, de 14/12/2021). No Caso Tunikova e outros e Rússia, de 14/12/2021, a Corte realça a esse respeito a posição do Comité CEDAW, de que, desde que a violência contra um ex-cônjuge ou parceiro tenha origem numa relação anterior, o tempo decorrido desde o término do relacionamento é irrelevante, caso se mantenha a convivência (OG c. Federação Russa, Comunicação n.º 91/2015, § 7.4, de 06/11/2017).

Para beneficiarem da tutela do artigo 3.º, os maus tratos devem assumir um mínimo de gravidade, tendo em conta muitos factores, incluindo a natureza, contexto, duração e efeitos físicos e mentais, mas também o sexo da vítima e a relação entre a vítima e o agressor. Apesar desse nível mínimo de gravidade geralmente envolver lesão corporal efectiva ou intenso sofrimento físico ou mental, o Tribunal salienta que, mesmo na ausência desses aspectos, o comportamento que humilha ou rebaixa a pessoa, demonstre desrespeito ou diminua a sua dignidade humana, ou que desperte sentimentos de medo, angústia ou inferioridade capazes de quebrar a integridade moral e física ou a resistência da pessoa, também pode ser abrangido pela proibição prevista no artigo 3.º (como afirmou no Caso Valiulienė e Lituânia, n.º. 33234/07, de 26/03/2013, e reiterou em Volodina e Rússia, 9/07/2019 e Tunikova e outros e Rússia, de 14/12/2021¹⁰).

No caso Volodina e Rússia, o Tribunal deu como provado que a vítima teve medo, ansiedade e impotência, devido a ter sido submetida a vários e persistentes momentos de violência doméstica extrema, incluindo um soco no estômago, que motivou a que, estando grávida, tivesse de abortar, ciberviolência, mediante a publicação de fotografias privadas na internet, ter sido seguida através de GPS, ter sofrido ameaças de morte, ter ficado privada dos seus documentos e sofrido danos no seu veículo e sequestro, concluindo que os com-

portamentos controladores e coercivos do agressor foram suficientemente graves para equivaler a tratamento desumano no sentido do artigo 3.º da Convenção. Na opinião do Juiz português Paulo Pinto de Albuquerque, expressa neste caso e secundada pelo Juiz Dedov, o TEDH tarda em dar o passo de considerar as situações mais graves subsumíveis ao artigo 3.º como tortura e não simplesmente como tratamento desumano ou degradante, considerando que, neste caso concreto, a provação da vítima atende a todos os critérios para ser identificada como tortura e que qualquer subestimação do sofrimento é contrária à intenção do Tribunal de condenar todas as formas de violência doméstica e de exigir proactividade aos Estado no cumprimento da sua obrigação positiva de ultrapassar as desigualdades de género¹¹.

¹¹ “Domestic violence is torture

6. Despite the positive aspects mentioned above, it is crucial to pinpoint three areas in which my opinion diverges from that of the majority. It is unquestionable that the psychological and physical pain endured by the applicant falls within the category of Article 3 treatment. Article 3, however, is distinguished by thresholds of severity and the intention and purpose behind the perpetrator’s and complicit State’s actions – or inaction, with regard to the latter. In Ireland e United Kingdom, the Court distinguished torture from inhuman or degrading treatment by establishing that torture consists of “deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering.”

7. In my view, the applicant’s ordeal as described in this judgment meets all the criteria for being identified as torture. The majority refer to feelings of fear, anxiety and powerlessness, as well as being subjected to controlling and coercive behaviour, which trigger the application of Article 3. This summary is a tame expression of what the applicant endured. She was subjected to multiple and persistent instances of extreme domestic violence, including a punch to her stomach, which in fact led to medical advice that she should induce the abortion of her unborn baby. She was further psychologically taunted through the publication of private photographs, the finding of what was believed to be a GPS tracker inside her purse, threats to kill her – which S. attempted to substantiate by damaging her car – and abduction from her city of residence.”

8. According to General Comment 2 of the UN Committee against Torture, the State’s systematic omission, consent or acquiescence of privately inflicted harm raises concerns under the Convention against Torture, a Convention that enjoys *jus cogens* status and is deemed as upholding principles of customary international law. [19] Not only did the majority cite the CEDAW Committee’s concerns regarding violence against women, particularly within the domestic sphere, it also included the concluding observations of the UN CAT Committee for the Russian Federation in 2012, which explicitly expressed concern regarding violence against women, on account of the lack of reported complaints by the Russian authorities “despite

¹⁰ “ 73. The Court reiterates that in order for ill-treatment to fall within the scope of Article 3 it must attain a minimum level of severity. An assessment of whether this minimum has been attained depends on many factors, including the nature and context of the treatment, its duration, and its physical and mental effects, but also the sex of the victim and the relationship between the victim and the author of the treatment. Ill-treatment that attains such a minimum level of severity usually involves actual bodily injury or intense physical or mental suffering. However, even in the absence of these aspects, treatment which humiliates or debases an individual, showing a lack of respect for or diminishing his or her human dignity, or which arouses feelings of fear, anguish or inferiority capable of breaking an individual’s moral and physical resistance, may also fall within the prohibition set forth in Article 3 ”

Também o Juiz Serguides foi de opinião de que o Tribunal deveria ter classificado os maus tratos como tortura, recordando que, para o Tribunal, a proteção dos direitos humanos e liberdades funda-

numerous allegations of many forms of violence against women”, as well as “reports that law-enforcement officers are unwilling to register claims of domestic violence ...” and the “absence in the State party’s law of a definition of domestic violence...”. [20] According to the CAT Committee, these concerns fell under Articles 1, 2, 11, 13 and 16 of the Convention Against Torture, the first two articles of which explicitly set out the definition of torture and the obligation of State Parties to take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture. The message is clear. When severe forms of pain and suffering are deliberately inflicted on a person, this must be identified as torture. It is furthermore a matter of consistency that a ‘gender-sensitive interpretation and application’ of the Convention acknowledges the gravity and effect of persisting patterns of domestic violence on women and other categories of vulnerable persons. The United Nations Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment has similarly warned about the tendency to downplay gender-based crimes of violence against women. [21] The Special Rapporteur further emphasised that the use of a “gender-sensitive lens” [22] should counteract any attempt to downplay the suffering of women by ascribing the title of ‘ill-treatment’ instead of ‘torture’. It is imperative that the Court does not fall in the trap of undermining its own gender-sensitive approach through the non-recognition of torture when it is faced with a situation that clearly amounts to it.

9. *In the present case, the applicant faces revengeful action from S., who deliberately seeks to punish her for leaving him. In fear of his reprisals actions, she left her home town to resettle in the capital city. She currently lives under a new identity, which demonstrates the gravity of the threats she was facing. She cannot simply resume her old life. In the light of the accumulation of cruel and inhuman circumstances, there appears to be a disconnect between the reports on gender-based violence in Rússia, the actual circumstances of this case – which give tangible form to the statistical evidence – and the fact that the Court is reluctant to take a strong stand in identifying the appropriate title for what the victim endured. The distinction between torture and inhuman treatment is crucial in the context of domestic violence. If the State faces condemnation for allowing its women to be submitted to torture, the positive obligation to protect is even more stringent. Furthermore, the State will be held to a higher standard when it comes to awarding damages and appropriate reparations to the victim. This is precisely the reason why I was also unable to subscribe to the amount of compensation awarded to the applicant in the present case. 10. Taking into account all of the circumstances of the case, which display an accumulation of aggravating factors of harmful masculinity leading to the grave infringement of the applicant’s dignity and physical and psychological integrity, as well as the purposive conduct of the perpetrator, I wonder what more is needed to reach a finding of torture under Article 3. [23] Once torture is identified, it need not be compared to even worse instances of torture, which undeniably exist. In the case at hand, the elements of torture were clearly fulfilled. Any understatement of suffering is contrary to the intention of the Court to condemn all forms of domestic violence and to demand a proactive State which complies with its positive obligation to act in a manner which counteracts persisting gender inequalities.”*

In Separate Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Joined by Judge Dedov, Case of Volodina e Rússia, (Application no. 41261/17, 9 July 2019, acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-194321%22%5D%7D>}}

mentais deve seguir um padrão progressivamente mais elevado, e que actos classificados no passado como tratamentos desumanos e degradantes podem ser posteriormente considerados como tortura.

Desde longa data que o Tribunal insiste que a privacidade da família não pode ser usada para justificar a inacção das autoridades perante situações de violência no seu seio, pois os interesses da família não se podem sobrepor aos interesses individuais dos seus membros e o Estado não se deve abster de intervir, mas, pelo contrário, tem um dever de proteger as vítimas (casos Bevacqua e S. e Bulgária, de 12/06/2008, Opuz e Turquia, de 09/06/2009, A. e Croácia (n.º 55164/08), de 14/10/2010, Volodina e Rússia, de 09/07/2019 e Tunikova e outros e Rússia, de 14/12/2021).

Tão pouco o tribunal aceita justificações de cariz cultural para a não intervenção dos Estados, afirmando que a violação de direitos humanos está para além da pluralidade cultural e que a cultura, os costumes, a religião, a tradição ou a pretensa “honra” não a podem justificar em caso algum (Casos Opuz e Turquia, de 09/06/2009, Eremia e outros e a República da Moldávia, de 28/05/2013, M.G. e Turquia (no. 646/10), de 22/03/2016, Chalime Kılıç e Turquia, de 28/06/2016)¹².

No caso Tunikova e outros e Rússia, de 14/12/2021, o Tribunal reconheceu que a violência doméstica é um fenómeno complexo que afecta todas as camadas sociais e ocorre numa variedade de formas, intensidades e dinâmicas, muitas vezes invisível para estranhos e oculto às autoridades, aproveitando para, mais uma vez realçar o facto de as mulheres serem desproporcionalmente vítimas deste flagelo. O Tribunal salientou ser necessário

¹² Eugenia López-Jacoiste Díaz, *Violencia domestica y malos tratos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Anuario español de derecho internacional, vol. XXV (2009), pp. 383-411.

e urgente combater esta forma de discriminação, impondo-se às autoridades nacionais, e, no caso concreto, às autoridades russas, que criem condições para uma igualdade de gênero substantiva, que permita às mulheres viverem sem medo de serem maltratadas e beneficiarem de igual protecção.

Para tanto, exortou os Estados a incriminarem autonomamente a violência doméstica e a adotarem uma definição legal suficientemente abrangente para abarcar todas as suas variantes possíveis. Como explicitou nos Casos Volodina e Rússia, de 09/07/2019 e Tunikova e outros e Rússia, de 14/12/2021, para o TEDH, os Estados têm a obrigação de estabelecer um quadro jurídico adequado à protecção contra os maus tratos perpetrados no contexto familiar ou doméstico, incluindo nas relações íntimas, o que implica que o crime de violência doméstica seja autonomizado perante outros crimes, nomeadamente os crimes contra a vida ou contra a integridade física, tenha natureza pública e prazos de prescrição suficientemente largos, sem que recaia sobre a vítima o ónus de desencadear o procedimento, carrear provas, acusar ou sustentar a acusação em julgamento.

Ainda no caso Tunikova e outros e Rússia, notou o TEDH a necessidade de haver uma mudança nas atitudes e nos procedimentos por parte dos operadores judiciais, visto a violência contra as mulheres ser *under-reported and under-recorded* e haver uma menor garantia de que tais processos conduzam a uma condenação relativamente aos processos relativos a violência perpetrada noutros contextos.

O TEDH faz assim uma interpretação e aplicação das disposições da Convenção sensível ao gênero, reconhecendo a existência de uma desigualdade estrutural e sistêmica na sociedade e na família, assente no gênero e que contextualiza a violência

doméstica, de onde decorre para os Estados uma obrigação positiva de proteger as mulheres, de forma a alcançar uma igualdade de gênero efectiva e substantiva, que responda às vulnerabilidades específicas das vítimas, o que justifica a transferência do ónus da prova da vítima para o Estado demandado.

Para concluir pela existência de uma efectiva discriminação baseada no gênero, o Tribunal tem-se bastado com as provas apresentadas pelos requerentes e apoiado em dados estatísticos e em elementos disponibilizados por organizações não governamentais, assim como em legislação nacional e internacional específica, incluindo direito consuetudinário e convencional (CEDAW, Convenção de Istambul, Convenção de Belém do Pará, jurisprudência, informações e relatórios provenientes do Relator Especial das Nações Unidas sobre Violência contra a Mulher, do Comité CEDAW, do GRECO, da Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, da Comissão Interamericana, entre outros).

O TEDH insiste na necessidade de assegurar direitos práticos e eficazes, bem como de adaptar a resposta das autoridades aos casos concretos, conforme explicou no caso Opuz e Turquia e reiterou no caso Association Innocence en Danger and Association Enfance et Partage e França, de 04/06/2020, em que estava em causa uma situação de maus tratos perpetrados pelos pais contra o seu filho, causando-lhe a morte, e que o Tribunal enquadrou conjuntamente nos artigos 3.º e 13.º.

No que concerne à prevenção, considera que os Estados têm a obrigação de tomar as medidas necessárias, adequadas e suficientes para evitar um risco real e imediato de maus tratos, o que implica celeridade em todos os procedimentos, incluindo na aplicação de medidas destinadas à protecção das vítimas e/ou medidas cautelares relativamente aos agressores, que podem ser privativas da liberdade ou não.

No caso Kurt e Áustria (§ 161 e seguintes) e Tunikova e outros e Rússia (§ 104 e seguintes), o Tribunal esclareceu o alcance da obrigação positiva do Estado de prevenir o risco de violência recorrente no contexto de abuso doméstico. Em primeiro lugar, as autoridades domésticas são obrigadas a responder imediatamente às denúncias de violência doméstica e a tratá-las com especial diligência, uma vez que qualquer inação ou atraso priva a denúncia de qualquer utilidade.

Ao avaliar o imediatismo do risco, as autoridades devem levar em consideração as características específicas dos casos de violência doméstica, como ciclos consecutivos de violência, muitas vezes com aumento da frequência, intensidade e perigo ao longo do tempo. Em segundo lugar, as autoridades têm o dever de realizar uma avaliação de risco autónoma, proativa e abrangente. As autoridades não devem confiar apenas na percepção de risco da vítima, mas complementá-la com a sua própria avaliação, de preferência usando instrumentos de avaliação de risco e recolhendo e avaliando informações sobre todos os factores de risco relevantes. Essa avaliação do risco deve ser documentada e comunicada a todos os operadores judiciais e à própria vítima, a quem deve ser dado aconselhamento sobre as medidas de protecção legais e operacionais disponíveis. Em terceiro lugar, uma vez identificado o risco para uma vítima de violência doméstica, as autoridades devem tomar, o mais rápido possível, medidas operacionais preventivas e de protecção adequadas e proporcionais ao risco, com coordenação entre as várias autoridades, incluindo rápida troca de informações.

Nesta questão, não pode deixar de se atender à opinião manifestada pelo Juiz Paulo Pinto de Albuquerque no Caso Valiulienė e Lituânia, de 26/03/2013 e reiterado no Volodina e Rússia, de

09/07/2019, de que a obrigação positiva dos Estados de prevenir e proteger as vítimas de violência doméstica não pode ser avaliada à luz do teste Osman (Caso *Osman e o Reino Unido*, no. 23452/94, § 116, de 28/10/1998), pois estar-se-ia a legitimar uma actuação tardia, devendo exigir-se que o Estado actue em caso de risco real e presente (e não apenas imediato ou eminente), ou seja, a acção ou omissão do Estado deve ser avaliada numa janela temporal mais ampla, a partir do momento em que o risco de violência doméstica está presente, mas ainda não eminente, pois só assim será possível uma adequada protecção da vítima¹³. Uma actuação desencadeada quando o risco se torna eminente pode ser tardia.

A preocupação deste Juiz materializou-se no caso Kurt e Áustria, de 15/06/2021 (Grand Cham-

¹³ “The reviewed Osman test in domestic violence

One of the most problematic aspects of the State's positive obligation is the definition of the exact ambit of its duty to prevent and protect. The Court has developed the so-called Osman test, which normally assesses if the authorities knew, or ought to have known at the time, of the existence of real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk. Put simply, the State answers for the wrongful conduct of non-State actors when their conduct was foreseeable and avoidable by the exercise of State powers. [20] The heart of the dispute in the current case lies in the adequateness of this standard to the particular situation of domestic violence. Realistically speaking, at the stage of an “immediate risk” to the victim it is often too late for the State to intervene. In addition, the recurrence and escalation inherent in most cases of domestic violence makes it somehow artificial, even deleterious, to require an immediacy of the risk. Even though the risk might not be imminent, it is already a serious risk when it is present. A more rigorous standard of diligence is especially necessary in the context of certain societies, like Lithuanian society, which are faced with a serious, long-lasting and widespread problem of domestic violence. Thus, the emerging due diligence standard in domestic violence cases is stricter than the classical Osman test, in as much as the duty to act arises for public authorities when the risk is already present, although not imminent. [21] If a State knows or ought to know that a segment of its population, such as women, is subject to repeated violence and fails to prevent harm from befalling the members of that group of people when they face a present (but not yet imminent) risk, the State can be found responsible by omission for the resulting human rights violations. The constructive anticipated duty to prevent and protect is the reverse side of the context of widespread abuse and violence already known to the State authorities.”

ber)¹⁴, em que uma criança foi morta pelo pai, invocando a requerente ter informado as autoridades do seu temor pela vida do filho e que estas não actuaram de forma a acautelar o perigo. Embora o Tribunal se tenha pronunciado pela não violação do artigo 2.º da Convenção, considerando que a Áustria demonstrou a necessária diligência para responder com celeridade à denúncia de violência doméstica e atendeu devidamente ao contexto específico do caso, não pode deixar de se atender às opiniões discordantes dos Juizes Turković, Lemmens, Harutyunyan, Elósegui, Felici, Pavli and Yüksel¹⁵. Com efeito, neste caso, como salientam estes juizes, o Tribunal definiu adequadamente o conceito de risco eminente, considerando a importância de atender ao contexto específico da violência doméstica e a sua trajetória comum de escalada, que constituem aspectos distintivos relativamente a outras situações em que é aplicável o teste Osman, mas acabou por não retirar as consequências que se impunham ou seja, que, no caso concreto, as medidas tomadas se revelaram desadequadas e insuficientes, pois, embora o risco real e eminente para o vida fosse suficientemente discernível, não fizeram uma adequada avaliação do risco, tendo em conta o contexto particular da violência doméstica, motivo pelo qual não conseguiram evitar o trágico desfecho. De notar ainda a

opinião discordante do Juiz Elósegui, a salientar a importância de se atender ao contexto cultural na apreciação dos casos de violência doméstica e em especial na avaliação do risco¹⁶.

O Tribunal de Estrasburgo também considera que os Estados têm obrigação de realizar uma investigação efectiva quando uma alegação discutível de maus-tratos é arquivada (Casos Bevacqua e S., § 65; Opuz e Turquia, § 144-45 e 162-65; Eremia, § 49-52 e 56; Valiulienė, § 74-75; Rumor e Itália, n.º 72964/10, § 63, de 27/05/2014; Talpis e Itália, n.º 41237/14, § 100-06, de 02/03/2017; e Bălșan e Roménia, n. 49645/09, § 57, de 23/05/2017).

Desde o caso Opus, o Tribunal alerta para a necessidade de as penas serem adequadas à gravidade dos factos, justificando a aplicação de penas de prisão efectivas, sendo desejável a aplicação, conjugada com a pena principal, de medidas preventivas adicionais, incluindo programas de intervenção e tratamento preventivos visando a cessação das agressões e a ressocialização dos agressores e ainda medidas directamente destinadas a proteger as vítimas ou a lidar com suas vulnerabilidades, garantindo a remoção física do agressor do espaço compartilhado e impedindo que o agressor entre ou tente entrar em contacto com a vítima por qualquer meio (Caso Volodina §§ 58).

III. Conclusões

Em suma, podemos concluir que o Tribunal de Estrasburgo tem um jurisprudência muito relevante e que deve ser tomada como critério orientador pelos Estados. A desigualdade de gênero, estrutural e sistémica, que ainda persiste, na sociedade e na família, na Europa e no resto do

In Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Case of Valiulienė E Lituânia (Application no. 33234/07), 26 March 2013, acessível em

<https://hudoc.echr.coe.int/eng/#%7B%22languageisocode%22:%5B%22EN-G%22%5D,%22appno%22:%5B%2233234%2F07%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-117636%22%5D%7D>

¹⁴ Caso Kurt e Austria, 15 June 2021 (Grand Chamber), acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng/#%7B%22itemid%22:%5B%22001-210463%22%5D%7D>

¹⁵ Joint Dissenting Opinion of Judges Turković, Lemmens, Harutyunyan, Elósegui, Felici, Pavli And Yüksel, caso Kurt e Austria, de 15 June 2021 (Grand Chamber), acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng/#%7B%22itemid%22:%5B%22001-210463%22%5D%7D>

¹⁶ Dissenting Opinion of Judge Elósegui, caso Kurt e Austria, de 15 June 2021 (Grand Chamber), acessível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng/#%7B%22itemid%22:%5B%22001-210463%22%5D%7D>

Mundo, enquadra o flagelo da violência doméstica e não pode nem deve ser escamoteada, impondo-se aos Estados uma obrigação positiva de proteger todas as vítimas (que são sobretudo mulheres, mas também crianças e homens).

De salientar a distinção entre casos mais graves e menos graves (cuja graduação não se liga apenas à conduta, mas ainda ao impacto para as vítimas e aos bens jurídicos atingidos), e a sua integração em normativos diferenciados, sendo os casos menos graves enquadrados no artigo 8.º, que protege a integridade física e psíquica no contexto da vida privada e familiar, e os casos mais graves no artigo 3.º, por configurarem tratamentos desumanos ou degradantes, ou mesmo, como defende Paulo Pinto de Albuquerque, tortura.

Na óptica do Tribunal, os legisladores nacionais têm de definir de forma rigorosa e vigorosa o quadro legal da violência doméstica, o que pressupõe a existência de incriminações autónomas, amplas e abrangentes que integrem todas as variantes possíveis, tendo em conta as condutas (incluindo violência física, sexual, económica, emocional ou verbal, manifestações de comportamento controlador e coercivo, perseguição e assédio, quer ocorram fisicamente ou no ciberespaço), a ligação entre agressor e vítima (todos os actuais e ex-membros de uma família ou unidade doméstica e actuais e ex-cônjuges, companheiros ou namorados, quer vivam sob o mesmo tecto ou separados) e o contexto (familiar ou doméstico).

As penas devem adequar-se à gravidades das condutas, o que não exclui a prisão efectiva, sem descuidar a ressocialização dos agressores (através de programas para agressores que previnam a ocorrência de novos casos e promovam a ressocialização) e a protecção das vítimas (garantindo a remoção física do agressor do espaço compartilhado e impedindo que o agressor entre ou tente entrar em contacto com a vítima por qualquer meio).

As incriminações devem ter natureza pública e a acção penal deve estar sujeita a estritos critérios de legalidade, afastando critérios de oportunidade com fundamento na privacidade da família ou no contexto cultural, de forma a que todas as notícias de crime dêem origem a um processo criminal, sem que recaia sobre a vítima o ónus de desencadear o procedimento, carrear provas, acusar ou sustentar a acusação em julgamento.

Devem estar previstas mediadas cautelares e formas de avaliação do risco de maus tratos, sendo certo que, embora o Tribunal exija que os Estados actuem em caso de risco real e imediato, parece mais prudente e adequado a esta forma de criminalidade que se exija antes um risco real e presente, como defende o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque.

Finalmente, impõe-se a todos os profissionais, incluindo entidades policiais e judiciárias, que sejam especialmente habilitados, privilegiando na sua actuação mais a prevenção do que a repressão e estejam atentos a todos os sinais de perigo, sem descuidar nenhum caso, mesmo os aparentemente menos graves.

