

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



20 ANOS
Centro de
Direito da
Família

Ano 20 - n.º 39 - 2023
Publicação Semestral

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA





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 20 — n.º 39 — Janeiro a Junho 2023

Execução Gráfica

Ana Paula Silva

ISSN 1645-9660

Dépósito Legal: 209 492/2004

Inscrição na ERC 127769

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

Sumário

Doutrina

	Págs.
Guilherme de Oliveira <i>“Filhos de Cuco” — um episódio alemão</i>	5
Jordi Nieva Fenoll <i>O interrogatório de menores: uma “prova pericial” a evitar</i>	21
Catarina Zamith de Almeida <i>O Contributo de Menores nas Redes Sociais: O Caso da Plataforma YouTube LLC</i>	35
Patrícia Cruz <i>(Admissibilidade da) Responsabilidade civil na violação de deveres conjugais</i>	57
Juliana Amaral <i>O n.º 3 do artigo 1675.º do Código Civil e o conceito da culpa. À luz da Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro</i>	71

Jurisprudência Crítica

	Págs.
Carolina de Sousa Brito <i>A impugnação da perfilhação: o (des)respeito pelo direito à identidade pessoal — Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 308/2018 [Proc. n.º 411/2017]</i>	83

O que diz o Supremo

Fernanda Pereira	95
Seleção de sumários de acórdãos proferidos pelas secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça relevantes para o direito da família (2.º semestre de 2022)	103
Estatuto Editorial	121

“FILHOS DE CUCO”¹ — UM EPISÓDIO ALEMÃO

Guilherme de Oliveira

Professor Catedrático Jubilado

Palavras-chave: *Impugnação da paternidade. Investigação da paternidade biológica. Responsabilidade civil pelo estabelecimento de uma paternidade falsa. Restituição de alimentos prestados.*

Keywords: *Challenging paternity. Establishing biological paternity. Liability for establishing a false paternity. Restitution of sums payed as alimony.*

Resumo: *Decorrendo uma impugnação de paternidade falsa, porventura seguida de uma investigação de paternidade biológica, o texto refere-se a questões laterais de responsabilização civil e problemas de restituição de alimentos prestados, que podem emergir entre as partes interessadas.*

Abstract: *Rebutting legal presumption or challenging acknowledgement of paternity, sometimes followed by the establishment of biological paternity, may raise questions of liability and issues of restitution of sums payed as alimony, emerging between the concerned parties.*

1. As questões

A retroação dos efeitos da filiação significa que todo o conjunto de consequências jurídicas que são previstas por várias normas — e que não se produziram antes — produzem-se agora como se a filiação tivesse sido estabelecida desde o nascimento

¹ Os ovos de cuco são deixados e criados em ninhos de outras aves — cfr. <https://observador.pt/2014/06/21/cucos-deixam-os-ovos-em-ninhos-alheios-para-outros-criarem/>

Cfr., também, a entrada própria em Academia das Ciências de Lisboa, *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, Lisboa, Verbo, 2001.

Daqui vem a designação popular que se usou na Alemanha, a propósito dos casos judiciais sobre este tema; a designação técnica, naturalmente, não foi esta.

(artigo 1797.º, n.º 2, CCiv). Esta regra aplica-se, evidentemente, tanto para a constituição do estado de filho, quanto à extinção da relação constituída.

Pode imaginar-se que o pai suposto procure obter da mãe do filho uma indemnização pelos danos materiais e morais que sofreu com a verificação de uma coabitação sexual concorrente e com o estabelecimento e posterior eliminação do estatuto de pai. Também pode suscitar o desejo de restituição dos alimentos que pagou a quem, afinal, não era filho. Por fim, o estabelecimento da paternidade verdadeira poderia sobrevir imediatamente depois da impugnação procedente (art. 36.º CProcCiv) ou decorrer mais tarde. Nessas condições — em que o pai biológico assumiria o seu estatuto retroativamente (art. 1797.º, n.º 2) e assim podia, teoricamente, ser obrigado a pagar alimentos desde o nascimento — seria concebível que o “pai aparente” exercesse um direito de regresso pelo valor dos encargos que assumiu em lugar dele.

Estes problemas são conhecidos, naturalmente, em vários países². Já passaram levemente pelos

² Para consultar um resumo competente e relativamente atualizado do regime em vários países, cfr. Rainer FRANK, *Zur Verpflichtung einer Mutter, die Identität des Vaters preiszugeben*, «FamRZ», 2017, 3, p. 161-166, e concretamente p. 162-164.

tribunais portugueses³, e pela doutrina jurídica⁴. Mas o tema ganhou uma notoriedade especial no direito germânico, não só porque o Código civil (BGB) já continha alguma regulamentação⁵, mas também, e sobretudo, porque o Ministério da Justiça alemão apresentou ao Parlamento, em 2016, um Projeto de lei⁶ que desencadeou uma discussão rica e prolongada⁷.

2. As soluções

2.1 As regras gerais

No direito alemão — como no direito português — a paternidade pode ser *estabelecida* relativamente ao marido por força da lei, ou por um perfilhante, através de um reconhecimento voluntário extrajudicial⁸. Do estado civil que assim se constitui decorrem os efeitos que se podem considerar típicos nos sistemas jurídicos chamados ocidentais.

Também está aberta a *impugnação* da paternidade nas duas hipóteses; e, tal como em Portugal, a des-

truição do estado civil retroage até ao nascimento.

Ao exercitar com êxito a impugnação da paternidade, o pai aparente pode pretender responsabilizar civilmente a mãe do suposto filho pela prática de uma violação do contrato de casamento — na forma da violação do (tradicionalmente chamado) dever conjugal de fidelidade. E não será de estranhar que se convoquem ainda as regras gerais da boa-fé que norteiam, em geral, a vida de relação em sociedade.

Pode ainda querer pedir uma indemnização à mãe do suposto filho por lhe ter criado uma falsa convicção de paternidade, um dano referente ao desenvolvimento da sua personalidade sob a forma do direito a constituir família.

Por outro lado, o pai legal (que não era, afinal, o pai biológico) verifica que contribuiu em maior ou menor medida para a manutenção do filho legal (que não era seu filho biológico⁹) durante um período de tempo que pode ser curto ou muito extenso. E pode querer recuperar o dinheiro que investiu enquanto durou o engano sobre o vínculo de descendência em que acreditou. Pensará em agir contra o filho — a quem se destinavam os valores para manutenção — ou contra a mãe — a quem ele os entregou, sobretudo se não convivia com ela.

Numa segunda fase, o marido ou o perfilhante, depois da impugnação vitoriosa da paternidade estabelecida, podem esperar que se inicie uma *investigação* da paternidade biológica, que termine também com êxito. Se isto acontecer, eles podem pretender recuperar o que gastaram ao pagar alimentos ao suposto filho, através de um direito de regresso contra o pai biológico (*leibliche vater*) — que esteve sempre desaparecido do ponto de vista legal. Porém, a dificuldade está em que o marido,

³ Cfr., pelo menos, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25 de janeiro de 2006 (proc. 2498/05-2) acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/d743216ecfa7718e80257117005031bc?OpenDocument>; o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4 de outubro de 2021 (proc. 5246/18.2T8MTS.P1) acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/4a7fa2487ca71b40802582da0048aace?OpenDocument>; e o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28 de outubro de 2021 (proc. 942/20.7T8FAR.E1) acessível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/35608b5eb6a08a61802587840077b9fc?OpenDocument&Highlight=0,Restituição,de,alimentos%20>

⁴ J. Antunes VARELA, «RLJ», 119, p. 25; IDEM, *Código civil anotado*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 10; Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, 1.ª e 2.ª eds., Coimbra, Almedina, respet. 2020 e 2021.

⁵ § 1607, § 1613.

⁶ *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Scheinvaterregresses, zur Rückbenennung und zur Änderung des Internationalen Familienrechtsverfahrensgesetzes*, <https://dserver.bundestag.de/btd/18/103/1810343.pdf>

⁷ Sem prejuízo de ter caducado sem aprovação, tanto quanto sei — cfr. Hans-Ulrich MAURER, *Scheinvaterregress*, «FamRZ», 2019, 2, p. 95, nota 14.

⁸ Também pode ser estabelecida por decisão judicial, mas este meio é pouco relevante nesta primeira fase.

⁹ O “biologismo” ainda é, apesar de tudo, a matriz da filiação.

ou o perfilhante, que impugnou a sua paternidade, não tem legitimidade para iniciar uma ação de investigação contra um terceiro, com o propósito de que este seja declarado o pai real e legal. Sendo assim, qualquer deles tem de esperar que o filho ou a mãe intentem a ação, ou que o suposto pai real reconheça voluntariamente o filho; e pode não acontecer nada disto.

2.2 Responsabilização civil da mãe por adultério

a) No direito germânico

Em 2013¹⁰, o Tribunal de Justiça Federal rejeitou aplicar as regras da responsabilidade civil, com base na ideia de que *as perturbações do casamento estão fora dos negócios jurídicos e do direito comum* – devem ser resolvidas apenas com os meios específicos do direito da família¹¹. Designadamente, o direito de manter relações sexuais com quem quiser pertence a cada cônjuge, pois o Direito não deve imiscuir-se na esfera mais íntima da pessoa e condicionar dessa maneira o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade¹².

Não é para admirar que o Supremo Tribunal Federal se tenha pronunciado desta maneira, tendo em consideração que os sistemas jurídicos do espaço a que pertencemos têm recuado na intervenção regulamentadora do âmbito do Direito da Família. Sobretudo tratando-se do direito alemão, onde o

código civil já nem enuncia “deveres do casamento” com a extensão que encontramos facilmente em outros ordenamentos.

b) No direito português

Tem aplicação clara, neste caso, a doutrina que venho defendendo, na companhia de F. B. Pereira Coelho e de uma ampla doutrina estrangeira.

Nos termos do art. 1792.º, n.º 1, “o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”.

O intuito do art. 1792.º era o de afirmar que apenas são indemnizáveis as violações de direitos absolutos, nos tribunais onde se discute a responsabilidade civil extracontratual; os atos dos cônjuges ou ex-cônjuges serão irrelevantes pela qualidade dos sujeitos, e apenas serão relevantes enquanto atos de cidadãos que violam direitos de personalidade e direitos fundamentais de outros cidadãos. Dito por outras palavras, os comportamentos cuja ilicitude nasça do casamento, ou que só relevem a partir dele por ofenderem valores especificamente matrimoniais em vez de violarem direitos prévios de que toda a pessoa nasce titular, não suscitam responsabilidade civil contratual.

Dito isto, reitero que o art. 1792.º, n.º 1 (imperfeitamente formulado na época¹³), deve ser interpretado restritivamente – reduzido à responsabilidade delitual – e, deste modo, será a norma que afasta o princípio geral da responsabilidade civil por violações especificamente matrimoniais (“endofamiliares”) que não ofendam direitos de personalidade do lesado, como era o seu propósito; na verdade, a letra da lei excede as suas intenções.

Numa formulação interessante, o Tribunal Su-

¹⁰ Acessível em http://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal/t/19ke/page/bsjrsprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=10908&fromdoctodoc=yes&doc.id=jb-KORE305922013&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint

¹¹ Claudia MAYER, *Schadensersatzanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter für Unterhaltszahlungen an das Kuckuckskind*, «FamRZ», 2019, 22, p. 1841.

Por curiosidade, diga-se que esta não é a posição do Supremo Tribunal Austríaco que, num caso semelhante, condenou uma mulher a indemnizar o ex-marido pela violação do dever de lealdade que resulta do casamento.

¹² Claudia MAYER, *ob. cit.*, p. 1840.

¹³ O preceito devia ter sido formulado referindo claramente a responsabilidade extracontratual.

premo de Espanha, já em 1999 afirmava que “o dano moral gerado por um dos cônjuges pela infidelidade do outro não é suscetível de qualquer reparação económica”¹⁴. Os autores acabados de citar em nota também formulam a mesma ideia de um modo claro: entendem que a responsabilização por adultério — omitida pelas normas do Direito da Família — sugere a pressuposição que há uma lacuna que deve ser suprida pelas regras da responsabilidade contratual (já que se entende que o casamento é um contrato); porém, o silêncio do Direito da Família a respeito da responsabilidade civil neste tipo de conflitos não constitui uma lacuna, e antes “obedece a uma decisão de política coerente”¹⁵.

Este entendimento — apesar de corresponder às intenções claras da reforma portuguesa do divórcio, em 2008 — não tem sido seguido por parte da doutrina e pela jurisprudência¹⁶; cfr., porém, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28 de outubro de 2021, (proc. 942/20.7T8FAR.

E1)¹⁷, onde se lê: “[...] Na óptica deste Colectivo do Tribunal da Relação de Évora a responsabilidade da Ré funda-se não no acto de infidelidade e também não se visa sancionar a violação do direito à sua autodeterminação e liberdade sexual, que, à data poderiam justificar o divórcio e um pedido de indemnização pela ruptura do casamento, mas está antes simplesmente baseada na necessidade de reparação de prejuízos causados sem qualquer necessidade de apelar a sentimentos de moralidade dominante. Isto é a causa justificativa da atribuição da indemnização não radica na violação dos deveres de fidelidade e respeito nascidos com a celebração do casamento, mas sim no incumprimento de um dever geral de respeito e no desprezo de outros direitos de personalidade atribuídos ao Autor, que se mostram agravados pelo tempo de duração da conduta informativa omissiva, sendo que, na análise global de todo o enquadramento, como já se disse, a Ré tinha o perfeito conhecimento da paternidade não pertencida ao suposto pai do filho [...]”.

2.3 Responsabilização civil da mãe por falta de informação sobre a paternidade real.

a) No direito germânico

Na jurisprudência, teve curso a ideia de que a mãe tinha a obrigação de informar o marido ou o perfilhante de que não eram o pai biológico (*leibliche vater*), com base na *regra geral da boa-fé* (§242 BGB)¹⁸. Embora a prestação de informações sobre o facto de ter tido relações sexuais com outro ho-

¹⁴ Cfr. M. MARTÍN-CASALS y Jordi RIBOT, *Danos em Derecho de Familia: um passo adelante, dos atrás*, in «ADC», tomo LXIV, 2011, fasc. II, p. 515, acessível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3751322>; IDEM, *Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018*, acessível em https://www.academia.edu/44463858/Miquel_Martin_Casals_Jordi_Ribot_Igualada, p. 256.

¹⁵ *Danos em Derecho de Familia...*, cit., p. 528-30.

¹⁶ Para mais desenvolvimentos cfr. COELHO, F. Brito Pereira, *Deveres conjugais e responsabilidade civil — estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges*, «Revista de Legislação e de Jurisprudência», ano 147.º, n.º 4006, Set-Out., 2017, p. 54-67; DIAS, Cristina, *Responsabilidade civil entre os cônjuges — o afastamento da fragilidade da garantia e o papel dos Tribunais*, <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.8>; OLIVEIRA, Guilherme de, *A nova lei do divórcio*, «Lex Familia» Revista Portuguesa de Direito da Família, ano VII, n.º 13, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2010, p. 5-32, p. 22; Id, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, «Lex Familia», Revista portuguesa de Direito da Família, ano 16, n.º 31-32, 2019, p. 17-43; PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil como (deradeira) manifestação de juridicidade dos deveres conjugais?* — Ac. do STJ de 12.5.2016. proc. 2325/12.3TVLSB.L1.S1, «Cadernos de Direito Privado», n.º 61, jan-mar, 2018.

¹⁷ Acessível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39b-f2802579bf005f080b/35608b5eb6a08a61802587840077b9fc?OpenDocument&Highlight=0,Restituição,de,alimentos%20>

¹⁸ Sobretudo a partir dos acórdãos do Tribunal de Justiça Federal de 9.11.2011 e 2.07.2014 — cfr. Rainer FRANK, *ob. cit.*, p. 162.

mem durante o casamento e durante o período legal da conceção significasse um passo muito grave, para os tribunais a proteção da mãe tinha de ceder perante os direitos do pai aparente que pagara alimentos como se fosse o pai real. Esta posição chegou a ser defendida pelo Tribunal de Justiça Federal, mas veio a ser contrariada pelo Tribunal Constitucional Federal¹⁹. Segundo este tribunal, o acesso à esfera íntima da mãe merece uma proteção muito forte – porventura não em todos os casos – mas *apenas uma lei* pode esclarecer quando é que ela pode ser obrigada a revelar aquilo que é preciso (a identidade do presumível pai biológico) para que o marido ou o perflhante possam exercer os seus direitos²⁰.

Nestes termos, a mãe não será responsabilizada *por não ter prestado as informações* sobre com quem praticou o adultério; a verdade é que ainda não existe essa lei que o poderia permitir²¹.

b) No direito português

Julgo que deve dizer-se que não impende sobre a mãe um dever jurídico de revelação da pessoa com quem manteve relações sexuais, em qualquer caso, nem mesmo quando esta revelação poderia facilitar ao filho a investigação judicial da paternidade omissa. De facto, não se encontra uma previsão legal clara que restrinja de tal maneira o direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada da mãe. Note-se até que, nos casos de averiguação oficiosa da paternidade – em que o Esta-

do se compromete amplamente na descoberta do vínculo omissa – nada obriga a mãe a fazer aquela revelação. Na verdade, apenas *se admite* que a mãe refira a identidade do homem a quem atribui a paternidade, sem que este facto dispense o ministério público de ouvir o eventual pai e, no caso de este negar a sua responsabilidade, de os serviços procederem às diligências necessárias para fundamentar um juízo sustentável sobre a questão (artigo 1865.º CCiv). Isto é, não se toma a indicação eventual da mãe como uma confissão extrajudicial que lhe seja tecnicamente exigível, como se fora o cumprimento de um dever; e muito menos é concebível que a mãe fosse forçada, de algum modo, a fazer aquela revelação (cfr. o artigo 359.º CCiv). Não passa de uma declaração facultativa. Ora, se isto é verdade quando o Estado empenha o registo civil, o ministério público e o tribunal (se for necessário prosseguir uma ação de investigação) mais depressa se compreende que também é verdade quando é apenas o filho que pretende satisfazer o seu interesse pelos seus meios, ou representado pelo ministério público na sua função de representante dos menores²².

2.4 Responsabilização civil da mãe pela constituição de uma paternidade falsa

a) No direito germânico

Tanto quanto percebo o regime germânico e as aplicações e comentários que tem merecido, depois de se ter vencido a responsabilidade pelo próprio

¹⁹ Acessível em <https://openjur.de/u/764526.ppdf>

²⁰ J. C. SHERPE, [Anotação ao acórdão], in «FamRZ», 2015, Heft 9, p. 734; Nina DETHLOFF, *Familienrecht*, 33.ª ed., C. H. Beck, 2022, p. 312; Dieter SCHWAB, *Familienrecht*, 25.ª ed., München, C.H.Beck, 2017, p. 270.

²¹ Embora possa haver casos em que a mãe já possa ser responsabilizada por negar expressamente o adultério ou tiver dado informações conscientemente falsas; o direito da família e os seus remédios não afastam a responsabilidade delictual (§§ 823 e 826 BGB) – cfr. Nina DETHLOFF, *ob. e loc. cit.*, e *ob. cit.*, p. 63. Cfr., também, o texto do Projeto de 2016, p. 20.

²² Também não é exigida a informação da mãe no direito francês (em sintonia, aliás, com o regime tradicional do parto anónimo), nos direitos espanhol, italiano e belga; no direito holandês, depois de ponderados os direitos fundamentais da mãe e do filho, pode acabar por ser reconhecido ao filho o direito de inspecionar os registos de uma casa de acolhimento de mães; nos direitos dinamarquês, norueguês e sueco as mães “devem” identificar os pais, no quadro de uma averiguação oficiosa, sem que possa haver coação neste sentido – cfr. Rainer FRANK, *Zur Verpflichtung einer Mutter, ... cit.*, p. 162-3. Cfr. também, adiante, a minha nota 51.

facto do adultério no âmbito da responsabilidade contratual, não se faz uma distinção entre o eventual *dever de informar o marido sobre a autoria da procriação* e as possibilidades de *evitar o estabelecimento de uma paternidade biologicamente falsa*. Na verdade, as discussões que encontrei estavam focadas na *falta de informação que conduz necessariamente ao estabelecimento da paternidade biologicamente falsa, à sua impugnação posterior e à pretensão do "pai aparente" contra o "pai real" sobre a restituição dos alimentos prestados*; e o que se debate é a força do direito da mãe à intimidade contra o direito ao desenvolvimento da personalidade e ao exercício dos direitos do "pai aparente".

Este modo de encarar o problema é que talvez justifique o tema central do Projeto de Lei n.º 18/10343, de 2016, que visava, justamente, impor à mãe a identificação da pessoa ou das pessoas com quem tivera relações sexuais, para que o "pai aparente", depois da impugnação da paternidade com sucesso, pudesse investigar a paternidade real e exigir do pai biológico o montante do enriquecimento que se traduzira na poupança das despesas com prestações de alimentos [dentro de certos limites traçados na lei (cfr. o § 1613 BGB)].

b) No direito português

Começo por acentuar que reconheço uma distinção entre a revelação de um *adultério*, a revelação da *identidade da pessoa* com quem este foi praticado, e a possibilidade de *evitar a constituição de uma paternidade falsa*.

Julgo que se poderia considerar a via da responsabilidade extracontratual. Assim, não me parece excluído que o pai suposto procure obter da mãe do filho uma indemnização pelos danos materiais e morais que sofreu com a constituição e posterior eliminação do estatuto de pai, desde que consiga demonstrar, no caso concreto, os pressupostos da

violação ilícita e culposa de algum direito de personalidade — designadamente do direito à constituição de família (à constituição do estatuto de pai) e do direito ao desenvolvimento da personalidade²³. Não se trata de ser compensado por violação de um dever matrimonial, mas antes por um dano que pode ser provocado por uma pessoa que não tem qualquer dever contratual com o lesado.

Na verdade, quem levar a sério o dever de respeito de que cada cidadão é titular, cabendo a todos o dever geral de respeito, pode dar o passo seguinte, que significa *reforçar este dever* entre aqueles que se encontram voluntariamente numa relação de *grande proximidade*. Esta relação de especial proximidade pode não assentar num casamento ou até numa união de facto; pode constituir-se entre pessoas que pertençam à mesma família e que vivam em economia comum, mantendo a proximidade que já resulta da relação familiar, acrescentada pela circunstância de viverem juntas, com a reserva própria da coabitação e com a falta de escrutínio público do seu quotidiano; pode ainda fundar-se numa prática de namoro mais ou menos continuado, entre pessoas sem qualquer vínculo prévio e até, porventura, resultar de um encontro ocasional que, pelas suas consequências eventuais, tem de suscitar nos participantes uma consciência mais viva do seu comportamento.

²³ O Tribunal Supremo espanhol apreciou, em 2015, um caso em que a mãe acordou com o marido a realização de um tratamento de infertilidade prolongado e caro; depois, gerou um filho extraconjugal, divorciou-se, recebeu a prestação de alimentos durante cerca de seis anos e meio, até à impugnação da paternidade, em 2008. O TS negou a pretensão de restituição do valor dos alimentos pagos com base no instituto do enriquecimento sem causa, por uma maioria confortável; *mas dois juízes defenderam a condenação da mãe pelos danos sofridos pelo ex-marido, com base na responsabilidade extracontratual desencadeada pelo seu comportamento doloso* (itálico meu) — acessível em <https://vlex.es/vid/570910454>

Para o direito francês contemporâneo, cfr. a consideração da responsabilidade eventual da mãe que engana o suposto pai em François TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON, Dominique FENOUILLET, *Droit Civil, La Famille*, 9.ª ed., Paris, Dalloz, 2018, n.º 585.

Posto isto, parto do princípio de que a consequência de gerar um filho e de *constituir uma relação jurídica falsa* prejudica potencialmente muito o *filho* (que pode facilmente vir a perder o pai que impugna com sucesso), prejudica o *“pai aparente”* (que pode vir a perder o seu estatuto de paternidade) e prejudica eventualmente o *pai biológico* (que perde a oportunidade de constituir facilmente uma relação com o seu filho). Neste ponto, deve ter-se em conta que a constituição de uma filiação falsa, ou a falta de constituição de uma relação biológica, tornaram-se cada vez mais importantes numa época em que se regista uma desvalorização do vínculo matrimonial, um aumento do número dos divórcios, um crescimento dos casos de uniões de facto, e, sobretudo, a opção crescente por uma vida sem um parceiro estável (casado ou não)²⁴. Na verdade, pode acreditar-se que os indivíduos – céticos relativamente à união duradoura entre adultos – preferiam claramente as relações de parentalidade, que são, em princípio, perenes, que contêm em si grandes potencialidades de realização pessoal dos pais, e que sugerem de uma forma consistente a perpetuação da família. Ou seja, pode pensar-se que vale mais um filho (um filho biológico, segundo o imperativo que nos trouxe até hoje) do que um parceiro do tipo matrimonial.

Assim, admito – teoricamente – que a mulher que tem um filho e que omite conscientemente a possibilidade de o pai biológico ser outro que não o homem relativamente a quem se estabelece a paternidade legal infrinja direitos fundamentais do homem que viu constituída ou foi levado a reconhecer a sua paternidade, mas que a pode ver impugnada facilmente. E o dano que o “pai aparente” sofreria poderia ser indelével, embora se acabasse

por se tentar “compensá-lo” financeiramente; este dano não se “apaga” (com um remédio equivalente a um divórcio facilitado), nem se esquece.

Poder-se-ia dizer que estão em causa direitos fundamentais do “pai aparente”, na sua *função de proteção*; assim, caberia ao legislador ordinário prever o direito a este ressarcimento, a título de proteção da vítima. E não seria o legislador específico do direito da família, pois o dano e a correspondente a responsabilidade poderiam emergir entre quaisquer pessoas, independentemente de qualquer relação familiar; quando houvesse lugar a responsabilização, esta não seria baseada em laços de família entre o lesante e o lesado.

Dito isto – teoricamente – a manipulação consciente do estado civil de uma criança no sentido de atribuir-lhe uma paternidade falsa pode gerar um dano que “merece a tutela do Direito”²⁵, e devia fazer emergir uma responsabilização da mãe relativamente aos vários interessados²⁶.

Por fim, poderia acrescentar-se que – tratando-se de pessoas vinculadas pelo casamento – “a mulher casada pode fazer a declaração de nascimento com a indicação de que o filho não é do marido” (artigo 1832.º, n.º1, CCiv). Supondo que a mulher está segura de que o marido não é o pai, esta declaração evitaria os prejuízos que mencionei acima (para o filho, para o marido e para o pai biológico),

²⁵ Cfr., aliás, o artigo 248.º do Código Penal.

²⁶ Já Cunha GONÇALVES admitia (que o perfilhado), seguindo uma tradição antiga francesa, exigisse responsabilidade extracontratual pela perfilhagem impugnada que, afinal, lhe atribuíra um estado civil falso e precário – cfr. *Tratado de Direito Civil*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1930, p. 287. O mesmo parecia defender Manuel de ANDRADE (embora não explicitamente) – cfr. *Teoria Geral das Obrigações*, 3.ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1966, p. 64.

Cfr., ainda, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28 de outubro de 2021 (proc. 942/20.7T8FAR.E1), citado acima [em 2.2 b)] e acessível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/35608b5eb6a08a61802587840077b9fc?OpenDocument&Highlight=0,Restituição,de,alimentos%20>

²⁴ <https://expresso.pt/sociedade/2019-07-20-Quase-um-milhao-de-portugueses-vivem-sozinhos>

sem impor que a mulher mostrasse a identidade da pessoa ou das pessoas com quem teve relações sexuais. É certo que aquela declaração revelaria um adultério; mas esta revelação, embora importante²⁷, conseguiria evitar os outros prejuízos referidos também importantes. Estou a admitir que este poderia ser um caminho intermédio para conciliar os interesses de todos os titulares envolvidos.

Se esta norma valesse para as pessoas que vissem em união de facto — como provavelmente devia — ampliava-se a mesma solução para um universo maior de pessoas.

Ficariam ainda de fora desta solução os participantes de encontros menos regulares ou até simplesmente ocasionais. E o regime que poderia dar um resultado equivalente seria o de condicionar uma eventual perfilhação ao assentimento da mãe. Porém, este regime — praticado em alguns países²⁸ — oferece o risco de a mulher recusar o assentimento com base em razões alheias à verdade biológica (como o desejo de exercer sozinha as responsabilidades parentais, ou o mero desejo de qualquer retaliação); e, de qualquer modo, significaria uma alteração relevante do direito português, cuja tradição é a de considerar a perfilhação como um ato pessoal e livre (cfr. o artigo 1849.º CCiv)²⁹.

Acrescento, ainda, que o esclarecimento da questão sensível da não-paternidade de um homem pode ser obtido sem a exposição que implica o decurso de um processo judicial, isto é, pode ser ob-

tido de uma forma mais discreta através de uma prova pericial extrajudicial³⁰.

Em resumo — apesar das dificuldades da questão e das hesitações que ela impõe — creio que seria favorável à distinção entre o ato de *adultério*, o dever de a mulher *identificar* os indivíduos com quem manteve relações sexuais, e a *evitação* do estabelecimento de uma paternidade biologicamente falsa. Neste quadro — teoricamente — a mulher ficaria onerada com este último propósito, desacompanhado de qualquer identificação das pessoas a quem se pudesse imputar a paternidade biológica. O que, aliás, parece-me quadrar bem com a distribuição dos sacrifícios entre todos os interessados — concretizando a ideia de que a *autonomia individual* ganha tonalidades que a transformam numa *autonomia relacional*³¹ que, aliás, no que diz respeito ao casamento, já tem uma tradição no código civil português³².

Porém — em termos práticos — não faço esta proposta, por duas razões.

Em primeiro lugar, porque a proposta teria uma *intenção preventiva*: evitar o estabelecimento da *paternidade biologicamente falsa*. Porém, a discussão germânica de que agora se dá nota é muito diferente: já partiu da impugnação da paternidade do marido e do inevitável reconhecimento do adultério da mãe, e o “pai aparente” quer exercer direitos de restituição dos alimentos que pagou; na verdade, o adultério da mãe resultou patente do sucesso de uma impugnação de paternidade, a mãe já ficou exposta neste ponto, e resta-lhe manter reserva sobre

²⁷ Embora não se possa ignorar que o adultério já foi mais relevante, juridicamente — já foi crime, causa determinada de divórcio, fundamento de culpa pela dissolução do casamento que justificava alguns efeitos quer no momento de reconhecer a legitimidade para o pedido, quer na determinação dos efeitos do divórcio.

²⁸ Alemanha, Itália — cfr. o meu *Novas manifestações da vontade no casamento e na parentalidade*, in «*Lex Familiariae*», ano 17, n.º 34, 2020, p. 15-6, acessível em <https://www.guilhermedoliveira.pt/resources/Novas-manifestacao%CC%A7o%CC%83es-da-vontade-no-casamento-e-na-parentalidade.pdf>

²⁹ Apesar do regime previsto no artigo 1857.º (Perfilhação de maiores).

³⁰ Cfr. o Decreto-lei n.º 11/98, de 24 de janeiro, art. 2.º, al.) i e artigo 29.º, n.º 2).

³¹ Cfr. Rosa Andrea Simões Cândido MARTINS, *A Família entre o público e o privado. A proposta metodológica da autonomia relacional na análise do regime jurídico do casamento*, Coimbra, Almedina, 2020, sobretudo p. 189 e segs. e 391 e segs.

³² Cfr. o artigo 1671.º, n.º 2: “A direção da família pertence a ambos os cônjuges, que devem acordar sobre a orientação da vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro”.

a identidade da pessoa ou das pessoas com quem manteve relações sexuais.

Em segundo lugar, *num caso diferente* em que a mãe tomasse a iniciativa de manifestar o adulterio com o *propósito de evitar o estabelecimento de uma paternidade biologicamente falsa* (e apesar de ela ter vários meios técnicos para obter este resultado em quase todas as hipóteses de facto) uma iniciativa destas parece *demasiado perigosa* para se propor. Numa sociedade em que a violência doméstica e os “crimes de honra” são frequentes, o interesse da mulher em manter-se em silêncio deve prevalecer. E deve prevalecer mesmo sobre o “interesse do filho” (como quer que este se entenda) porque o silêncio da mãe pode ser a única garantia para preservar a sua integridade física ou salvar a sua vida.

2.5 Ação de repetição dos alimentos pagos, contra o suposto filho ou contra a sua representante legal, depois da impugnação da paternidade

a) No direito germânico

Esta pretensão de um direito de regresso pelas despesas de alimentos é tecnicamente compreensível, pois o credor dos alimentos é, na verdade, o filho; é ao filho que o pai legalmente constituído deve manutenção. Porém, também é fácil de ver que, em primeiro lugar, o filho não terá, em regra, meios económicos para satisfazer a pretensão³³; além disto, o filho menor também não tem capacidade de exercício de direitos. Por outro lado, se o filho foi o consumidor final dos alimentos prestados, provavelmente os bens cumpriram a sua função e já não existem. Não pode haver restituição. Esta pretensão não será, provavelmente, viável.

³³ Nina DETHLOFF, *Familienrecht*, ob. cit., p. 311 e 364.

Sendo a pretensão formulada contra a mãe, desde logo não valerá sempre o argumento da debilidade económica do filho ou da sua incapacidade de exercício.

Em segundo lugar, o BGB contém um regime raro e elaborado sobre a retroatividade da prestação de alimentos. Com efeito, o § 1613 (I) começa por determinar que se pode pedir alimentos “atrasados” apenas desde o momento em que o obrigado foi solicitado a prestar informações sobre a sua capacidade económica, ou a partir da data em que se constituiu em mora, ou ainda a partir da pendência da ação de alimentos já intentada pelo credor. Porém, estas limitações não valem (II, al. 1) se o credor se encontrar num estado de necessidade extremo – caso em que o montante se conta a partir de um ano em que esse estado se comprova; e até desde um momento anterior quando o obrigado já estava em mora ou tinha sido intentada a ação respetiva. O âmbito da obrigação ainda é mais amplo (II, al. 2) – abrangendo toda a vida do filho – quando este não conseguiu formular a sua pretensão “por motivos legais” ou “por razões de facto imputáveis ao obrigado”. Nestes últimos casos, o cumprimento “total e imediato” só não deve ser imposto por razões de equidade, já que pode significar uma oneração demasiada do obrigado (III).

Este regime legal mostra que o direito alemão se afastou claramente da tradição restritiva e generalizada da retroação da obrigação de alimentos; mas também não permite ignorar a natureza da prestação alimentar, e também quer afastar uma oneração demasiada e inesperada do alimentando.

b) No direito português

O efeito retroativo do estabelecimento da filiação – nomeadamente da impugnação procedente – pode suscitar o desejo de restituição das quantias

pagas em favor de quem, afinal, não era filho. Na verdade, as prestações para cumprimento do dever de sustento que o suposto pai cumpriu assentavam na relação paterno-filial juridicamente reconhecida que existia — esta relação familiar era a causa das prestações; mas a impugnação, com o seu efeito retroativo, eliminou a causa das prestações — a causa deixou de existir — e, aparentemente, o impugnante poderia pretender a restituição do que pagou nos termos do enriquecimento sem causa (arts. 473.º e segs.). Ou então poderia dizer-se que o pai aparente andou a pagar uma dívida que, de acordo com o enquadramento genérico do nosso direito, devia pertencer ao pai biológico (artigo 477.º).

Mas, supostamente, as quantias pagas eram necessárias para garantir a sobrevivência do credor — e foram consumidas de acordo com a finalidade própria. Provavelmente teria de concluir-se que não há, afinal, um *enriquecimento atual* que se costuma exigir neste contexto. E nem seria de esperar que ele, ou outros obrigados, dispusessem de meios económicos para serem sujeitos a uma devolução inesperada e ponderosa³⁴.

³⁴ Nos casos de reconhecimento voluntário de complacência mais tarde impugnado, ou nos casos em que o marido sabia que não era o pai biológico mas vem a impugnar com sucesso, a jurisprudência francesa, procurando conciliar o respeito pela retroatividade da impugnação de um vínculo parental, com a necessidade prática de não alterar a realidade sedimentada — e ainda para defender o interesse da criança — construiu a solução engenhosa de *converter* os alimentos pagos em cumprimento de um dever parental num cumprimento de uma *obrigação negocial de alimentos* que o pai aparente contraiu quando aceitou o estatuto de pai. Deste modo, a jurisprudência francesa não só construiu *uma causa* (negocial) para fundamentar os pagamentos feitos (uma causa que parecia ter desaparecido com a impugnação do vínculo parental), mas também criou um fundamento de responsabilidade civil contratual para a omissão dos pagamentos futuros, após a impugnação — cfr. François TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON, Dominique FENOUILLET, *Droit Civil, La Famille*, 9.ª ed., Paris, Dalloz, 2018, n.ºs 585, 683 e 689.

2.6 Ação de enriquecimento sem causa, contra o pai real, depois do estabelecimento da paternidade biológica

a) No direito germânico

O direito alemão também já permite que o “pai aparente” exerça um direito de regresso contra o homem que vier a ser declarado o pai biológico. Na verdade, o § 1607 (III, al. 2) do BGB prevê que um terceiro (relativamente ao filho) que tenha pago alimentos na suposição de que era o pai real possa agir em regresso contra aquele que vier a ser declarado o pai biológico³⁵. Além disto, é aplicável a esta hipótese a regra que admite o pagamento do montante mais amplo, salvo quando esta exigência se traduzir num encargo demasiado pesado (§ 1613 III, parte final).

Porém, uma vez que o marido, ou o perflhante, que impugnou a sua paternidade, não têm legitimidade para iniciar uma ação de investigação contra um terceiro, com o propósito de que este seja declarado o pai real e legal, o direito de regresso contra este ficará totalmente comprometido se nenhum dos legitimados (o filho ou a mãe) quiser intentar a ação³⁶. Neste ponto, verificou-se uma alteração importante na jurisprudência, a partir de uma decisão do Tribunal de Justiça Federal, de 2008³⁷, que passou a admitir que o titular do direito de regresso promova uma ação incidental que poderá satisfazer a sua pretensão apesar de não constituir o estado de filho³⁸ com os efeitos tí-

³⁵ Dieter SCHWAB, *ob. cit.*, p. 269; Nina DETHLOFF, *Familienrecht*, *cit.*, p. 365.

³⁶ Por esta razão — entre outras — o Projeto de Lei de 2016 afirmava que a lei reconhecia um direito de regresso amplo ao “pai aparente”, mas depois este direito confrontava-se com grandes dificuldades — cfr. *Entwurf...*, *cit.*, p. 13.

³⁷ Acessível em <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&n=44281&linked=urt&Blank=1&file=dokument.pdf>

³⁸ Nina DETHLOFF, *Familienrecht*, *cit.*, p. 312; Claudia MAYER, *ob. cit.*, p. 1840.

picos *erga omnes*. Esta decisão tornou-se regra na jurisprudência.

No entanto, este procedimento (incidental) só é viável se o “pai aparente” *conhecer a identidade* do suposto pai biológico; e este ponto tornou-se uma das questões mais debatidas. Na verdade, como já ficou dito, o Tribunal de Justiça Federal começou por defender que a mãe tinha o dever de referir a identidade do terceiro que poderia ser o pai biológico do filho (com base no § 242 referente à boa-fé), mas o Tribunal Constitucional Federal veio a contrariar esta opinião, fazendo prevalecer a reserva da intimidade da mãe, e declarou que só o legislador ordinário podia esclarecer este ponto. Ora, o Projeto de 2016 pretendia vir a dar origem a esta lei ordinária.

b) No direito português

Poderia admitir-se que o pai suposto exercesse um direito de regresso junto do pai real que viesse, porventura, a ser reconhecido³⁹.

O estabelecimento da paternidade verdadeira poderia sobrevir imediatamente depois da impugnação procedente (art. 36.º CProcCiv) ou decorrer mais tarde. Nessas condições – em que o pai verdadeiro assumiria o seu estatuto retroativamente (art. 1797.º, n.º 2) e, assim (aparentemente) deveria alimentos desde o nascimento – seria concebível que o pai suposto exercesse um direito de regresso pelo valor dos encargos que assumiu em lugar dele⁴⁰.

Diga-se, no entanto, que – a admitir-se este direito contra o “pai biológico” – sempre haveria de

distinguir a pura devolução das quantias que o “pai aparente” pagou (com ou sem juros) das quantias provavelmente diferentes que pagaria o “pai biológico”, conforme os seus próprios rendimentos e os seus próprios outros encargos, numa palavra, conforme as suas possibilidades, segundo as regras gerais da obrigação de alimentos.

Com esta cautela, certamente que encontraríamos os requisitos do enriquecimento sem causa – o enriquecimento do pai real que *poupou despesas* e o empobrecimento do pai aparente que *pagou alimentos* a quem não era realmente filho.

Poderia ser difícil escolher entre dois fundamentos: ou o pai aparente, enquanto pagou, era o pai legal, com as obrigações inerentes; mas, com a impugnação procedente e o seu efeito retroativo, *a causa que justificava o pagamento deixou de existir* (artigo 473.º, n.º 2). Ou então poderia dizer-se que o *pai aparente pagou uma obrigação que a lei lhe impusera (enquanto pai legal) mas que, de acordo com o critério fundamental do nosso direito da filiação e todas as normas disponíveis, devia caber ao pai biológico* (artigo 477.º).

É certo que a lei civil não refere explicitamente este caso – a transferência da posição de devedor do “pai aparente, legal” para o “pai biológico” agora constituído. Mas a verdade é que se verificou uma *deslocação patrimonial* que deixou o “pai biológico” enriquecido, e talvez possa dizer-se (com Antunes VARELA) que “o enriquecimento é injusto porque, segundo a ordenação substancial dos bens aprovada pelo Direito, ele deve pertencer a outro”⁴¹.

Nada haveria a opor a este fundamento para o exercício do direito de regresso se não fora a regra tradicional de que os alimentos só são devidos para o futuro, designadamente desde a propositura da ação em que são pedidos e atribuídos (art. 2006.º

15

³⁹ É preciso ter presente que o “pai aparente” impugnante não tem legitimidade para intentar a ação de investigação da paternidade biológica, ao contrário do que é aceite na doutrina e na jurisprudência alemãs (cfr., acima, ponto 2.6). Estou a supor que o filho, por si ou representado pela mãe (conforme a sua idade) intenta a ação, com sucesso.

⁴⁰ Aparentemente neste sentido Antunes VARELA, «RLJ», ano 119, p. 25, embora não estivesse a ocupar-se diretamente sobre este tema.

⁴¹ *Das Obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 487.

CCiv). Ou seja, o pai biológico, embora devedor *potencial* desde o nascimento por força da retroatividade do estabelecimento da filiação, nunca foi solicitado para pagar antes da impugnação da paternidade aparente e do reconhecimento da paternidade real e, portanto, nunca foi um devedor *real* de quem se pudesse esperar um pagamento devido. Com este argumento, pode pensar-se que o pai verdadeiro não poderia agora ser obrigado a pagar o que nunca lhe foi pedido.

Esta afirmação não devia ter valor, porém, se puder provar-se que o pai real teve consciência das suas responsabilidades na procriação, não cumpriu o seu dever de perfilhar⁴² e, portanto, não merece a proteção que o art. 2006.º lhe dá — designadamente, a proteção de não ser surpreendido com a imputação de um débito considerável, com que não podia contar.

Na verdade, julgo que não há razão para que os devedores sejam libertados das suas responsabilidades, pelo menos aqueles que tinham a obrigação de saber que eram os progenitores ou, sobretudo, aqueles que sabiam que o eram e foram deixando passar o tempo na esperança de se verem livres dos encargos — afinal, nestes casos, não se pode falar de qualquer “surpresa” por parte de quem, aliás, se encontra em situação de ilegalidade por não ter cumprido o dever de perfilhar⁴³. Nestas hipóteses, o regime protetor do art. 2006.º poderia merecer uma “redução teleológica” para ficar reservado para os progenitores que viveram ignorantes das suas responsabilidades na conceção do filho e, as-

sim, justificam alguma consideração^{44 45}.

3. Os objetivos do Projeto alemão de 2016

3.1 Dois objetivos no ponto que nos interessa

Um dos dois temas centrais do Projeto era o reconhecimento expresso de que a mãe tinha a obrigação de revelar a identidade da pessoa com quem tinha mantido relações sexuais durante o período da conceção do filho (a).

O segundo aspeto que se prendia regular era o dos critérios para calcular o montante do direito de regresso a que o “pai aparente” tinha direito (b).

⁴⁴ Na situação diferente — em que nunca apareceu um “pai aparente” que tivesse partilhado as despesas com a mãe — pode ainda pensar-se que o progenitor que arcou sozinho com a prestação de alimentos pode exercer um direito de regresso sobre o novo progenitor reconhecido pela parte que teria cabido a este na criação do filho comum. Cfr., (salvo erro), Antunes VARELA, *Anotação ao ac. do STJ de 25 de Março de 1982*, «RLJ», ano 119, p. 25; IDEM, *Código civil anotado*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 10.

No nosso direito, a regra prevista no art. 2006.º CCiv parece contrariar esta pretensão, porque o pai real nunca foi instado a pagar antes da propositura da ação. Assim, a contabilização atual das despesas que a mãe terá feito em lugar do pai, significaria trazer à colação uma responsabilidade do pai real que nunca lhe foi pedida — o que o art. 2006.º parece querer afastar expressamente.

No entanto, há muito que a jurisprudência italiana admite que o pai real que aparece tardiamente deve ser responsabilizado pela satisfação da sua parte no *dever de sustento* que emerge da relação biológica desde o nascimento e até desde a conceção, incluindo o montante dos compromissos que a mãe teve necessidade de contrair em favor da subsistência do filho. Cfr. TEDESCHI, Guido, *Gli alimenti*, TORINO, UTET, 1954, p. 432; ZACCARIA, *Commentario... cit.*, p. 644, dando nota de que se faz intervir um tempero no montante da restituição, segundo a equidade; Paolo ZATTI — *Tratato do Diritto di Famiglia*, Vol. 2, *Filiazione*, p. 413-4; Giovanni BASINI, *Il diritto di famiglia, III: Filiazione e adozione*, Torino: UTET, 1997, p. 169, nota 158; Ugo MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, 2.ª ed., Bologna/Roma, Zanichelli/Foro italiano, 1982, p. 221-2. Michele SESTA limita-se a observar a divisão doutrinária entre os autores que fazem relevar a obrigação apenas depois do pedido judicial e aqueles outros que fazem retroagir a obrigação ao momento do nascimento — *Manuale di Diritto della Famiglia*, 7.ª ed., Padova, CEDAM, 2016, p. 453.

No sentido da retroação do débito, veja-se também a jurisprudência francesa — François TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON, Dominique FENOUILLET, *Droit Civil, La Famille*, 9 éd., Paris, Dalloz, 2018, n.º 40.

⁴⁵ Note-se, por último, que a identificação do pai real não deve partir da iniciativa da mãe, pelas razões de perigo para a sua integridade física ou para a sua vida que mencionei acima, no ponto 2.4 b).

⁴² Que sempre defendi, mas não é doutrina pacífica.

⁴³ Segundo o entendimento que tenho defendido.

(A questão do direito de agir contra o suposto pai biológico por quem não tinha legitimidade para a ação de investigação da paternidade não foi considerada relevante, porque a jurisprudência que admitia uma ação incidental só para o efeito de exercitar o direito de regresso estava consolidada⁴⁶, como já disse).

a) A jurisprudência civil tinha feito decorrer o dever de a mãe prestar informações do princípio geral da boa-fé (§ 242 BGB)⁴⁷, desde que se verificasse que havia uma relação especial entre os dois interessados (o pai aparente e a mãe), a falta da informação, não culposa, do pai aparente, e a razoabilidade da prevalência do interesse deste último⁴⁸. Mas um pedido de informação por parte do pai aparente não podia fundamentar-se num desenvolvimento judicial da lei ordinária, antes precisava de uma previsão expressa do legislador⁴⁹.

Em 24/2/2015, o Tribunal Constitucional Federal disse que o direito geral de personalidade consagrado no artigo 2.º, I, e artigo 1.º, I da Constituição abrange a proteção da esfera privada e íntima, e também se pode haver acesso, e de que modo, à informação sobre a vida sexual de uma pessoa. Isto inclui a proibição de que se revele a manutenção de relações sexuais com uma pessoa determinada (p. 729). [A mãe], por força do reconhecimento do dever de prestar informações sobre as relações com o suposto pai biológico ou com vários homens, sofre uma violação grave do seu direito geral de personalidade [...] e para a maioria das pessoas haverá poucos assuntos de natureza mais íntima do que este⁵⁰.

Este Tribunal – seguindo a doutrina consagrada por CANARIS – entendeu que, se é verdade que a questão parte do reconhecimento de direitos fundamentais dos vários sujeitos interessados na questão, também é verdade que estes direitos fundamentais – na sua *função de tutela* – remetem a ponderação dos interesses para o legislador ordinário, que ficará apenas obrigado a garantir a qualquer deles um *proteção mínima suficiente*, o que deixa ao legislador ordinário “um amplo espaço livre de conformação”⁵¹.

Posto isto, o Ministério da Justiça apresentou, em 16/11/2016, um Projeto de lei (18/10343) para que fosse produzida a tal lei ordinária onde ficasse previsto o dever de a mãe prestar informações e os termos em que essa restrição do seu direito geral de personalidade eram admitidos. Considerou-se que devia ser reforçado o direito do pai aparente; este devia poder obter a informação sobre o suposto pai biológico. Caso contrário, o pai aparente seria levado a tentar obter o conhecimento da identidade do pai biológico por outros meios privados, podia inclusivamente pressionar o filho a obter informações da sua mãe para lhas transmitir. O Projeto, no entanto, salvaguardava os casos em que – excecionalmente – a prestação de informações se tornasse especialmente dura para a mãe, ponderadas todas as circunstâncias do caso⁵².

⁵¹ Cfr. Claus-Wilhelm CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, tradução de Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Almedina, 2003, p. 65 e 66.

O autor mostra um exemplo (necessariamente anterior à questão agora presente) de uma filha que exigia da sua mãe as informações necessárias para poder agir em investigação da sua paternidade, exercendo o seu direito geral de personalidade. Depois de a primeira instância ter aceitado a pretensão da filha, o Tribunal Constitucional Federal entendeu que a questão não dependia apenas da ponderação exclusivamente constitucional dos direitos fundamentais contrapostos e acompanhou a doutrina de CANARIS que remete para a conformação dos interesses através da *lei ordinária*, com o seu amplo espaço de discricionariedade (lei que não existia na época, nem existe ainda) – cfr. a *ob. cit.*, p. 91-93.

⁵² Projeto de 2016, *cit.*, p. 15 e 20.

⁴⁶ Projeto de 2016, *cit.*, p. 15.

⁴⁷ «FamGZ», 2015, 9, p. 729 e segs., com anotação de J. C. SCHERPE.

⁴⁸ «FamGZ», 2015, 9, anotação de J. C. SCHERPE, p. 733.

⁴⁹ IDEM, p. 734.

⁵⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional Federal, *cit.*, «FamGZ», 2015, 9, p. 730.

b) O Projeto de 2016 pretendia também esclarecer os termos em que se calculava o montante do direito de regresso. Na verdade, a própria admissão de um direito de regresso já é, só por si, uma exceção à regra tradicional de que só podem ser pedidos alimentos para o futuro; pior ainda é a indefinição dos parâmetros em que se pode exercer este direito especial.

Como disse acima, a afirmação de que o direito a alimentos só pode ser exercido para futuro é o ponto de partida do § 1613 I BGB: a retroação abrange apenas o tempo a partir do qual a pessoa obrigada foi solicitada a prestar informações sobre as suas possibilidades económicas, ou está em mora, ou desde que a ação entrou na justiça; também se admite uma retroação maior nos casos excepcionais em que o credor apresenta necessidades especiais; e sobretudo, o débito pode recuar até ao momento passado em que o credor foi impedido “por razões legais”, ou por “razões factuais imputáveis ao devedor” (§ 1613 II 2). Ora, neste caso, o devedor pode vir a ser confrontado com um encargo correspondente a várias dezenas de anos; a não ser que demonstre que um tal débito e um pagamento imediato total significa um encargo excessivamente duro para o obrigado (§ 1613 III 2).

O Projeto de 2016 pretendia, especificamente, introduzir uma atenuação que se baseava na ideia de que ser pai não é apenas pagar a manutenção do filho; ser pai é, mais ainda, praticar uma vida familiar normal, e o pai aparente manteve uma vida familiar normal antes de saber que não era o pai biológico. Isto significava que o pagamento de alimentos só se teria tornado penoso e injusto quando a sua relação com o filho entrou em crise — circunstância que o montante do direito de regresso deve tomar em conta. Posto isto, a opção do Projeto era a de permitir o cálculo do direito de regresso pelos

dois anos que antecederam a propositura da impugnação de paternidade, acrescidos pela duração do processo; o que constaria de um novo número, acrescentado ao § 1613. Note-se que se pretendeu estabelecer um prazo rígido e claro; ao contrário do que aconteceria se o prazo fosse contado a partir do momento em que o pai aparente teve conhecimento de circunstâncias que sugeriam a sua não-paternidade, porque esta outra opção abria um debate prolongado e difícil⁵³.

Para resumir as intenções do Projeto, pode dizer-se que a previsão expressa de um dever de informação da mãe tornava mais consistente o direito de regresso do pai aparente; e a fixação de um prazo rígido relativamente curto tornava os limites do direito mais claros (e o cumprimento mais exequível).

3.2 As duas ideias foram alvo de críticas⁵⁴.

Por um lado, o Projeto é omissivo quanto ao direito de obter informações da mãe por parte de outras pessoas que pagaram alimentos sem serem um “pai aparente”; na verdade, o § 1607 II e III considera expressamente o direito de regresso em favor de outras pessoas que pagaram alimentos sem terem a obrigação de o fazer⁵⁵.

Além disto, é muito difícil perceber quando é que as circunstâncias do caso justificam que a mãe fique isenta do dever de informar. O texto do Projeto exemplifica com a revelação de relações sexuais entre familiares, sobretudo não consentidas⁵⁶. E já foi acrescentada a hipótese de a mãe indicar o patrão (pondo em causa o seu emprego) ou indicar o irmão ou o melhor amigo do marido

⁵³ Cfr. o Projeto de 2016, p. 21.

⁵⁴ Cfr. Rainer FRANK, *Zur Verpflichtung einer Mutter...*, cit., p. 164-166.

⁵⁵ Rainer FRANK, *ob. cit.*, p. 165.

⁵⁶ Projeto de 2016, p. 20.

(gerando um grave conflito familiar). Afinal, não é fácil imaginar em que circunstâncias é que a mãe pode fazer a revelação sem suportar um preço excepcional e, sendo assim, a cláusula de salvaguarda parece bastante inútil⁵⁷; dito de um modo mais técnico, a lei não chegaria a prever um “mínimo de proteção” da mãe, relativamente ao seu direito fundamental à intimidade e reserva da vida privada.

Diga-se, ainda, que perante um regime que abre uma clara exceção à regra de que não se pede alimentos referentes ao passado (cfr. o § 1613), e que admite uma retroação que pode chegar a dezenas de anos, também parece exagerado limitar a amplitude do direito de regresso aos dois anos anteriores ao

⁵⁷ Rainer FRANK, *ob. cit.*, p. 165.

início da impugnação da paternidade acrescidos do tempo que a decisão judicial se torna definitiva.

Por último, as duas alterações – em conjunto – ficam muito duvidosas: começa por se admitir uma violação gravíssima do direito à reserva da intimidade da mãe para, no final, se calcular um valor pecuniário limitado para o direito de regresso...⁵⁸

O Projeto caiu e não consta que tenha sido apresentado, igual ou com modificações.

⁵⁸ Rainer FRANK, a propósito do direito holandês, afirma que um sistema onde não se concede ao filho o direito de exigir da mãe a identificação do outro progenitor, muito menos poderia conceder ao “pai aparente” um tal direito apenas para facilitar a produção de efeitos pecuniários no seu interesse... – cfr. *ob. cit.*, p. 164.

O INTERROGATÓRIO DE MENORES: UMA “PROVA PERICIAL” A EVITAR*

Jordi Nieva Fenoll

Catedrático de Direito Processual - Universidade de Barcelona

Palavras-chave: *câmara de Gesell, valoração da prova, vulnerabilidade, testemunhal*

1. Introdução

O interrogatório entrou em crise como meio de prova, não obstante alguns esforços para o revitalizar¹. É possível inclusivamente que acabe por desaparecer da prática habitual face ao valor esmagadoramente superior que têm, para efeitos de convicção, as provas biológicas e tecnológicas atualmente existentes, tal como as que implicam outros saberes científicos bastante más fiáveis do que ouvir falar uma pessoa e procurar averiguar intuitivamente se diz a verdade. Convém recordar que até há muito pouco tempo, nomeadamente nos processos penais, não tínhamos muito mais do que o arguido, a vítima e as testemunhas. Hoje, contudo, dispomos de bastantes mais materiais probatórios de elevada qualidade científica. Nestas condições, um processo assente numa prova obtida

com base nas meras palavras dos intervenientes referidos anteriormente é pouco menos do que uma farsa, só admissível para os que, em pleno século XXI, se mantêm crédulos².

Apesar de tudo isto, há um interrogatório que parece continuar a ser relevante: o dos menores de idade. Na verdade, não é assim tão linear que este tenha sido preparado, como sucede recorrentemente com o interrogatório dos maiores de idade, e, se tal tiver acontecido, constitui um facto relevante no processo que deve ser apurado dada a sua importância crucial. Aliás, alguns crimes, como veremos, só se descobrem através do relato do menor, como ocorre com os abusos sexuais de que este pode ter sido vítima em situações de clandestinidade. Por vezes, não há outro indício senão esse testemunho e, por isso, é preciso examiná-lo com o maior cuidado e obtê-lo o mais cedo possível³.

Todavia, não se deve igualmente atribuir a esse testemunho uma espécie de credibilidade automática⁴, que, por certo, nem sequer é uma prática generalizada na sociedade, já que se costuma considerar como pouco fiável o relato de uma testemunha

* A publicação do presente texto, que serviu de base à conferência proferida no Colégio da Trindade, aos dias 7 de março do corrente ano, por ocasião do II Encontro Luso-Espanhol de Doutorandos de Direito Processual, uma iniciativa conjunta da Universidade de Salamanca e do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, é feita a convite da Comissão Redatorial da *Lex Familiae* - Revista Portuguesa de Direito da Família. Tradução de Tiago Loureiro.

¹ Artkämper, H. / Floren, T. / Schilling, K., *Vernehmungen. Taktik, Psychologie, Recht*, Hilden 2021. Bender, R. / Nack, A. / Treuer, W-D., *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, München 2007.

² Desenvolvi esta conclusão em Nieva Fenoll, J., “La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia)”, *Jus et Praxis*, vol. 26, n.º 3, dez. 2020.

³ Marinovi, D. et al., “Obtaining the Child Testimony in the Criminal Proceedings”, *Coll. Antropol.* 34 (2010) Suppl. 2, p. 253.

⁴ Vide Chaaya, M., “Children’s Evidence in Sexual Abuse Cases: The Need for Radical Reappraisal”, *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 9, n.º 3, mar. 1998, p. 265.

vulnerável⁵. Os menores têm uma memória frágil⁶ e também mentem ou possuem uma imagem alterada da realidade que os pode levar a acreditar em factos que nunca ocorreram⁷ com maior facilidade do que um adulto; daí serem, com efeito, especialmente vulneráveis à condução⁸ das respostas se já foram abusados anteriormente e revelarem uma dificuldade acrescida em dizer “não”⁹. Na fase inicial da vida, distinguir entre realidade e imaginação não é fácil. Até os sonhos se confundem com o real, e o imaginado pode ter um poder tal que altera o relato da realidade¹⁰.

Em seguida, analisar-se-ão passo a passo todos estes inconvenientes e alguns outros obstáculos que se verificam neste caso, bem como a necessi-

dade de proteção do menor, fruto da sua indiscutível vulnerabilidade¹¹. Também se fará referência à valoração científica deste tipo de interrogatório. Diga-se desde já que, mesmo quando realizado por psicólogos especializados, o seu valor científico é efetivamente controverso, como depois se explicará mais aprofundadamente.

2. Interrogatório e superstição

Antes de mais, importa dedicar umas breves palavras à relevância científica dos interrogatórios conduzidos por advogados e juizes. Como indicado no final da secção anterior, estes não passam de uma espantosa pantomima mediante a qual, durante séculos, nós, seres humanos, nos temos enganado completamente acreditando que podíamos apreciá-los com seriedade, e que dessa apreciação poderia até surgir uma sentença justa. No fundo, durante o longo período de vigência do sistema de prova legal, teve mais sentido renunciar à avaliação dessa credibilidade e conceder em contrapartida um valor privilegiado aos juramentos, numa abordagem próxima à dos antigos ordálios¹². Isto era igualmente absurdo, mas, pelo menos, obtinha-se uma espécie de “justiça”, por assim dizer, dando razão a quem tivesse comparecido ao processo trazendo mais pessoas que o defendessem, i.e., mais testemunhas¹³. Quanto mais não seja, decidia-se em prol daquele que contava com maior apoio no grupo, o que devia favorecer sem dúvida a convivência pacífica, que, ao fim e ao cabo, é a razão de

⁵ Mas nem sempre, vide Bull, R. “The investigative interviewing of children and other vulnerable witnesses: Psychological research and working/professional practice”, *Legal and Criminological Psychology* 2010, 15, p. 6 e 9.

⁶ McEwan, J., “The testimony of vulnerable victims and witnesses in criminal proceedings in the European Union”, *ERA Forum* 2009, 10, p. 379.

⁷ Lamb, M.E. / Orbach, Y. / Herschkowitz / Esplin, P.W. / Horowitz, D., “Structured forensic interview protocols improve the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol”, *Child Abuse Negl.* 2007, 31(11-12), p. 1202.

⁸ Vide as diferentes formas de guiar o menor em Pires de Sousa, L. F., *Prova testemunhal*, Coimbra 2020, pp. 55 e ss.

⁹ Gudjonson, G. / Vagni, M. / Maiorano, T. / Giostra, V. / Pajardi, D., “Trauma symptoms of sexual abuse reduce resilience in children to give ‘no’ replies to misleading questions”, *Personality and Individual Differences*, 168, 2021, p. 1 e ss. Benedan, L. / Powell, M. B. / Zajac, R. / Lum, J.A.G. / Snow, P., “Suggestibility in neglected children: The influence of intelligence, language, and social skills”, *Elsevier, Child Abuse & Neglect*, 79, 2018, p. 51. Roma, P. / Sabatello, U. / Verrastro, G. / Ferracuti, S., “Comparison between Gudjonsson Suggestibility Scale 2 (GSS2) and Bonn Test of Statement Suggestibility (BTSS) in measuring children’s interrogative suggestibility”, *Personality and Individual Differences* 51, 2011, p. 488. Glynn Crane, M., “Childhood Trauma’s Lurking Presence in the Juvenile Interrogation Room and the Need for a Trauma-Informed Voluntariness Test for Juvenile Confessions”, *South Dakota Law Review*, vol. 62, n.º 3, 2017, p. 626. Vide também Petzoldt, V. “Ermittlungsarbeit mit Kriminalitätstraumatisierten Personen”, *Siak-Journal*, 2/2021, pp. 44-45.

¹⁰ Montanari Vergallo, G. / Marinelli, E. / Mastronardi, V. / Di Luca, N.M. / Zaami, S., “The credibility of testimony from minors allegedly victims of abuse within the Italian legislative framework”, *International Journal of Law and Psychiatry* 56, 2018, p. 61.

¹¹ Bull, R. “The investigative interviewing of children and other vulnerable witnesses: Psychological research and working/professional practice”, *Legal and Criminological Psychology* 2010, 15, p. 5.

¹² Patetta, F. *Le ordalie*, Torino 1890, pp. 14-15.

¹³ Degli Ubaldi, Baldo, *Practica Baldi*, Perugia 1521, verso da p. 39. De Vicente y Caravantes, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid 1856, pp. 133 e ss. Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Heidelberg 2012, pp. 128 e ss.

ser do processo e de outras instituições que visam a paz social e, desde logo, o que se depreende da própria noção de “justiça” na nossa cultura. No fundo, o método adotado pelo sistema de prova legal não é tão diferente da validação atual de certas opiniões na ciência jurídica. À revelia de qualquer método científico, consideramos boa uma conclusão simplesmente porque a apoiam vários autores ou porque a maioria da jurisprudência é a favor dessa opção. Funcionamos, efetivamente, na mesma base que o controverso *peer review*. Tudo está sujeito a esse apoio intersubjetivo. A comprovação científica – insisto – parece brilhar muitas vezes pela sua ausência. Temos, com efeito, uma disciplina que se baseia na aplicação prática de uma pura falácia *ad populum*. Mas essa é outra questão desagradável sobre a qual não me posso agora debruçar.

Em todo o caso, a alternativa ao sistema de prova legal proposta por Bentham nos alvares do século XIX¹⁴, assente indubitavelmente no funcionamento dos júris ingleses, também podia ser mais depurada. Bentham pensava, como a imensa maioria das pessoas noutras épocas¹⁵ e ainda hoje¹⁶, que olhar para a cara e para os gestos do interrogado permitia avaliar a sua credibilidade, a par de uma análise do conteúdo declarado. Baseava-se, além disso, num preconceito muito difundido na sociedade: que a verdade se revelaria se se maltratasse psicologicamente o interrogado, acoçando-o com perguntas, depois de este ter prestado juramento e estar ameaçado penalmente pela sua violação. Daí toda a crença na *cross-examination*, expressa de for-

ma veemente por Wigmore¹⁷, e que, em bom rigor, não é mais do que um método vulgar de tortura. Psicológica e geralmente leve, mas, ainda assim, tortura. Hoje já sabemos, graças aos resultados contundentes das experiências em psicologia do testemunho, que este método de pouco ou nada serve¹⁸. As ameaças ao declarante são contraproducentes para a avaliação da sua credibilidade. Os interrogadores agressivos que jogam dialeticamente com o interrogado manipulam o conteúdo da declaração. Por último, acrescente-se que a crença nos poderes de adivinhação do juiz não era outra coisa senão uma superstição inveterada.

Sem prejuízo de tudo o que precede, falta ainda referir a análise técnica – i.e., não jurídica – da memória do interrogado e das circunstâncias que podem afetá-la, e também do conteúdo da declaração¹⁹. A primeira não é habitualmente acessível a um jurista, pelo menos com a precisão científica desejável. A segunda é mais exequível, mas certamente complicada. Avaliar numa declaração a coerência, a contextualização, a corroboração com outros meios de prova, a ausência de comentários oportunistas, ou até a ausência de motivos para mentir, não é algo fácil nem sequer para um psicólogo do testemunho, se bem que este o faça incomparavelmente melhor do que um jurista. É difícil determinar se a contextualização deve ser avaliada com mais ou menos detalhes e quantos detalhes são suficientes. Não é fácil afirmar categoricamente que qualquer contradição seja um indício de men-

¹⁷ Wigmore, J. H., *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. II, Boston 1904, §1367, p. 1697.

¹⁸ Loftus, *Eyewitness testimony*, Cambridge 1996. Mazzoni, G. *Psicologia della testimonianza*, Roma 2015. Madrid 2010. Digos, M., *Los falsos recuerdos*, Barcelona 1997. Manzanero, A., *Memoria de testigos*, Madrid 2010.

¹⁹ Sobre os dois aspetos e o seu tratamento jurídico, vide desenvolvidamente Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, pp. 213 e ss.

¹⁴ Bentham, J., *Traité des preuves judiciaires*, Paris 1823, pp. 9 e ss.

¹⁵ Partida III, Tít. XVI, Ley 28.

¹⁶ Ekman, P., *Cómo detectar mentiras*, Madrid 2012. Ekman, P., *El rostro de las emociones*, Barcelona 2004.

dacidade, da mesma forma que não é possível asseverar sem hesitações que quem faz um comentário oportunista está a mentir.

Só a corroboração pode ser realmente comprovada, embora, nesse caso, o que muitas vezes tem um potencial valor corroborador, e talvez desnecessário, seja a declaração do interrogado e não o meio de prova que teria servido, em teoria, para corroborar o que este diz. Se encontrarmos sangue de um agressor no corpo de uma vítima, é possível que uma testemunha nos permita confirmar a hipótese da agressão, apesar de, no fundo, essa corroboração ser fraca quando comparada com a força da prova biológica. Habitualmente, a única utilidade do testemunho é expressar um relato de factos que pode tornar-se numa hipótese que abra a investigação ou confirme os seus resultados. No entanto, ao contrário do que – quicá pelo peso da história – se acreditou até agora, o valor do interrogatório é sempre instrumental e não principal, desde que queiramos aproximar-nos da ciência e separar-nos da crença, evidentemente. Surpreender uma testemunha numa contradição ou numa mentira, ainda que possa parecer espetacular e muito revelador – particularmente na cinematografia –, pode ser apenas o fruto da retórica e da manipulação do interrogador – como já foi exposto –, aproveitando-se este último dos nervos do declarante, que simplesmente erra numa resposta mesmo quando pretende dizer a verdade.

Face a esta realidade, e para além dos aspetos já referidos, deve concluir-se que os interrogatórios são de escassa utilidade e que só se devem realizar quando não dispomos de outros meios de prova e, em tais circunstâncias, por um perito especializado, i.e., um psicólogo do testemunho. Um desses casos pode ser precisamente o do menor, que vamos tratar a seguir.

3. A vulnerabilidade de um menor e respetivo interrogatório

Apesar de, em princípio, muitas pessoas podem resistir a um interrogatório, mesmo quando este é desnecessariamente violento do ponto de vista verbal, uma vítima nunca deveria ser exposta a esse risco de vitimização secundária, porque o interrogatório, além do mais, costuma ser de muito pouca utilidade para efeitos probatórios, como acabámos de ver. Seja como for, um menor, vítima ou não, nunca pode ser submetido a algo assim, que alguns classificam, não sem razão, como um “ordálio”²⁰, espelhando com essa palavra mais a violência do que a essência desse ato ancestral. A integridade psicológica do menor exige uma alternativa, o que já foi reconhecido há bastante tempo pelas normas internacionais, se bem que alguns tribunais se tenham mostrado incompreensivelmente insensíveis a esse facto.

O movimento a nível global para proteger o menor nos processos judiciais começou já há uns anos, mas tem sido realmente lento, provavelmente pela resistência em retirar o referido menor, já não das salas de audiências, mas da própria presença judicial. É possível que a fé cega na eficácia da *cross examination* tenha tido um peso demasiado relevante neste tema, uma vez que até em normas muito recentes se nota a insistência em não afastar o menor das audiências judiciais.

Tudo começou em 1989, com o art. 3.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança²¹, que

²⁰ TEDH, S.N. c. Suécia, 2-10-2002 (n.º 34209/96), 47. McEwan, J., “The testimony of vulnerable victims and witnesses in criminal proceedings in the European Union”, *ERA Forum* 2009, 10, p. 373.

²¹ Res. 44/25 de 20 de novembro de 1989. Sobre a transposição da Convenção para o direito interno, *vide*, por exemplo, Forde, L., “The role of the courts in protecting children’s rights in the context of police questioning in Ireland and New Zealand”, *The Howard Journal of Crime and Justice*, 2022, 61, pp. 240 e ss.

deu protagonismo a um conceito que teve muita ressonância nos anos posteriores: o “superior interesse da criança”: “*Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.*”. A Convenção dispôs ainda no seu art. 40º uma protecção processual integral para o menor imputado, atribuindo-lhe todos os direitos do maior de idade de uma maneira adaptada à sua condição²², se bem que, no que concerne ao interrogatório, só lhe tenha reconhecido o direito ao silêncio (art. 40.2.b.iv).

Mais tarde, veio a Decisão-quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001, referente ao estatuto da vítima no processo penal, que deu um passo mais no seu art.º 8, n.º 4, ao dispor o seguinte: “*Quando for necessário proteger as vítimas, designadamente as mais vulneráveis, dos efeitos do seu depoimento em audiência pública, cada Estado-Membro assegura o direito de a vítima poder beneficiar, por decisão judicial, de condições de depoimento que permitam atingir esse objectivo por qualquer meio compatível com os seus princípios jurídicos fundamentais.*” Deste modo, estava-se finalmente a reconhecer de forma expressa que era necessário fazer alguma coisa a respeito dos interrogatórios de menores para que não fossem realizados como os de qualquer adulto. Além disso, a comparecência em audiência pública na presença de um juiz foi especificamente apontada como problemática.

²² Outros passos seriam dados neste sentido *a posteriori*. Vide Radi, I., “Right of the child to information according to the Directive 2016/800/EU on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 2, 2018, pp. 468 e ss. Rap. S.E. / Zlotnik, D., “The Right to Legal and Other Appropriate Assistance for Child Suspects and Accused”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 26, 2018, pp. 110 e ss.

Pouco depois, somou-se a este processo evolutivo o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. No caso *S.N. c. Suécia*²³, os juízes de Estrasburgo insistiram igualmente em tomar medidas para garantir a integridade do menor, sem prejudicar, no entanto, os direitos de defesa. A ponderação efetuada neste sentido não foi, porém, acompanhada de mais concretizações.

Neste seguimento, surge em 2005 a sentença do conhecido caso *Pupino* do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias²⁴. Aí, sim, já começa a aparecer a desejada precisão no tratamento de um menor numa sala de audiências, mencionando-se a possibilidade de este declarar fora do tribunal e antes do início do processo na sua fase oral²⁵, evitando-se, na medida do possível, a repetição da declaração²⁶. Nesta resolução declarou-se ainda que a condição do menor que alega sofrer maus-tratos é suficiente para o considerar vulnerável²⁷.

²³ TEDH *S.N. c. Suécia*, 2-10-2002 (n.º 34209/96).

²⁴ TJCE *C-105/2003* 16-6-2005. Sobre este acórdão, vide, entre outros, Schünemann, B., “Protection of children and other vulnerable victims against secondary victimisation: making it easier to testify in Court”, *ERA Forum* 2009, 10, pp. 387 e ss.

²⁵ “*o órgão jurisdicional nacional deve ter a possibilidade de autorizar que crianças de tenra idade, que (...) aleguem ter sido vítimas de maus tratos, prestem o seu depoimento segundo modalidades que permitam assegurar a estas crianças um nível adequado de protecção, por exemplo sem ser na audiência pública e antes da sua realização.*”

²⁶ N.º 56: “*...a possibilidade, no que diz respeito às vítimas particularmente vulneráveis, de utilizar um procedimento especial, como é o caso do incidente da produção antecipada de prova prevista pela legislação de um Estado-Membro, bem como das formas especiais de depoimento igualmente previstas, se este procedimento der melhor resposta à situação dessas vítimas e se impuser para prevenir a perda dos elementos de prova, para reduzir ao mínimo a repetição dos interrogatórios e para evitar as consequências prejudiciais, para as referidas vítimas, do seu depoimento em audiência pública.*”

²⁷ N.º 53: “*Porém, independentemente da questão de saber se a circunstância de a vítima de uma infracção penal ser menor é suficiente, em geral, para a qualificar como particularmente vulnerável na aceção da decisão-quadro, é incontestável que quando, como no processo principal, crianças de tenra idade aleguem ter sido vítimas de maus tratos, para cúmulo por parte de uma educadora de infância, essas crianças devem ser qualificadas como tal, considerando nomeadamente a sua idade, bem como a natureza e as consequências das infracções de que alegam ter sido vítimas,*

Pouco mais de um mês depois, as Nações Unidas, na sessão plenária do Conselho Económico e Social, adotaram a resolução *Diretrizes para a Justiça em Processos que envolvem Crianças Vítimas ou Testemunhas de Crime*²⁸. Nela se reconheceu, já sem reservas, a vulnerabilidade dos menores vítimas e testemunhas de factos puníveis, estabelecendo-se a necessidade de adotar medidas legislativas, nomeadamente processuais²⁹, em todos os Estados para prevenir danos subsequentes nas suas pessoas e a necessidade de formar profissionais adequados para acompanhar tais medidas. Também se referiu expressamente que o menor é vulnerável por definição, particularmente se é do sexo feminino³⁰. No que toca ao interrogatório, previu-se que os menores fossem ouvidos sobre como prestar a declaração, a fim de os proteger mais eficazmente³¹. Mas o importante é que, além de tudo isso, se estabeleceu já um protocolo concreto³²: (1) que dispõe a criação de salas de interrogatório especialmente concebidas de modo a não serem agressivas para os menores; (2) que contempla a possibilidade de, no mesmo sentido, se modificarem as salas de au-

diência já existentes com vista a proporcionar um ambiente agradável para o menor; (3) que limita o número de interrogatórios ou entrevistas cognitivas com o menor e prevê a possibilidade de prescindir da *cross examination*, respeitando os direitos de defesa, evitando o contacto visual com o acusado e interrogando os menores de uma forma sensível à sua idade, sem intimidação e com acesso à ajuda de psicólogos, embora não se defina qual deva ser a extensão da referida ajuda³³. Sem dúvida, esta Resolução de 2005 é o documento de referência nesta matéria, uma vez que é aquele que contém mais detalhes ao respeito.

Dois anos volvidos, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos voltou a pronunciar-se no caso *W.S. c. Polónia*³⁴, insistindo na utilidade da entrevista cognitiva conduzida por psicólogos e sugerindo, se esta não for possível, pelo menos a realização de um interrogatório na presença desses mesmos psicólogos e da progenitora do menor, interrogatório esse que deverá ser gravado para poder ser examinado posteriormente³⁵.

Todas estas sugestões foram vertidas nas *Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa*

com vista a beneficiar da protecção específica exigida pelas referidas disposições da decisão-quadro.”

²⁸ ECOSOC Resolution 2005/20, 22-7-2005, Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime.

²⁹ I. 4. In implementing the Guidelines, each jurisdiction should ensure that adequate training, selection and procedures are put in place to protect and meet the special needs of child victims and witnesses of crime, where the nature of the victimization affects categories of children differently, such as sexual assault of children, especially girls.

³⁰ II. 7. (b) Recognizing that children are vulnerable and require special protection appropriate to their age, level of maturity and individual special needs; (c) Recognizing that girls are particularly vulnerable and may face discrimination at all stages of the justice system.

³¹ VIII. 21. (b) Ensuring that child victims and witnesses are enabled to express freely and in their own manner their views and concerns regarding their involvement in the justice process, their concerns regarding safety in relation to the accused, the manner in which they prefer to provide testimony and their feelings about the conclusions of the process.

³² N.º XI.

³³ XI. 31. (c) To ensure that child victims and witnesses are questioned in a child-sensitive manner and allow for the exercise of supervision by judges, facilitate testimony and reduce potential intimidation, for example by using testimonial aids or appointing psychological experts.

³⁴ TEDH W.S. c. Polónia, 24-9-2007 (n.º 21508/02).

³⁵ 61. However, the Court observes that it has not been shown or argued that the authorities envisaged or made attempts, either at the investigation stage, or later, before the court, to test the reliability of the victim in a less invasive manner than direct questioning. This could have been done, for example, by more sophisticated methods, such as having the child interviewed in the presence of a psychologist and, possibly, also her mother, with questions put in writing by the defence, or in a studio enabling the applicant or his lawyer to be present indirectly at such an interview, via a video-link or one-way mirror (*Accardi and Others v. Italy* (dec.), cited above; *S.N. v. Sweden* cited above, § 13). Had the authorities in the present case taken measures which would have allowed the court to have at its disposal, for instance, a recording of the interview which the psychologists had with the victim, the applicant's defence rights would have been better safeguarded.

sobre a justiça adaptada às crianças³⁶, que foram precedidas em 2007 pela *Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais* (arts. 30º-36º)³⁷. Aquelas insistiam particularmente na necessidade de gravar as entrevistas e audiências do menor e estabeleciam a necessidade de este ser examinado, sempre que possível, apenas por “profissionais formados” através de uma entrevista cognitiva³⁸, evitando-se a sua repetição que, caso sucedesse, deveria ser realizada pelo mesmo profissional que a primeira.

Por agora, este périplo rumo à protecção do menor nos tribunais culminou de uma forma um tanto ou quanto acidentada³⁹ com a *Diretiva (UE) 2016/800 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2016 relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal*, que acrescenta ao já exposto anteriormente uma especial preocupação pela averiguação das condições particulares de cada menor, determinando um exame individual para este efeito (art. 7º), a fim de se estabelecerem os elementos concretos da sua vulnerabilidade. Não obstante, em relação aos interrogatórios, só se dispõe a sua gravação (art. 9º), não se referindo a intervenção de psicólogos, mas apenas a formação de juízes e procuradores

em psicologia infantil⁴⁰, o que parte provavelmente da crença – comum entre alguns juízes⁴¹ – de que um interrogatório não traumatiza o menor, o que é manifestamente decepcionante, dado que um jurista não pode ter a veleidade de ser mais do que um psicólogo amador, a não ser que conjugue efetivamente a sua profissão habitual com a formação e experiência de psicólogo, o que é dificilmente exequível⁴². Este importante tema nem sequer é realmente desenvolvido nos artigos da diretiva, apesar, por exemplo, dos estudos do protocolo NICHHD⁴³ que existem sobre o assunto⁴⁴. Também não há qualquer referência à câmara de Gesell, que,

⁴⁰ N.º 63 do preâmbulo da diretiva: “Os Estados-Membros deverão tomar medidas apropriadas para assegurar que os juízes e os magistrados do Ministério Público que intervêm em processos penais em que intervenham menores possuam competências específicas neste domínio ou tenham acesso efetivo a formação específica, nomeadamente no que diz respeito aos direitos dos menores, a técnicas de interrogatório adequadas, à psicologia infantil e à comunicação numa língua adaptada aos menores. Além disso, os Estados-Membros deverão tomar medidas apropriadas para promover a oferta dessa formação específica aos advogados mandatados em processos penais em que intervenham menores.”

⁴¹ Chaaya, M., “Children’s Evidence in Sexual Abuse Cases: The Need for Radical Reappraisal”, cit., p. 266.

⁴² Vide Anzenberger P., *Vernehmung von Verbrechensopfern und Minderjährigen im Zivilverfahren nach §§ 289a und 289b ZPO*, ÖJZ 2017, p. 256.

⁴³ Este protocolo (<https://nichdprotocol.com>) começou a ser adotado no Canadá, em 2000. Vide Ball, E. / Ball, J. / La Rooy, D., “The National Institute of Child Health and Human Development (NICHD) Protocol. Interview Guide”, Royal Holloway University London 9-8-2017. <http://nichdprotocol.com/wp-content/uploads/2017/09/InteractiveNICHD-Protocol.pdf>. La Rooy, D., Brubacher, S. P., Aromäki-Stratos, A., Cyr, M., Hershkowitz, I., Korkman, J., Myklebust, T., Naka, M., Peixoto, C. E., Roberts K. P., Stewart H., & Lamb M. E., “The NICHD Protocol: A review of an internationally-used evidence-based tool for training child forensic interviewers”, *Journal of Criminological Research, Policy and Practice*, 2, 2015, pp. 76 e ss. Lamb, M.E., Brown, D.A., Orbach, I.H.Y., Esplin, P.W., *Tell Me What Happened: Questioning Children About Abuse*, Hoboken 2018.

⁴⁴ Lamb, M.E. / Orbach, Y. / Hershkowitz / Esplin, P.W. / Horowitz, D., “Structured forensic interview protocols improve the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol”, cit. p. 1201 e ss. Otgaar, H. / de Ruiter, C. / Sumampouw, N. / Erens, B. / Muris, P., “Protecting Against Misinformation: Examining the Effect of Empirically-Based Investigative Interviewing on Misinformation Reporting”, *Journal of Police and Criminal Psychology*, jul. 2020, pp. 1 e ss.

³⁶ Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, 17-11-2010.

³⁷ CETS, N. 201, Lanzarote 25-10-2007. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=201>

³⁸ 64. *Interviews of and the gathering of statements from children should, as far as possible, be carried out by trained professionals.*

³⁹ Vide De Vocht, D., et al., “Procedural Safeguards for Juvenile Suspects in Interrogations. A Look at the Commission’s Proposal in Light of an EU Comparative Study”, *New Journal of European Criminal Law*, 5, 2014, pp. 480 e ss. Sommerfeld, M., „Die EU-Richtlinie über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder (= Personen im Alter von unter 18 Jahren), die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, und ihre Umsetzung ins deutsche Jugendstrafverfahrensrecht“, *ZfJ* 4/2018, pp. 296 e ss.

embora muito controversa⁴⁵, afasta ao menos parcialmente a intervenção direta de juízes, advogados e procuradores.

Seja como for, o que se conclui de tudo o que precede é que hoje em dia já ninguém discute que o menor é vulnerável⁴⁶, se bem que ainda não tenham ficado especificadas todas as razões científicas que o justificam⁴⁷, mas apenas algumas delas. A neurociência comprovou, de forma bastante clara, uma redução do volume do hipocampo e da amígdala⁴⁸ associada ao choque pós-traumático⁴⁹. Parece que a maior flexibilidade cerebral assim como a imaturidade do lóbulo pré-frontal e do sistema límbico⁵⁰ do menor o tornam mais facilmente vulnerável do que uma pessoa adulta, o que constitui razão suficiente para o afastar de qualquer experiência traumática. E o interrogatório judicial é sem dúvida uma dessas experiências⁵¹; mais ainda nos casos em que o menor presta uma declaração sobre um crime que sofreu na pele. Acresce que essa experiência traumática se traduz posteriormente num

quociente de inteligência mais baixo, em dificuldades para processar emoções e para se concentrar, prestar atenção e interpretar as emoções alheias e pistas sociais⁵². Consequentemente, as dúvidas expressas pelo então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no caso Pupino (2005) sobre o estatuto do menor como vulnerável devem considerar-se superadas, sendo conveniente que haja no processo, não só para os menores, mas em geral, um acompanhamento psicossocial das vítimas⁵³.

O que ainda não se superou são as hesitações quanto à necessidade de que seja um psicólogo⁵⁴ – e não um juiz, um procurador ou um polícia – quem realize o interrogatório ao menor. Neste momento ainda existe uma resistência de certa forma excessiva em proteger não só o menor, mas também as vítimas em geral⁵⁵, das salas de audiência, e inclusivamente em afastar o referido menor dos advogados, particularmente dos do acusado. Continua-se a partir de uma fé absurda nos interrogatórios e estabelece-se nestes casos de uma forma irracional uma relação entre estes e o direito de defesa. Até os próprios psicólogos se mostram resistentes a reconhecer factos potencialmente comprovados no seu parecer como fruto da sua entrevista, alegando que essa é uma tarefa judicial que não lhes compete e que o seu parecer se limita à averiguação das condições de credibilidade do menor⁵⁶.

⁴⁵ Apesar de se afastar do tema, *vide* Ossmer, C., “Normal Development: The Photographic Dome and the Children of the Yale Psycho-Clinic”, *Isis*, vol. 111, n.º 3, set. 2020, pp. 516 e ss.

⁴⁶ *Vide* algumas experiências e consequências dramáticas dessa vulnerabilidade em Guerrini, F., „Über Sexualität sprechen, über Gewalt schweigen. Zur Dethematisierung sexueller Gewalt in jugendamtinternen Sittlichkeitsdiskursen (1945-1960)“, *Jahrbuch erziehungswissenschaftliche Geschlechterforschung. Generation und Sexualität*, 16/20, pp. 51 e ss.

⁴⁷ De Vocht, D., *et al.*, “Procedural Safeguards for Juvenile Suspects in Interrogations. A Look at the Commission’s Proposal in Light of an EU Comparative Study”, *New Journal of European Criminal Law*, 5, 2014, p. 489.

⁴⁸ Glynn Crane, M., “Childhood Trauma’s Lurking Presence in the Juvenile Interrogation Room and the Need for a Trauma-Informed Voluntariness Test for Juvenile Confessions”, *cit.* p. 644.

⁴⁹ Benedan, L. / Powell, M. B. / Zajac, R. / Lum, J.A.G. / Snow, P., “Suggestibility in neglected children: The influence of intelligence, language, and social skills”, *Elsevier, Child Abuse & Neglect*, 79, 2018, p. 52.

⁵⁰ Glynn Crane, M., “Childhood Trauma’s Lurking Presence in the Juvenile Interrogation Room and the Need for a Trauma-Informed Voluntariness Test for Juvenile Confessions”, *cit.* pp. 628, 639 e ss.

⁵¹ Chaaya, M., “Children’s Evidence in Sexual Abuse Cases: The Need for Radical Reappraisal”, *cit.*, p. 270.

⁵² Glynn Crane, M., “Childhood Trauma’s Lurking Presence in the Juvenile Interrogation Room and the Need for a Trauma-Informed Voluntariness Test for Juvenile Confessions”, *cit.* p. 652.

⁵³ Behrmann *et al.* (ed.), *Psychosoziale Prozessbegleitung*, Opladen; Berlin e Toronto 2022.

⁵⁴ *Vide* Martire, K.A. / Kemp, R.I., “Can experts help jurors to evaluate eyewitness evidence? A review of eyewitness expert effects”, *Legal and Criminological Psychology*, 2011, 16, p. 24 e ss.

⁵⁵ Acker, T., „Mehr Opferschutz bei Vernehmungen im Strafverfahren“, *NK* 33, 4/2021, pp. 489 e ss.

⁵⁶ *Vide* Montanari Vergallo, G. / Marinelli, E. / Mastronardi, V. / Di Luca, N.M. / Zaami, S., “The credibility of testimony from minors allegedly victims of abuse within the Italian legislative framework”, *cit.* p. 59.

Em seguida veremos se tudo isto se adequa aos dias de hoje. Importa valorar, portanto, de um ponto de vista científico, a potencialidade e utilidade da entrevista cognitiva.

4. A avaliação psicológica da credibilidade do menor

Na verdade, a informação sobre este ponto é lamentavelmente escassa, embora provavelmente suficiente de modo a avaliar se é mais conveniente, para efeitos probatórios, que um juiz, procurador ou advogado realize o interrogatório a um menor ou um psicólogo.

Importa frisar desde já que, no mundo do Direito, o interrogatório de um menor não possui qualquer tipo de estratégia, a não ser proibi-lo de prestar declarações – o que foi feito historicamente⁵⁷ – e evitar o seu confronto visual com o agressor. Contudo, sobre a valoração deste interrogatório⁵⁸, – que deveria ser o essencial para efeitos probatórios –, não se diz absolutamente nada, quase como no interrogatório de maiores de idade, que nalguns ordenamentos preserva ainda antigas normas do sistema de prova legal⁵⁹.

Não obstante, no mundo da Psicologia existem pelo menos algumas metodologias⁶⁰. Uma das mais

difundidas é conhecida por *Statement Validity Assessment* (SVA)⁶¹ e consiste numa entrevista cognitiva ao menor que tem como fase prévia a familiarização do profissional com os autos do caso, formulando-se, já após a sua leitura, as primeiras hipóteses sobre a “origem da declaração”, i.e., sobre a verosimilhança dos factos a declarar e que foram discriminados na *notitia criminis*. Essas hipóteses são depois contrastadas na entrevista em si, que será adaptada ao caso e circunstâncias do menor e que, precisamente com a mesma finalidade, também incluirá questionários sobre personalidade e capacidade cognitiva – estando esta última habitualmente relacionada com a idade, embora nem sempre⁶², pois há grandes diferenças entre menores da mesma idade consoante a sua maturidade, a existência de possíveis transtornos mentais, o consumo de estupefacientes, etc.⁶³. Por último, tem-se acesso à avaliação de resultados que se distribui por cinco grandes fases:

- a. Análise dos critérios de credibilidade: entre 19 critérios, procede-se à análise da coerência e contextualização da declaração, da quantidade de detalhes fornecidos, da linguagem empregada ou das sensações do menor⁶⁴.

29

⁵⁷ *Fuero Juzgo*, Lib. II, tít. IV, XII.

⁵⁸ *Vide in extenso* Conteras Rojas, C., *La valoración de la prueba de interrogatorio*, Madrid 2015.

⁵⁹ Sobre alguns destes défices, *vide* De Vocht, D., *et al.*, “Procedural Safeguards for Juvenile Suspects in Interrogations. A Look at the Commission’s Proposal in Light of an EU Comparative Study”, *New Journal of European Criminal Law*, 5, 2014, p. 503.

⁶⁰ *Vide* Montanari Vergallo, G. / Marinelli, E. / Mastronardi, V. / Di Luca, N.M. / Zaami, S., “The credibility of testimony from minors allegedly victims of abuse within the Italian legislative framework”, cit. p. 60: “The scientific community has set up several methodologies to be applied to the questioning of child and adolescent witnesses in a judicial setting, e.g., the Step-Wise interview (Goodman *et al.*, 1998), the Cognitive Interview (Kohnken, Thurer, & Zorberber, 1994; Mestitz, 2003, chap. 2), and the Structured Interview (Klettke, Halford, & Mellor, 2016; Lamb, Orbach, Hershkowitz, Esplin, & Horowitz, 2007).”

⁶¹ Na explicação vou seguir Köhnken, G. / Manzanero, A.L. / Scott, M. T., “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 2015, pp. 13 e ss. *Vide também* Bueno Ochoa, L., “El protocolo SVA como sistema de análisis de validez de las declaraciones en contextos forenses”, en Fuentres-Planas (ed.), *Concepciones sistemáticas y visiones literarias del derecho. Principios del Derecho VI*, Madrid 2020, pp. 441 e ss.

⁶² *Vide* Brewer, N. / Keast, A. / Sauer, J.D., “Children’s eyewitness identification performance: Effects of a Not Sure response option and accuracy motivation”, *Legal and Criminological Psychology*, 2010, 15, p. 264.

⁶³ Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 16.

⁶⁴ *Vide* desenvolvimente Steller, M. / Köhnken, G., “Análisis de declaraciones basados en criterios”, em Raskin (ed.), *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales*, pp. 217 e ss, Bilbao 1994. *Vide também*

- b. Diagnóstico dos resultados apreciando a capacidade cognitiva do menor, a sua experiência prévia relacionada com os factos – abusos anteriores, visualização de pornografia, por exemplo –, bem como o tempo decorrido desde os factos e outras circunstâncias ambientais.
- c. Análise da consistência da declaração.
- d. Estudo da evolução da declaração desde a denúncia inicial e ao longo das diferentes entrevistas, incluindo uma análise da reação de outras pessoas à declaração inicial.
- e. Análise da motivação (interesse do menor em declarar falsamente, fantasiando, atribuindo o abuso a outra pessoa por pressões de terceiros ou vontade de os ajudar, etc.)⁶⁵.

Fica assim concluído o exame, avaliando-se, por último, as hipóteses do princípio e expondo-se os resultados, que são relacionados com os autos. É importante que o profissional mantenha sempre a neutralidade, afastando-se da sugestão, i.e., que não se empenhe especialmente em descobrir, por exemplo, se existiram abusos sexuais⁶⁶. Ou seja, exatamente o oposto do que costumam fazer os polícias e juízes abusando do método indutivo⁶⁷, que naturalmente provoca o viés confirmatório⁶⁸ e que nestas situações foi descrito acertadamente como “efeito túnel”⁶⁹.

Underdeutsch, “The development of statement reality analysis”, em Yuille (ed.), *Credibility Assessment*, Dordrecht 1988, pp. 101 e ss.

⁶⁵ Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 15.

⁶⁶ Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 15.

⁶⁷ Ruiz Tejedor, M.P., “Valoración de la credibilidad del testimonio en menores abusados sexualmente”, *Boletín Galego de Medicina Legal e Forense*, n.º 11, abr. 2003, p. 88.

⁶⁸ Kahneman, D. / Slovic, P. / Tversky, A. (ed.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge 1982, p. 16.

⁶⁹ Judson, K., “Bias, Subjectivity, and Wrongful Convictions”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, n.º 3, primavera 2017, p. 784.

O método SVA tem obviamente as suas limitações – começando pela atitude do psicólogo –⁷⁰ e não é aplicável a qualquer menor. Contém o CBCA (*Criteria Based Content Analysis*)⁷¹, embora vá mais além desta análise do conteúdo da declaração centrada fundamentalmente na deteção da mentira deliberada, sem se deter, no entanto, em aspetos externos habitualmente irrelevantes, como os gestos do menor⁷². Cabe sublinhar que o papel do SVA não é a deteção da mentira, mas sim a deteção da incorreção da declaração, cuja causa pode ser certamente a tal mentira deliberada. Também podem existir erros não intencionais, como a má interpretação do ocorrido⁷³ ou até a sempre enigmática falsa memória⁷⁴, cujo carácter espontâneo ou criado é habitualmente problemático⁷⁵.

É importante que a entrevista não se repita, não só pela já conhecida vitimização secundária do menor, mas porque é uma oportunidade perigosa para reconstruir a memória e alterar a realidade⁷⁶.

Ao ler o acima referido, que é apenas um resumo extraordinariamente condensado do SVA, percebe-se muito facilmente que a análise dos psi-

Leo, R.A., “Police Interrogation, False Confessions, and Alleged Child Abuse Cases”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, n.º 3, primavera 2017, p. 710.

⁷⁰ Godoy-Cervera, V. / Higuera, L., “El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio”, *Papeles del Psicólogo*, 2005, vol. 26, p. 97.

⁷¹ Sobre o mesmo, Godoy-Cervera / Higuera, “El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio”, cit. pp. 92 e ss.

⁷² Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 17.

⁷³ Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 15.

⁷⁴ Diges, M. *Los falsos recuerdos*, Barcelona 1997.

⁷⁵ Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 16.

⁷⁶ Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 15. Loftus, E., *Eyewitness Testimony*, Cambridge 1996, pp. 88 e ss.

ólogos está a anos-luz da dos juristas interrogadores, de forma que provavelmente a única coisa que deveríamos sentir seria vergonha por estarmos instalados na simples e rudimentar intuição e não termos em consideração praticamente nada do que foi exposto anteriormente. Aliás, quando algum jurista mais experiente tenta aprofundar algum dos conteúdos do SVA, procurando sobretudo os motivos das testemunhas para mentir, esquadrinhando as suas capacidades cognitivas ou até apreciando a capacidade de contextualização da testemunha, as perguntas formuladas costumam ser declaradas impertinentes pelos juízes por não terem que ver diretamente – e supostamente – com o objeto do processo... Poderia dizer-se realmente que, em comparação com o exame de um psicólogo, os interrogatórios dos juristas estão claramente na pré-história e são praticamente ordálicos.

E tudo isto no que diz respeito aos maiores de idade. Quanto aos menores, a tentativa de interrogatório por um jurista é simplesmente uma aberração que deve ser expulsa definitivamente dos nossos tribunais e, melhor ainda, das nossas leis. Um jurista pode avaliar eventualmente a credibilidade de um maior de idade, ainda que com enormes limitações. No caso do menor de idade, é-lhe simplesmente impossível fazê-lo, caindo sobretudo alguns juízes e procuradores – e também polícias, que nem sequer são juristas – numa enganadora “sensação de saber” influenciada por todo o tipo de preconceitos, fundamentalmente⁷⁷ – mas não só – gestuais. Basta conversar com alguns polícias para nos darmos conta da importância que dão aos olhares e às primeiras reações de uma pessoa para

a considerar suspeita... e de como os seus interrogatórios não passam de processos psicologicamente coercivos para que o detido sinta que foi “apanhado” e que a única saída desse estado de desespero é a confissão, minimizando as repercussões da mesma⁷⁸, o que, por sua vez, conduz à obtenção de declarações de culpabilidade de pessoas inocentes⁷⁹. O problema é que os preconceitos dos polícias se transmitem com enorme facilidade a juízes e procuradores, condicionando assim todo o processo até à própria sentença⁸⁰.

Posto isto, é preciso aprofundar um pouco mais as evidentes limitações do SVA, a fim de avaliar a sua aceitabilidade científica num processo.

5. Cumprimento de padrões científicos da entrevista cognitiva

Muitos cientistas, especialmente nos últimos tempos, aproximaram-se do processo judicial, prometendo maravilhas que não são reais. Isto ocorreu particularmente nos E.U.A., devido ao seu sistema de júris, mas também noutros países. Procuradores e advogados apenas procuram impressionar um conjunto de pessoas leigas que devem julgar, sem apresentarem as razões que as levam a declarar uma pessoa como culpada ou inocente. Neste contexto, apresentar uma prova “científica” espetacular é o que desejam todos os participantes, no intuito de poderem resolver o caso de maneira praticamente mágica. Porém, essa magia costuma ser *junk science*,

31

⁷⁷ Vide alguns desses preconceitos sociais em George, R. / Ferguson, S. *Review into de Criminal Justice System response to adult rape and serious sexual offences across England and Wales*, Research Report, HM Government, jun. 2021, pp. 71-72.

⁷⁸ Leo, R.A., “Police Interrogation, False Confessions, and Alleged Child Abuse Cases.”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, n.º 3, primavera 2017, p. 713.

⁷⁹ Glynn Crane, M., “Childhood Trauma’s Lurking Presence in the Juvenile Interrogation Room and the Need for a Trauma-Informed Voluntariness Test for Juvenile Confessions”, cit. p. 627, 648 e ss. Leo, R.A., “Police Interrogation, False Confessions, and Alleged Child Abuse Cases.”, cit. p. 704.

⁸⁰ De Vocht, D., et al., “Procedural Safeguards for Juvenile Suspects in Interrogations”, cit. pp. 482-483.

i.e., ciência-lixo. Foi o que aconteceu sobretudo com algumas supostas provas neurocientíficas de triste memória⁸¹, mas também com o polígrafo⁸² e até, às vezes, com análises parapsicológicas das mais divertidas.

No intuito de evitar que toda esta imundície pseudocientífica chegasse ao processo judicial, o Supremo Tribunal dos E.U.A. proferiu em 1993 uma sentença que acabou por se tornar histórica e que integrou uma série de três decisões conhecidas pelo nome de uma das partes do primeiro processo: Daubert⁸³. Nessas decisões⁸⁴, o tribunal exigiu que, a partir desse momento, esses pareceres periciais, antes de entrarem no processo e formarem parte do material de prova, fossem analisados pelos juízes através de cinco critérios com o objetivo de certificar a sua adequação científica:

1. Que a técnica utilizada pelo perito tenha sido suficientemente testada face a eventuais erros.

2. Que a técnica tenha sido revista por outros cientistas e eventualmente publicada.
3. Que o perito indique o grau de acerto da técnica.
4. Justificação da manutenção de padrões de qualidade no uso da técnica.
5. Consenso na comunidade científica sobre a fiabilidade da técnica.

A questão é saber se a análise SVA cumpre os referidos critérios. E, neste sentido, a resposta é altamente comprometedora. A análise SVA foi especialmente concebida para responder ao primeiro critério, dado que a sua própria realização visa ser em si mesma um método de geração e infirmação de hipóteses, tendo-se recolhido uma quantidade bastante significativa de dados para o efeito⁸⁵. Também responde sem problemas ao segundo, por ter sido amplamente revista por pares científicos, muitos dos quais a validaram. O cumprimento do quarto critério poderia ser controlado *a posteriori*, tendo em conta que a gravação da entrevista e os materiais utilizados poderão ser completamente revistos, incluindo a competência do psicólogo⁸⁶, pois, como vimos, a técnica de entrada já exige certos parâmetros de qualidade.

Porém, é no terceiro e quinto critérios que a técnica falha. Em nenhum momento se fala de percentagens de acerto, que são, por si só, impossíveis de obter em cada caso concreto, pelo que provavelmente este critério deveria ser posto de parte, como ocorre com outras técnicas, particularmente

⁸¹ Vide Julià Pijoan, M., *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interpretación desorientada*, Madrid 2020, pp. 111 e ss.

⁸² Vide National Research Council (Committee to Review the Scientific Evidence on the Polygraph), *The polygraph and lie detection*, 2003, pp. 212 e ss.

⁸³ Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993), General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997), Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).

⁸⁴ Sobre as mesmas, Faigman, D. L., “The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Managing Scientific Evidence in the Age of Science”, *Legal Studies Research Paper Series*, n.º 19, 46 UC Davis Law Review 2013, p. 104. Fournier, L. R., “The Daubert Guidelines: Usefulness, Utilization, and Suggestions for Improving Quality Control”, *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 5, 2016, p. 308. Garrie, D.I B., “Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 12, 2014, 2, p. 122. Vázquez, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid 2015, p. 125. Taruffo, M., “La prova científica. Cenni generali”, 47 *Ragion pratica* 2016, p. 335 e ss. Dondi, A., “Paradigmi processuali ed ‘expert witness testimony’ nel diritto statunitense”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996, pp. 261 e ss. Auletta, F., *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002. Ansanelli, V., *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano 2011.

⁸⁵ Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 14.

⁸⁶ Este parece ser um problema recorrente. Vide Bull, R. “The investigative interviewing of children and other vulnerable witnesses: Psychological research and working/professional practice”, cit. p. 7. Stalker, K. / McArthur, K., “Child Abuse, Child Protection and Disabled Children: A review of recent research”, *Child Abuse Review* Vol. 21, 2012, p. 34.

as que provêm da psiquiatria⁸⁷. Isto, não constitui, no entanto, um motivo para deixar de realizar o exame, dado que este ajuda realmente os juízes e tribunais a desempenharem o seu papel sem porem o menor em risco.

Mas é justamente a incapacidade de determinar o grau de acerto⁸⁸, devido à falta de resultados empíricos consistentes na doutrina⁸⁹, que faz com que a comunidade científica revele os seus receios, demasiados talvez, em relação ao SVA. Seguramente que, se pudesse haver alguns progressos no terceiro critério, a comunidade científica dissiparia essas dúvidas, mas, por agora, não é o caso. Este aspeto deve ser inevitavelmente tido em conta para efeitos processuais.

6. Conclusão: um meio de prova demasiado suscetível de controvérsia

Tudo isto conduz a um final de certa forma dececionante, ao menos na aparência. Se já assumíamos à partida que, nos processos, os interrogatórios deveriam ser certamente preteridos a favor das provas periciais, deparamo-nos agora com um método que constitui sem dúvida uma prova pericial, mas que, apesar de ser muito melhor do que o interrogatório de um menor conduzido por um

jurista, não deixa de ser um meio de prova com uma fiabilidade demasiado escassa para efeitos, por exemplo, de obter uma declaração de culpabilidade. Também não seria suficiente para sustentar uma exclusão da culpabilidade, mas, nesse caso, pelo menos a vigência da presunção de inocência torna tudo bastante mais fácil.

Não obstante, para condenar, ainda que não entremos na lógica dos padrões de prova, são precisos mais elementos de apreciação que as palavras do menor, conquanto provenham do SVA. Partindo desta técnica, o estudo da personalidade do acusado bem como dos danos físicos e psicológicos que o menor tenha eventualmente sofrido poderão ser úteis, mesmo se o SVA fornecer dados interessantes que possam abrir outros caminhos probatórios, como a comprovação dos ambientes em que ocorreu o crime, ou inclusive a existência de outras denúncias sobre factos parecidos relativos ao arguido. Apesar do perigo que representa considerar esta última hipótese – uma suposta plurirreincidência – do ponto de vista da presunção de inocência, pelo menos é mais um dado que pode acabar por conformar a convicção judicial de um modo razoável.

Dito isto, parece óbvio que se trata de um meio de prova dificilmente evitável se existiu uma denúncia de um crime cometido contra um menor. Porém, quando não for imprescindível por ser particularmente evidente a agressão com base num relatório médico convincente⁹⁰, vídeos, fotografias ou gravações, por exemplo, acompanhados de um parecer pericial médico que confirme os danos so-

⁸⁷ American Psychiatric Association, *Manual diagnóstico estadístico de los trastornos mentales, DSM-5*, Madrid 2014.

⁸⁸ É demolidora a análise de Cooper, Penny, et al. "One Step Forward and Two Steps Back? The '20 Principles' for Questioning Vulnerable Witnesses and the Lack of an Evidence-Based Approach." *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 22, n.º 4, out. 2018, p. 396-397. De 20 princípios para avaliar pessoas vulneráveis, só dois são apoiados por evidências científicas.

⁸⁹ Benedan, L. / Powell, M. B. / Zajac, R. / Lum, J.A.G. / Snow, P., "Suggestibility in neglected children: The influence of intelligence, language, and social skills", cit. p. 52. Brewer, N. / Keast, A. / Sauer, J.D., "Children's eyewitness identification performance: Effects of a Not Sure response option and accuracy motivation", *Legal and Criminological Psychology*, 2010, 15, p. 261. Bull, R. "The investigative interviewing of children and other vulnerable witnesses: Psychological research and working/professional practice", *Legal and Criminological Psychology* 2010, 15, p. 14.

⁹⁰ O que nem sempre é fácil, vide Barnes, P., "Child Abuse - Nonaccidental Injury (NAI) and Abusive Head Trauma (AHT) - Medical Imaging: Issues and Controversies in the Era of Evidence-Based Medicine." *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, n.º 3, primavera 2017, pp. 679 e ss. Ta Yo Yu, D. / Ngo, T.L. / Goldstein, M., "Child Abuse – A Review of Inflicted Intraoral, Esophageal, and Abdominal Visceral Injuries", *Clinical Pediatric Emergency Medicine*, Vol. 17, n.º 4, pp. 284 e ss.

fridos pelo menor, a entrevista cognitiva ao menor afigura-se desnecessária, por muito enriquecedora que se pense poder ser, pois estaríamos possivelmente a cair no mesmo preconceito em relação à importância da *cross examination*, assumindo falsamente que esta prova é insubstituível. Em contrapartida, se temos outros elementos de convicção que proporcionam informação suficiente para afirmar que os factos ocorreram, não se deve importar o menor submetendo-o a um exame que jamais esquecerá. Não tem sentido. Insisto, se, por exemplo, um agressor sexual gravou em vídeo os atos criminosos que cometeu contra o menor e se se consegue localizar esse vídeo, que sentido tem o menor reviver a experiência? Se existe, por exemplo, uma gravação em que o agressor reconhece os factos e até se alonga em detalhes, constando no processo suficientes indícios, porque havemos de fazer perguntas sobre os mesmos à vítima menor ou até aquela que já é maior de idade?

Excetuando esses casos particularmente evidentes, que são mais frequentes atualmente do que o que parece por causa da grande presença da tecnologia nas nossas vidas quotidianas⁹¹, a entrevista cognitiva não poderá ser dispensada, correndo a defesa o risco de ficar sem material probatório para realizar o seu trabalho, ao questionar, por exemplo, a regularidade e verosimilhança do exame pericial fruto da entrevista cognitiva. Ainda assim, nos dias que correm deveria abandonar-se por completo a possibilidade de os juristas interrogarem os menores. A entrevista cognitiva só deverá ser realizada se não restar outra alternativa. Essa será a única oportunidade de examinar o menor. Há que ter muito cuidado em realizá-la corretamente desde o princípio, caso contrário, é possível que não haja provas no processo, com as inevitáveis consequências que isso implica.

⁹¹Vide desenvolvidamente Merkel, L., *Derechos humanos e investigaciones policiales: Una tensión constante*, Madrid 2022, pp. 251 e ss.

O CONTRIBUTO DE MENORES NAS REDES SOCIAIS: O CASO DA PLATAFORMA YOUTUBE LLC

Catarina Zamith de Almeida

Licenciada e Mestre em Direito (Ciências Jurídico – Políticas) pela FDUC

Palavras-chave: *plataformas de Partilha de Vídeos; Menores; Diretiva 2018/1808; Direitos de Personalidade*

Keywords: *video-Sharing Platforms; Minors; Directive 2018/1808; Personality Rights*

Resumo: *No presente artigo, é abordada a interação dos menores com as plataformas de partilha de vídeos, designadamente a YouTube LLC, tanto como audiência dos vídeos disponibilizados como enquanto criadores de conteúdos, com ênfase sobre a questão da qualificação legal da atividade de criação de conteúdos no contexto da divulgação do quotidiano familiar, no seio dos canais vulgarmente conhecidos como “YouTube Family Channels”.*

Abstract: *The present article addresses the relationship of minors with video-sharing platforms, YouTube LLC, in particular, both as audience and content creators on this platform. Emphasis will be placed on the legal classification of the activity of content creation, when minors are regular participants in the sharing of their families’ daily lives, on channels known as “YouTube Family Channels”.*

1. Introdução

Com o alvor das redes sociais e, em especial, de plataformas *online* de partilha de conteúdos audiovisuais, têm emergido, a par e passo, dificuldades na regulação da presença dos menores nestes espaços. Questões que surgiam nas últimas décadas, quanto à proteção dos direitos de personalidade destes indivíduos, em particular o direito à imagem e o direito à reserva sobre a intimidade da vida pri-

vada, em referência a meios de comunicação social como jornais e, com relevância exponencialmente pertinente, na televisão, têm hoje um cenário de particular complexidade jurídica: a *internet*. A introdução da plataforma YouTube LLC (doravante, YouTube), no ano de 2005, foi particularmente auspiciosa: cedo se reconheceram as virtudes do *site*, desenhado para levar os utilizadores a partilharem, mediante a criação de uma conta – conhecida, na plataforma, como canal – as suas criações vídeo originais com uma audiência ilimitada de interessados. Na recente jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)¹, a YouTube foi definida enquanto plataforma na qual “[...] utilizadores podem carregar (fazer *upload*) gratuitamente os seus próprios vídeos e colocá-los à disposição de outros internautas” (§19 do Acórdão).

De entre os milhões de utilizadores, há canais detidos por menores de dezoito anos (desde que, segundo a YouTube, autorizados pelos seus representantes legais), isto é, aqueles cujos conteúdos são criados e produzidos por estes. Neste estudo, centrar-nos-emos, especificamente, sobre os vídeos carregados e publicados em canais que são detidos por famílias, protagonizados pelos membros que dela são parte, de modo a retratar o dia a dia das suas rotinas, vulgarmente conhecidos por *You-*

¹ Processos apensos C-682/18 e C-683/18 – YouTube and Cyando, ECLI:EU:C:2021:503.

Tube Family Channels (doravante, YFC).

Para efeitos deste trabalho, utilizaremos a expressão “audiência de conteúdos” para nos referirmos aos indivíduos que, estando ou não registados na YouTube, acedem e visualizam os conteúdos audiovisuais disponíveis neste *site*, constituindo os seus espectadores. Já a expressão “criadores de conteúdos”, traduzida do termo anglo-saxónico *content creators*, remete para os utilizadores registados na plataforma e que dispõem de um canal na YouTube para partilhar conteúdos audiovisuais originais com uma audiência de espectadores. Não estamos seguros do mérito desta designação: por um lado, é certo que a atividade de criação de conteúdos é uma atividade que primordialmente gera conteúdos originais, sobre os quais há direitos de autor (o que pode ficar pouco claro com o vocábulo “criação” ou a expressão “vídeos gerados pelos utilizadores”). Por outro lado, a legislação europeia tem utilizado o termo “conteúdos” para se referir a programas de todos os tipos, não obstante optar ainda pela referência a “obras” noutras instâncias (como a tradicional menção às “obras europeias”). Embora aparentemente inócua e na ausência de desenvolvimentos doutrinários especializados mais esclarecedores sobre o tema, tendemos a considerar que o facto de esta distinção existir não deve comportar uma diferenciação quanto à dignidade de qualquer das formas de criação artística audiovisual. Para efeitos de simplificação e uniformização, recorreremos à útil referência a “criadores de conteúdos”.

Na primeira parte desta análise, introduziremos os aspetos legais atinentes ao funcionamento dos serviços de plataformas de partilha de vídeos na União Europeia (UE) e em Portugal. De seguida, faremos uma breve descrição da regulação existente para a proteção dos menores enquanto audiência dos conteúdos publicados nestas plataformas.

Na derradeira parte do trabalho, focar-nos-emos sobre a regulação da atividade de criação de conteúdos *per se*, com ênfase sobre o contributo dos menores na YouTube.

2. A Plataforma: Enquadramento Legal

2.1. Direito da União Europeia

O quadro legal no Direito da UE é fornecido, desde logo, pela Diretiva 2010/13/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de março de 2010, vulgarmente conhecida como Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual, que tutela o regime dos fornecedores dos serviços da sociedade de informação. Depressa se compreendeu que a prestação de serviços da sociedade de informação era indissociável da realidade das redes sociais e da ubiquidade da *internet*². Assim, mais tarde, a Diretiva foi alterada pela Diretiva 2018/1808, do Parlamento e do Conselho, de 14 de novembro de 2018 (art. 1.º), que veio a esclarecer que os serviços de redes sociais são abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2010/13/UE, quando consubstanciem serviços de plataformas de partilha de vídeos, isto é, quando “[...] o fornecimento de programas e de vídeos gerados pelos utilizadores constituir uma das suas funcionalidades essenciais” (considerando 5 da Diretiva 2018/1808)³. O legislador europeu adianta ainda, no mesmo considerando, que o “[...] fornecimento de programas e de vídeos gerados pelos utilizadores poderá ser considerado como constituindo uma funcionalidade essencial do serviço de redes sociais se o conteúdo audiovisual não

² As motivações para a inclusão dos serviços de redes sociais no âmbito de aplicação da Diretiva 2010/13/UE são elencadas no considerando 4 da Diretiva 2018/1808.

³ Vide ainda a alínea aa) do número 1 do art. 2.º da Lei n.º 74/2020, de 19 de novembro.

for meramente acessório em relação às atividades desse serviço de redes sociais, ou se não constituir uma parte menor dessas atividades”⁴.

Para precisar o regime jurídico aplicável aos serviços de plataformas de partilha de vídeos, foi incluída na Diretiva 2010/13/UE – pela mesma Diretiva 2018/1808 – um capítulo (Capítulo IX-A) dedicado à identificação das plataformas sob jurisdição da Diretiva, tendo-se postulado que as plataformas estão sob jurisdição da Diretiva quando estejam ou se considerem – pela verificação de determinadas circunstâncias – estabelecidas num Estado-Membro (doravante, EM) da UE (art. 28.º-A/1). Este *country of origin principle* pretendeu dotar as entidades prestadoras de serviços de maior facilidade para operar no mercado da UE, já que, cumprindo a lei do EM a que se sujeitam, atuam *ipso facto* em conformidade com a legislação europeia, não carecendo de observar legislações diferentes em cada EM em que os seus serviços são disponibilizados (art. 28.º-B/2).

Para facilitar a identificação das plataformas sob jurisdição da Diretiva 2010/13/UE, dispõe o diploma que “Os Estados-Membros elaboram uma lista dos fornecedores de plataformas de partilha de vídeos estabelecidos ou considerados como estabelecidos no seu território [...]” (art. 28.º-A/6), que é comunicada à Comissão, instituição responsável pela posterior compilação dessas listas numa base de dados que pode ser consultada pelo público (art. 28.º-A/6, §2), a *MAVISE Database*. A data de conclusão deste trabalho, não consta da *MAVISE*

o EM no qual a YouTube está estabelecida⁵, pelo que partiremos do pressuposto que a YouTube está sujeita à jurisdição da Diretiva, por hipotética aplicação dos números 1 ou 2 do art. 28.º-A.

Não obstante a aparente simplicidade do processo⁶ – o EM regista a plataforma, nos termos do art. 28.º-A, ficando esta sujeita ao direito nacional aplicável aos serviços de partilha de vídeos e, por meio da transposição da Diretiva, também ao direito da UE sobre a matéria – o TJUE recebeu, recentemente, em sede de reenvio prejudicial, três questões, remetidas pelo *Verwaltungsgerichtshof*, relativas à aplicação do direito austríaco a serviços de plataformas que se dizem sediadas na Irlanda⁷. O direito austríaco impõe, conforme descrito no caso em apreciação, medidas muito limitativas ao funcionamento dos prestadores de serviços de comunicação, sejam eles nacionais ou estrangeiros, sediados, ou não, neste EM. Embora estas medidas não se apliquem às plataformas de partilha de vídeos quanto aos programas e vídeos gerados pelos utilizadores nelas disponibilizados (§10), devem aplicar-se, entende a autoridade nacional deste EM, “[...] às restantes mensagens ou disponibilizações de teor conceptual (em especial, comentários)”.

⁵ O facto de, até ao momento, nenhum EM ter registado a YouTube foi confirmado junto dos responsáveis pela *MAVISE Database*. Esta base de dados é atualizada de dois em dois meses, embora se reconheçam as limitações inerentes, desde logo, as dificuldades de transposição da Diretiva 2018/1808 nos diferentes EMs, mesmo atendendo ao facto de o prazo de transposição da mesma já ter expirado em setembro de 2020 (art. 2.º da Diretiva). A *MAVISE Database* é da responsabilidade do Observatório Europeu do Audiovisual, órgão do Conselho da Europa. A Comissão Europeia representa os 27 EMs da UE neste Observatório.

⁶ Para além do problema enunciado, a doutrina dá conta de outros, desde logo a potencial regulação de secções das plataformas de partilha de vídeos enquanto serviços audiovisuais *on-demand*. Vide KUKLIS, L’uboš, “Video-Sharing Platforms in AVMSD – A New Kind Of Content Regulation”, *Research Handbook on EU Media Law and Policy*, (ed. PARCU, Pier L. e BROGI, Elda), Edward Elgar Publishing, 2021, pp.303-325.

⁷ Processo C-376/22 – Resumo do pedido de decisão prejudicial – Google Ireland Limited, Meta Platforms Ireland Limited, Tik Tok Technology Limited v Komm Austria, *Jornal Oficial da União Europeia* de 19/9/2022.

⁴ O conceito é desenvolvido através da Comunicação da Comissão: Orientações sobre a aplicação prática do critério de funcionalidade essencial da definição de «serviço de plataforma de partilha de vídeos» ao abrigo da Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual, (2020/C 223/02), de 7 de julho de 2020.

Decorre da Diretiva 2010/13/UE que os “Estados-Membros devem assegurar a liberdade de recepção e não colocar entraves à retransmissão nos seus territórios de serviços de comunicação social audiovisual provenientes de outros Estados-Membros” (art. 3.º/1), embora estejam previstas exceções a esta regra geral (art. 3.º/2). Importará, para o TJUE, saber se as medidas impostas pelo direito da Áustria se podem considerar necessárias (na aceção do art. 3.º/4) e se, assim legitimadas, se podem aplicar aos referidos conteúdos “de teor conceptual”, como comentários, ou, ao inverso, se os “comentários aos vídeos também fazem parte dos serviços da plataforma de partilha de vídeos” (como defendem as plataformas, §9), estando abrangidos pelo *country of origin principle*. Resumidamente, a questão terceira endereçada ao TJUE é a de saber se o *country of origin principle* comporta exceções, permitindo à lei do EM onde a plataforma opera regular os aspetos não harmonizados pela Diretiva⁸ (salvaguardando o cumprimento de disposições gerais relativas aos prestadores de serviços de comunicação, designadamente o art. 3.º/1,4), como são – na perspetiva do estado austríaco – os comentários deixados pelos utilizadores na plataforma.

Uma vez averiguado que as plataformas estão estabelecidas num EM, a Diretiva 2018/1808 remete (art. 28.º-A/5) o regime de responsabilidade destas plataformas para os arts. 3.º e 12.º a 15.º da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000 – a Diretiva sobre o comércio eletrónico – dos quais resulta a não responsabilização – conhecida como *Safe Harbour* – dos prestadores pelas informações transmi-

tidas e a inexistência de uma obrigação geral de vigilância relativamente aos conteúdos divulgados. Esta responsabilidade muito *sui generis* é decorrência das características específicas dos serviços de plataformas de partilha de vídeos e, em particular, da YouTube: a capacidade de operarem com uma multitude de conteúdos criados pelos seus utilizadores⁹ – beneficiando das potencialidades da tecnologia Web 2.0 – e de suportarem os riscos inerentes à partilha desses vídeos, preservando um poder de organização de conteúdos (*organisational control*), que substitui a tradicional responsabilidade editorial, que se reconhece à atividade de comunicação social¹⁰.

O *Safe Harbour* que consta da Diretiva 2000/31/CE opera colocando o ónus de identificação de infrações de direitos sobre os detentores desses direitos¹¹, pelo que os EMs “[...] não imporão aos prestadores [...] uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes”.

O reconhecimento, pela Diretiva 2018/1808 (através da remissão para a Diretiva 2000/31/CE), da neutralidade das plataformas de partilha de vídeos quanto aos conteúdos nelas publicados, é diverso do que vigora em sede de violação de direitos de autor, do que consta da Diretiva 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril

⁹BRIDY, Annemarie, “The Price of Closing the Value Gap: How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform”, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Volume 22, Issue 2, 2020, pp. 323-357, p. 327. A Diretiva 2018/1808 admite que as plataformas de partilha de vídeos “[...] determinam normalmente a organização dos conteúdos [...]”, desde logo, os vídeos gerados pelos utilizadores, “[...] inclusive através de meios automáticos ou de algoritmos” (considerando 47).

¹⁰Sobre as diferenças entre ambos, é muitíssimo esclarecedor o artigo de VAN DRUNEN, M.Z., “The post-editorial control era: how EU media law matches platforms’ organisational control with cooperative responsibility”, *Journal of Media Law*, 12:2, pp. 166-190, em especial pp. 169-171.

¹¹BRIDY, Annemarie, *Op. Cit.*, p. 329.

⁸A Diretiva 2010/13/UE clarifica, na nova redação, que, para as *plataformas sobre as quais os EMs têm jurisdição*, é possível que adotem “[...] regras mais pormenorizadas ou mais rigorosas nos domínios coordenados pela presente diretiva, desde que essas regras não infrinjam o direito da União” (art. 4.º/1).

de 2019¹², atinente aos direitos de autor e direitos conexos na sociedade da informação, a qual prevê que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha (art. 2.º/6) – cuja definição abarca plataformas de partilha de vídeos como a YouTube – realizam atos de comunicação ao público (art. 17.º/1), pelo que, quando o façam, podem ser responsabilizados por esses atos de comunicação, bem como pela colocação à disposição do público de obras protegidas por direitos de autor (17.º/4), a não ser que demonstrem que foram empreendidos todos os esforços e diligências para a impedir¹³.

Assim, segundo o art. 17.º/3, “Quando os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam atos de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público nas condições estabelecidas na presente diretiva, a limitação

¹²Esta não foi ainda, até ao momento de conclusão deste trabalho, transposta em Portugal. Segundo a Proposta de Lei n.º 114/XIV/3.ª, as principais alterações que a Diretiva 2019/790 suscitará serão ao Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos.

¹³Processos apensos C-682/18 e C-683/18 – YouTube and Cyando, ECLI:EU:C:2021:503. Uma vez que a Diretiva 2019/790 não vigorava ao tempo dos factos, entendeu o TJUE, em 2021, (reservando ao órgão jurisdicional de reenvio a palavra final sobre este aspeto - §90 do Acórdão), em concordância com o afirmado pelo Advogado-Geral no processo (§92 da Opinião), que a YouTube não realizava atos de comunicação ao público de obras protegidas por direitos de autor (§102). O Tribunal considerou que a intervenção da YouTube era apenas a de disponibilização dos meios – a plataforma – para tornar público o acesso aos conteúdos, pelo que “[...] os conteúdos potencialmente ilegais não são carregados nas plataformas em causa pelos operadores, mas sim pelos utilizadores, que atuam de forma autónoma e sob a sua própria responsabilidade” (§71). Assim, a responsabilização da YouTube pela informação carregada pelos seus utilizadores na plataforma seria possível apenas se o prestador tivesse “[...] conhecimento dos atos ilegais concretos dos seus utilizadores relativos a conteúdos protegidos que foram carregados na sua plataforma” (§118). Para além de prever que a YouTube pode emitir atos de comunicação ao público, a formulação que consta da Diretiva para a não responsabilização das plataformas de partilha de vídeos é bastante mais específica e exigente, conforme se retira do art. 17.º/4.

A Diretiva 2019/790 não é isenta de controvérsias, tendo sido objeto de um recurso de anulação (art. 263.º do Tratado sobre o Funcionamento da UE, TFUE), instaurado pela Polónia, reclamando a eliminação do art. 17.º/4, que considera, em traços gerais, atentador dos direitos de liberdade de expressão e informação. Vide Processo C-401/19 – República da Polónia v Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia, ECLI:EU:C:2022:297.

da responsabilidade prevista no art. 14.º, n.º1, da Diretiva 2000/31/CE não se aplica às situações abrangidas pelo presente artigo”, pelo que se pode concluir que este instrumento reduz o âmbito de aplicação da Diretiva 2000/31/CE¹⁴, ficando o *Safe Harbour* inaplicável nas situações enunciadas. No entanto, a Diretiva 2019/790 esclarece que se mantém a aplicabilidade do art. 14.º “[...] para fins não abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva”, isto é, a não responsabilização mantém-se quando o ilícito gerador de responsabilidade diga respeito a outros ramos do direito (art. 14.º/1, §2)¹⁵.

Para além dessa diferença, e apesar de a Diretiva 2019/790, no seu considerando 66 (formulação idêntica à que consta do art. 17.º/8), estatuir que “as obrigações estabelecidas na presente diretiva não deverão levar os Estados-Membros a imporem uma obrigação geral de monitorização”, – obrigação esta, recorde-se, que o art. 15.º da Diretiva 2000/31/CE, sob epígrafe “Ausência de obrigação geral de vigilância”, diz inexistir¹⁶ –, a doutrina¹⁷

¹⁴PEGUERA, Miquel, “The New Copyright Directive: Online Content-Sharing Service Providers lose eCommerce Directive immunity and are forced to monitor content uploaded by users (Article 17)”, 26 de setembro de 2019, Kluwer Copyright Blog, disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/09/26/the-new-copyright-directive-online-content-sharing-service-providers-lose-ecommerce-directive-immunity-and-are-forced-to-monitor-content-uploaded-by-users-article-17/> (último acesso: 1/10/2022).

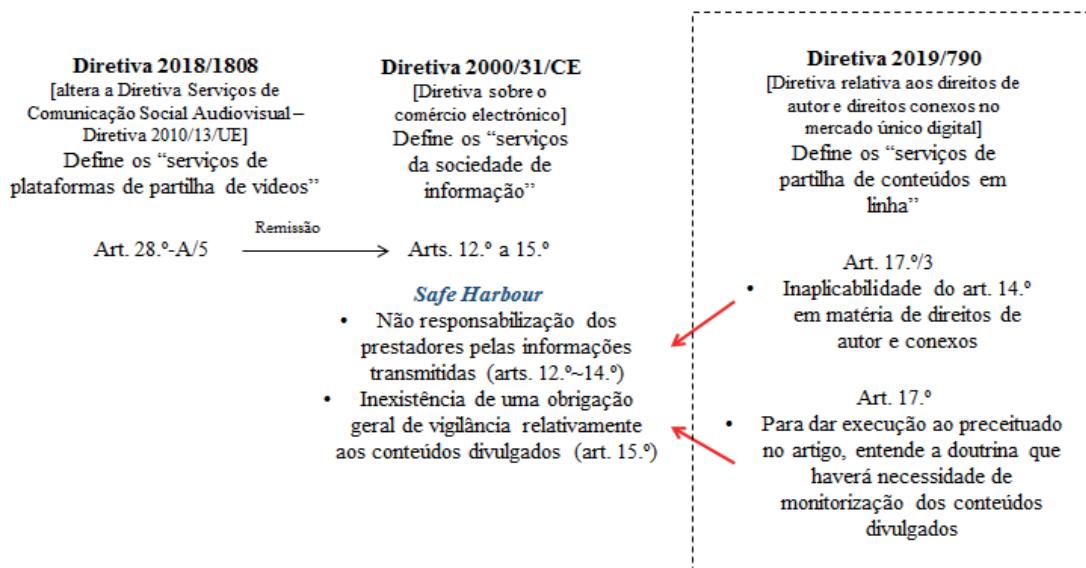
¹⁵*Ibidem*.

¹⁶A inexistência de uma obrigação de monitorização de toda a informação transmitida nos serviços de comunicação audiovisual havia sido, explica a doutrina, múltiplas vezes reiterada pelo TJUE, em virtude da desproporcionalidade dos meios tecnológicos exigíveis para a concretizar e do impacto sobre os direitos fundamentais dos utilizadores. Vide ESPIN ALBA, Isabel, “Online content sharing service providers’ liability in the directive on copyright in the Digital Single Market”, *UNIO - EU Law Journal*, Vol. 6, No. 1, January 2020, pp 100-114, p. 107.

¹⁷LEITÃO, Luís M., “A Transposição da Directiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Abril de 2019, relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 81, Vol. 3-4 (Jul.-Dez. 2021), pp. 473-492,

tem compreendido que, na prática, as tecnologias que terão de ser aplicadas nas plataformas, de modo a dar cumprimento ao art. 17.º, convergem no corolário último de monitorização dos conteúdos aí publicados¹⁸.

Quadro 1 – A Responsabilidade das Plataformas de Partilha de Vídeos



Recuperando a Diretiva 2018/1808, a sujeição da YouTube às disposições desta, enquanto plataforma de partilha de vídeos, impõe que esta entidade cumpra determinadas orientações relativamente aos vídeos que disponibiliza, de entre as quais enfatizamos, para efeitos deste trabalho, as que dizem respeito à proteção de menores enquanto audiência de conteúdos. Assim, para além dos múltiplos considerandos que introduzem este diploma e que se referem à importância deste aspeto¹⁹, dedica-se es-

p. 482; QUINTAIS, João Pedro, The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look, *European Intellectual Property Review*, Vol. 42(1), 2020, pp. 28-41, p. 39.

¹⁸ Não pretendendo divagar sobre esta temática, cuja complexidade é meritória de uma mais minuciosa análise, assinala-se que a YouTube introduziu, em 2007, a tecnologia *Content ID*, que permite, por meio da comparação de um conteúdo carregado na plataforma com os ficheiros de conteúdos sobre os quais há direitos autorais, identificar potenciais infrações a esses direitos. Vide BRIDY, Annemarie, *Op. Cit.*, p. 330. A autora salienta as fragilidades deste sistema e o impacto sobre as plataformas de partilha de vídeos e os seus utilizadores.

Sobre a correta interpretação que deve ser dada ao art. 17.º, vide ainda a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: Orientações sobre o art. 17.º da Diretiva 2019/790 relativa aos direitos de autor no mercado único digital, COM/2021/288 final, 4 de junho de 2021.

¹⁹ Salientamos, em particular, os números 1,4,19, 20, 21, 45, 47 e 51.

pecificamente o art. 28.º-B a orientar as plataformas de partilha de vídeos relativamente à obrigação de proteger os “[...] menores contra programas, vídeos gerados pelos utilizadores e comunicações comerciais audiovisuais suscetíveis de prejudicar o seu desenvolvimento físico, mental ou moral [...]” (art. 28.º-B/1/a)), impondo que, para efeito da proteção de menores, “[...] os conteúdos mais nocivos devem ser sujeitos a medidas de controlo do acesso o mais rigorosas possível” (art. 28.º-B/3). A Diretiva elenca, ao longo do número 3 do mesmo artigo, um conjunto de medidas – que, na prática, se reconduzem a funcionalidades de que as plataformas devem estar dotadas – a implementar para prosseguir o objetivo enunciado.

2.2 Direito Português²⁰

Em Portugal, a Diretiva 2018/1808 foi transposta pela Lei n.º 74/2020, de 19 de novembro, que alterou (arts. 2.º, 3.º e 4.º) a Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, conhecida como “Lei da Televisão”, que integra hoje as disposições relativas aos serviços de plataformas de partilha de vídeos (art. 1.º) sob jurisdição portuguesa (art. 3.º), definindo ainda aquilo que constituem os “programas” (art. 2.º/1/q)) e os “vídeos gerados pelos utilizadores” (art. 2.º/1/bb)) disponibilizados por estes serviços. Nos termos do número 1 do art. 19.º da Lei da Televisão, compete à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), em Portugal, organizar um registo dos operadores de fornecimento de plataformas de partilha de vídeos “[...] com vista à publicitação da sua propriedade, da sua organização, do seu funcionamento e das suas obrigações, assim como à proteção da sua designação”.

²⁰ Vide também: “Mapping of national rules applicable to video-sharing platforms: Illegal and harmful content online”, European Audiovisual Observatory, Strasbourg 2021, pp. 390-400.

O Decreto Regulamentar n.º 7/2021, de 6 de dezembro, altera (art. 2.º) e republica em anexo (art. 6.º) o Decreto Regulamentar n.º 8/99, de 9 de junho, que passou a prever o registo (art. 2.º/i)), num livro para o efeito (art. 9.º/1/j)), pela ERC, das “[...] plataformas de partilha de vídeos, bem como dos respetivos operadores e fornecedores, nacionais ou sujeitos à jurisdição do Estado Português nos termos do direito internacional aplicável” (art. 1.º/1 da nova redação). Do registo dos fornecedores de plataformas de partilha de vídeos constam determinados elementos (art. 36.º-J do Decreto Regulamentar n.º 7/2021 e art. 19.º/3 e 4 da Lei da Televisão), incluindo a identificação dos responsáveis por cada plataforma e o endereço geográfico onde se encontra estabelecida (art. 36.º-J/c) e d)), sendo que só após esse registo poderá a plataforma dar início à sua atividade (art. 36.º-L)²¹.

3. Menores enquanto Audiência de Conteúdos

Para esclarecer a amplitude dos conceitos utilizados nos instrumentos que a plataforma emitiu para autorregular o serviço que presta, a que nos referiremos ao longo deste trabalho, denote-se que a YouTube define como menor aquele que se encontra “[...] *under the legal age of majority – usually anyone younger than 18 years old in most countries/*

²¹ A regulação portuguesa sobre as plataformas de partilha de vídeos tem algumas limitações. Conforme a Deliberação ERC/2022/99 (TRP-MEDIA), de 6 de abril de 2022, relativa à alteração do âmbito de aplicação da Lei da Transparência dos Media, em virtude da inexistência da responsabilidade editorial, de que falámos (Nota 10), nas plataformas de partilha de vídeos, estes serviços estarão fora do âmbito de aplicação da Lei da Transparência (Lei n.º 78/2015, de 29 de julho) (§19). LAMEIRAS, Mariana, “Video-sharing platforms are not subject to state media regulation”, IRIS 2022-6:1/3, European Audiovisual Observatory (Council of Europe) 2022, disponível em: <https://merlin.obs.coe.int/download/9515/pdf> (último acesso: 22/10/2022).

regions”²², em harmonia com o disposto no Código Civil (CC) português, o qual dispõe que, recorde-se, “É menor quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade” (art. 122.º).

Já o conceito de ‘criança’ é, por si só, merecedor de ulteriores considerações. A YouTube esclarece que o vocábulo ‘criança’ é utilizado com o significado atribuído pelo *Children’s Online Privacy Protection Act*, diploma atinente à proteção de menores na internet, que vigora desde o início do século nos Estados Unidos da América (EUA). Assim, o conceito de ‘criança’ remete para os *individuos com idade inferior a treze anos* (§6501, (1) do documento)²³. Por outras palavras, um menor de idade, nos termos da regulamentação da plataforma, não corresponderá sempre a uma ‘criança’²⁴.

Os vídeos disponibilizados pelos criadores de conteúdos dos YFC têm como destinatários, usualmente, aquilo que a plataforma apelida de *General Audience*, ou seja, o público em geral. Isto significa que os YFC não são obrigados a cumprir a mais rígida regulação associada à classificação *Made for Kids*. Os vídeos sob o rótulo *Made for Kids* são, segundo a YouTube, aqueles que incluem atores, personagens, atividades, jogos, canções, histórias ou outras temáticas que reflitam a intenção de ter

crianças como destinatárias. Ao permitir aos utilizadores identificarem o público-alvo de cada conteúdo, a YouTube dá cumprimento às medidas dispostas na Diretiva 2018/1808 (art. 28.º-B/3/g)²⁵ e arts. 69.º-A e 69.º-C/a) e c) da Lei da Televisão, em Portugal).

O ónus de identificação do público-alvo do conteúdo publicado recai sobre o seu criador, que pode optar entre classificar o conteúdo da sua conta na YouTube como (A) *General Audience* se, mesmo podendo ser apto a ser visualizado por crianças, estas não são os principais destinatários do conteúdo ou se o conteúdo é dirigido a um público juvenil ou adulto; ou (B) *Made for Kids* se os vídeos publicados por aquele utilizador da plataforma têm o objetivo de ter crianças como destinatários. No seio dos conteúdos dirigidos a uma *General Audience*, os menores de idade podem ser protegidos, por exemplo, pela colocação de bloqueios nos vídeos, que exigem uma verificação da idade do utilizador para lhe facultar acesso a certos conteúdos (em consonância com o art. 28.º-B/3/f) da Diretiva e o art. 69.º-C/e) da Lei da Televisão) ou, por exemplo, reportar à plataforma a presença de um conteúdo suscetível de afetar os menores (art. 28.º-B/3/d) e art. 69.º-C/c), d) e g) da Lei da Televisão) e até criar um mecanismo de *restricted access*²⁶ para promover o controlo parental sobre os conteúdos visualizados por menores (art. 28.º-B/3/h) da Diretiva e art. 69.º-C/f) da Lei da Televisão)²⁷.

²² YouTube Help. Child Safety Policy, disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2801999?hl=en#zippy=> (último acesso a 04/06/2022).

²³ Para criar uma conta na YouTube – o que não é necessário para a visualização, mas sim para a publicação de conteúdos – a idade mínima é, em geral, de treze anos. Dado o objeto deste trabalho ser, em específico, o caso dos YFC, em princípio, como veremos, os canais são detidos por adultos. Google Account Help. Age requirements on Google Accounts, disponível em: <https://support.google.com/accounts/answer/1350409#zippy=> (último acesso: 20/10/2022). Não abordaremos as limitações à liberdade negocial derivadas da circunstância de, aquando da criação de uma conta na YouTube, se recorrer ao formato de, aquando da criação de uma conta na YouTube, se recorrer ao formato de, aquando da criação de uma conta na YouTube, se recorrer ao formato de, aquando da criação de uma conta na YouTube, se recorrer ao formato de adesão.

²⁴ YouTube Help. Determining if your content is “made for kids”. How old is a kid?, disponível em <https://support.google.com/youtube/answer/9528076#zippy=%2Chow-old-is-a-kid> (último acesso: 20/05/2022).

²⁵ A avaliação da adequação e eficácia da implementação das funcionalidades obrigatórias cabe à ERC, quando as plataformas estejam sob jurisdição portuguesa (art. 69.º-D).

²⁶ Desconsideramos aqui o mecanismo de controlo parental facultado na aplicação YouTube Kids, visto ser um serviço autónomo relativamente à plataforma de partilha de vídeos YouTube.

²⁷ Este tipo de limites colocados no acesso dos menores aos conteúdos colocados na plataforma foi analisado pelo Grupo de Reguladores Europeus para os Serviços de Comunicação Social Audiovisual (o acrónimo ERGA, em inglês). O estudo, publicado em 2019, parte do pressuposto que a You-

Para referência, a YouTube mobiliza o exemplo de um *vlog*²⁸ de uma família que videografa a sua ida a um parque de diversões, enquanto conteúdo que não é necessariamente orientado para um público infantil. Não há ulteriores passos que possam ser dados para averiguar se a grande parte da audiência de um determinado vídeo é, na realidade, constituída por menores, já que a YouTube esclarece que a recolha de dados que é feita por meio da *YouTube Analytics* – a ferramenta, instituída pela YouTube, que recolhe dados relativos à audiência dos vídeos publicados – que, nas palavras da plataforma, “[...] *isn’t designed to help determine whether children are watching your content*”.

Assim, apesar de algumas dificuldades na aplicação da regulamentação e dúvidas quanto ao efeito prático de certos passos recentemente dados para a proteção de menores enquanto audiência dos conteúdos na plataforma YouTube, é notória a preocupação das entidades europeias e nacionais quando estes emergem do lado passivo da equação. Qual é a atual situação jurídica quando os menores surgem como criadores de conteúdos na plataforma?

4. Da Plataforma à Atividade: Os Menores enquanto Criadores de Conteúdos

Tendo em consideração o quadro legal apresentado, conclui-se que nem a Diretiva 2018/1808²⁹

Tube está submetida à jurisdição da Diretiva 2018/1808 (art. 28.º-A) e que é abrangida pelo conceito de ‘plataformas de partilha de vídeos’ que esta enuncia. Vide: European Regulators Group for Audiovisual Media Services, Subgroup 3, Taskforce 2 on ‘Video-Sharing Platforms (VSPs) under the new AVMS Directive’ – Brussels, 9 April 2019.

²⁸ Sobre o conceito vide: CARRÉLO, Carolina, “YouTube Family Vlogging as a Promoter of Digital Child Labour: A Case Study on ‘The Bucket List Family’”, *Media and Communication Studies: Culture, Collaborative Media and Creative Industries – Two-year Master’s Programme, Malmö University*, pp. 9 e 10.

²⁹ CORREIA, Ana Rita A., “Problemas Jurídicos das Plataformas Eletrónicas de Partilha de Vídeos: A Criação de Conteúdos no YouTube e os seus Limites”, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da

Universidade do Porto na área de especialização em Ciências Jurídico-Privatísticas, outubro de 2019, p. 38.

nem a sua transposição para o ordenamento jurídico português regulam a atividade de criação de conteúdos, dispendo apenas sobre os deveres da YouTube enquanto plataforma de partilha de vídeos.

Para prosseguirmos nesta análise, importa caracterizar, o melhor possível, o contributo de menores para os conteúdos audiovisuais disponibilizados pelos YFC. Em geral, como explicitámos, o aparecimento de menores nestes conteúdos emerge no seio da partilha de rotinas e atividades familiares. O(s) progenitor(es)³⁰ – em grande parte dos casos, as mães, dando origem ao fenómeno do “*Mommy Vlogging*” – é(são) responsável(eis) pela gestão de conteúdos (filma(m), edita(m) e publica(m) os vídeos) e, normalmente, surge(m) como protagonista(s) dos conteúdos disponibilizados. Os menores desempenham, usualmente, um papel secundário neste tipo de vídeos, embora esta perspetiva não deixe de ser alvo de controvérsia. De facto, compreender qual a influência da presença dos menores para o sucesso e a *performance* positiva de um canal cujo objeto é retratar uma família determina se um menor pode ser considerado protagonista ou mero coadjuvante nos vídeos, o que, a par de outros aspetos, como a frequência de *upload* de conteúdos e os lucros auferidos, auxilia a perceber a forma como se poderá, legalmente, proteger os envolvidos nesta atividade.

Assim, os vídeos sobre os quais nos debruçamos enquadram-se no conceito de “vídeos gerados pelos utilizadores” estatuído pela alínea bb) do número 1 do art. 2.º da Lei n.º 27/2007, enquanto, parafraseando a Lei, conjunto de imagens em movimento, com ou sem som, que constitui um elemento autó-

Universidade do Porto na área de especialização em Ciências Jurídico-Privatísticas, outubro de 2019, p. 38.

³⁰ No seio dos YFC não é incomum famílias de acolhimento de menores partilharem também o seu quotidiano, divulgando dados sobre os menores ao seu cuidado.

nomo, independentemente da sua duração, criado por um ou mais utilizadores e carregado para uma plataforma de partilha de vídeos pelo utilizador que o criou ou por outros utilizadores.

A própria YouTube dispõe de um conjunto de orientações para garantir a proteção de menores integrados em conteúdos publicados na plataforma, descrevendo, por exemplo, que devem participar apenas com atividades ajustadas à idade, supervisionados por adultos e vestidos apropriadamente³¹. No entanto, estas orientações são parcas e, embora a plataforma forneça acesso a procedimentos para reportar violações a estas *Community Guidelines*, na prática, a expulsão do criador de conteúdos só acontece, regra geral, se este receber três alertas de violação das condições de utilização do serviço no espaço de 90 dias³².

Embora a realidade de cada YFC seja dispar, existe um aspeto juridicamente pertinente, comum a toda a partilha de conteúdos audiovisuais que integram menores: a circunstância de interferir com direitos de personalidade (arts. 70.º e ss do CC), em particular o direito à imagem (art. 79.º do CC) e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada (art. 80.º do CC), enquanto direitos absolutos, detidos por menores, que não os podem exercer sem representação e cuja violação é sancionada pela responsabilidade civil³³ e confere ao lesado a possibilidade de “[...] requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efei-

tos da ofensa já cometida” (art. 70.º/2 do CC)³⁴.

Assim, perante a descrição feita à atividade dos YFC, é certo que quanto ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, os progenitores estarão, muitas vezes, a consentir na distribuição de conteúdos que têm neles “algo de íntimo e privado”³⁵ e, como veremos de seguida, a expor e lançar no comércio – com fins lucrativos – o retrato de menores (art. 79.º do CC), o que resulta em pelo menos duas dimensões de limitação de direitos de personalidade dos menores, pelo que, atendendo ao caráter irrenunciável e inalienável destes direitos, exige que seja apreciado o consentimento dos lesados, que, por sua vez, obedece ao princípio de que “Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública” (art. 81.º/1 do CC). Em virtude da menoridade e da conseqüente incapacidade para o exercício de direitos (art. 123.º do CC) – a ser suprida, regra geral, pelo poder paternal (art. 124.º do CC) – está legalmente previsto que “O poder de representação compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho [...]” (art. 1881.º/1 do CC).

Dado ser um fenómeno relativamente recente e cujas fragilidades não têm sido muito frequentemente examinadas, procuraremos compreender como se pode caracterizar, juridicamente, a atividade de criação de conteúdos, atendendo à remuneração que gera e frequência com que é praticada.

³¹ YouTube Help. Child Safety Policy. Content Featuring Minors, disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2801999?hl=en#zippy=%2Ccontent-featuring-minors> (último acesso: 04/06/2022).

³² YouTube Help. Channel or Account Terminations. Community Guidelines terminations, disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2802168> (último acesso: 12/10/2022).

³³ É contemplada ainda a possibilidade de se gerar um ilícito criminal, preenchido o tipo legal de crime contido no artigo 190.º do Código Penal.

³⁴ MARQUES, João P. Remédio, “Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade humana na revisão do processo civil de 2012”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, Vols. II / III, Abr./Set. 2012.

³⁵ PINTO, Carlos A. Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição (MONTEIRO, António P. e PINTO, Paulo M.), Coimbra Editora, 2005, p. 212.

4.1 A Atividade

É a própria plataforma que admite a possibilidade de o contributo dos menores para os conteúdos disponibilizados na plataforma ser classificado como trabalho³⁶, reconhecendo que a observância da lei aplicável pode resultar na obrigação de pagamento de um salário aos menores, pagamento de uma parte dos rendimentos auferidos com os vídeos ou conservação dos valores atribuíveis ao trabalho dos menores para estes beneficiarem quando isso seja legalmente possível³⁷.

Em Portugal, a Lei n.º 105/2009, de 15 de setembro, regulamenta a participação de menores em atividades de natureza cultural, artística ou publicitária (por remissão do art. 81.º do CT³⁸). A intervenção legislativa abrange o elenco das atividades permitidas ao menor (art. 2.º) – entre as quais destacamos a participação enquanto ator, figurante ou modelo – e o período laboral autorizado (art. 3.º), introduzindo um aspeto procedimental de assaz relevância: a obrigação de sujeitar a participação do menor em atividade cultural, artística ou publicitária a uma prévia comunicação ou pedido de autorização à Comissão de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ) territorialmente competente (art. 5.º). Embora seja admissível, em certas circunstâncias, o mais simplificado procedimento de comunicação (art. 8.º), o envolvimento de menores de 13 anos na atividade está sempre onerado com um procedimento de autorização (arts. 6.º e 7.º), prévio à participação.

³⁶ O conceito de “trabalho”, na sua aceção técnico-jurídica, consta do art. 11.º do Código do Trabalho (CT).

³⁷ YouTube Help. Best practices for content with children, disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/9229229> (último acesso: 23/06/2022).

³⁸ O Trabalho de Menores encontra-se previsto nos arts. 66.º a 83.º do Código do Trabalho (Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, cuja redação em vigor é dada pela Lei n.º 1/2022, de 3 de janeiro).

Será o contributo dos menores na YouTube uma “atividade de natureza cultural, artística ou publicitária” (art. 81.º do CT e art. 1.º da Lei n.º 105/2009)? Alguns aspetos apontam para a possibilidade de enquadrar esse contributo nesta sede, desde logo a similitude da natureza da participação de menores nestes vídeos com o fenómeno dos *Reality Shows*, já que surge enquanto retratação, em suporte audiovisual, do quotidiano de convivência de um grupo – neste caso, uma família – difundido para um público indeterminado, através de uma plataforma *online* (atributo este que é a peculiaridade que caracteriza o caso da YouTube).

Sobre a participação de crianças em *Reality Shows* em Portugal, somos orientados pela decisão que consta do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de maio de 2019³⁹. O referido aresto debruçou-se sobre a questão da aplicabilidade da Lei n.º 105/2009 à realidade dos *Reality Shows*, já que os recorrentes alegavam que a mobilização deste diploma depende da satisfação de um duplo requisito: por um lado, consideravam que seria necessário que a participação destes jovens nos programas fosse classificada como sendo de natureza laboral e, concomitantemente, que a atividade em causa fosse de “natureza cultural, artística ou publicitária”.

Esclarece o órgão jurisdicional, que, “[...] para a delimitação do âmbito de aplicabilidade da Lei n.º 105/2009 é relevante, não a qualificação da atividade como cultural, artística ou publicitária (elenco visivelmente não taxativo), mas o conceito de “espectáculo”, central na disposição do art. 81.º do Código do Trabalho (referida no art. 1.º) e presente nas disposições do art. 2.º e 5.º da Lei”. Acrescenta ainda que “A doutrina especializada conflui

³⁹ STJ, 30/05/2019, Processo n.º 336/18.4T8OER.L1.S1, Relator: Catarina Serra.

para que o conceito deve ser entendido num sentido (cada vez mais) lato: basta a exposição perante o público, designadamente por meios audiovisuais, para haver espectáculo”, condensando os elementos essenciais para a definição do que é um espectáculo apenas em dois: a existência de uma exibição – passível de ocorrer sob meios audiovisuais, como ocorre na YouTube – e um público – que também existe numa plataforma de partilha de vídeos.

Ainda relativamente à natureza da atividade sobre a qual nos centramos e dada a similitude com os *Reality Shows*, é de mencionar que a exposição de crianças neste tipo de programas é vista negativamente por diferentes ordens profissionais, desde logo pela Ordem dos Advogados e pela Ordem dos Psicólogos Portugueses, cujos pareceres nesta sede, juntamente com as observações feitas pelo *Committee on the Rights of the Child* das Nações Unidas⁴⁰, são mencionados pelo STJ (§40 a 44).

Segundo esta última ordem profissional⁴¹, é reprovável o facto de o consentimento dos pais, verdadeiramente informado e esclarecido, em representação dos filhos menores (124.º do CC), não ser uma garantia, visto que “nem sempre os pais estão preparados para decidir pela criança”, daí a relevância do papel da CPCJ, que não parece estar sensibilizada para a proliferação dos conteúdos com crianças na YouTube. Na realidade, é indiscutível que podemos estar perante um conflito entre os interesses dos progenitores que detêm os canais na plataforma e as crianças que contribuem para a sua popularidade e crescimento. Essencialmente,

salvo melhor opinião, por mais que os pais possam arguir que os menores, a partir do momento que se conseguem expressar, não se opõem à participação nestes vídeos, é certo que “[...] os pais [...] têm o dever de garantir e respeitar os seus direitos. É isso que constituiu o núcleo dos poderes/deveres inerentes às responsabilidades parentais e estas devem ser sempre norteadas, no «superior interesse da criança»”⁴², o que torna assaz duvidoso que seja do superior interesse dos menores “a exposição mediática” (por vezes diária!) dos seus comportamentos⁴³. É ainda pertinente considerar que, para os vídeos publicados, não existe um público definido ou definível. Como já foi referido, a YouTube não dispõe de controlo sobre as suas audiências e parece ser incontornável enfrentar o perigo de os conteúdos com exposição de imagens de menores nas redes sociais aliciarem um grupo populacional específico ou tornarem os menores um alvo vulnerável para a prática de crimes de cariz sexual⁴⁴.

Outrossim, não é inconsequente o facto de os

⁴² Tribunal da Relação de Évora, 25/06/2015, Processo n.º 789/13.7TMSTB-B.E1, Relator: Bernardo Domingues.

⁴³ Segundo a Organização das Nações Unidas, “Os Estados Partes devem garantir que, em todas as ações relativas à disponibilização, regulação, conceção, gestão e utilização do ambiente digital, o interesse superior da criança constitui uma consideração primacial”. Vide: Comitê dos Direitos da Criança: Comentário Geral n.º 25 (2021) sobre os direitos das crianças em relação ao ambiente digital, Título III, B, §12 [Tradução para língua portuguesa elaborada pelo Departamento de Cooperação Judiciária e Relações Internacionais (DCJRI) da Procuradoria-Geral da República de Portugal, com base na versão em língua inglesa disponível na página do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos].

⁴⁴ Veja-se, por exemplo, a mesma preocupação no considerando 12 da Diretiva 2011/93/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil. No mesmo sentido, CALVÃO, Filipa Urbano, “Anotação ao Acórdão da Relação de Évora de 25 de Junho de 2015 – Regulação das Responsabilidades Parentais e Cibercrime”, *Fórum de Proteção de Dados*, n.º 2, Comissão Nacional de Proteção de Dados, janeiro de 2016, pp.134-135.

Apesar desta referência – pertinente para o tema que desenvolvemos – não pretendemos sugerir que se deverá enveredar pela proibição de toda a presença de menores na *internet* pelo simples facto da existência do risco desta realidade. Tal proposição, arriscamo-nos a dizer,

⁴⁰ Committee on the Rights of the Child – Forty-ninth session – Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 44 Of The Convention – Concluding observations: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland – 20/10/2008, §36 e 37.

⁴¹ O Impacto da Exposição de Crianças e Jovens em Programas com Formato de *Reality Show*, Pareceres da Ordem dos Psicólogos Portugueses – 01/2018.

canais dos YFC divulgarem predominantemente – ao contrário do que acontece num *Reality Show*, que pode centrar-se apenas sobre uma única dimensão da vida do menor – conteúdos que dizem respeito tanto ao ambiente familiar como ao restante da esfera da vida privada dos menores, o que acarreta diversos riscos a curto, médio e longo prazo (§65 a 67 do Acórdão do STJ).

4.1.1 A Remuneração

Um dos aspetos centrais da YouTube, quiçá o traço que a torna mais atraente para os criadores de conteúdos, é a possibilidade de estes auferirem remunerações pelos vídeos partilhados na plataforma. No caso de pretenderem usufruir desta vantagem da plataforma, os criadores ‘monetizam’ os seus vídeos, aderindo ao *YouTube Partner Program*⁴⁵, vindo depois a receber, principalmente – já que existem outras formas de gerar rendimentos – receitas de publicidade comercial, colocada antes, durante e/ou após a exibição do vídeo. Nem todos os vídeos são monetizados (a plataforma coloca restrições quanto a esse aspeto, reservando essa opção apenas, grosso modo, aos conteúdos originais ou sobre os quais os criadores tenham direitos de autor ou de transmissão⁴⁶), e a YouTube exige que os canais tenham um total de mil subscritores e quatro mil horas de visualização de conteúdos num período temporal de doze meses antes de aderirem ao *YouTube Partner Program*, para além de

circunscrever a monetização por via do programa aos maiores de dezoito anos⁴⁷, estando os menores sujeitos a apresentar um representante legal para o efeito. A audiência destes conteúdos não sabe se o vídeo está monetizado ou não, apenas os criadores podem aceder a essa informação.

Neste contexto, é certo que os menores não terão acesso direto aos rendimentos que os progenitores auferirem pelos conteúdos que publicam, beneficiando de modo indireto, com a melhoria da situação económica da família, sobretudo quando as mães acumulam a tarefa de domésticas com a produção dos vídeos, situação comum no “*mommy vlogging*”. Embora a YouTube não esclareça esse aspeto, fontes *online*⁴⁸ referem que, dos rendimentos publicitários obtidos, a plataforma recolhe 45%, lucrando enormemente com o contributo dos menores que aparecem nos conteúdos publicados na plataforma. No caso apreciado pelo TJUE *supra* referido⁴⁹, o detentor dos direitos de autor infringidos pelo utilizador da YouTube que os publicou na plataforma procurou ser indemnizado pela plataforma pelos lucros obtidos na disponibilização dos seus conteúdos (§26). Cumpre, porém, esclarecer que, na ótica do TJUE, a YouTube, na prossecução de uma atividade com fins lucrativos, mesmo obtendo receitas publicitárias de vídeos cujo conteúdo se encontra em violação de direitos autorais, não visa “[...] incentivar os utilizadores a carregar tais conteúdos” (§96).

Transpondo este raciocínio do TJUE – já ultra-

inverteria toda a lógica do Direito, que se adapta à vivência numa sociedade de risco.

⁴⁵ YouTube Help. YouTube Partner Program overview & eligibility, disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/72851> (último acesso: 03/06/2022).

⁴⁶ YouTube Help. What kind of content can I monetize?, disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2490020?hl=en#zippy=%2Ci-created-all-the-audio-and-visual-content> (último acesso: 03/06/2022).

⁴⁷ YouTube Help. How to make money on YouTube, disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/72857?hl=en> (último acesso: 03/06/2022).

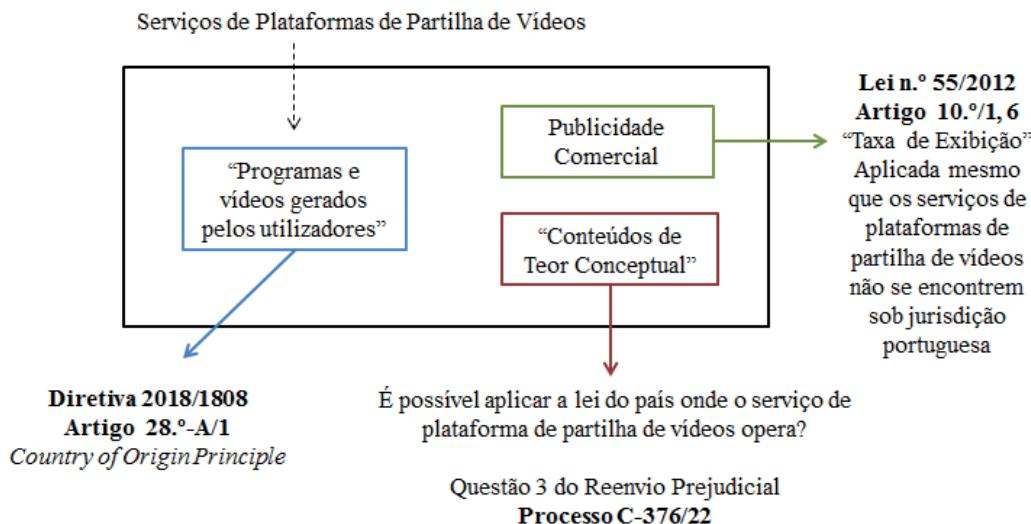
⁴⁸ Business Insider. How much money YouTubers make, according to dozens of creators, disponível em: <https://www.businessinsider.com/how-much-money-youtube-creators-influencers-earn-real-examples-2021-6> (último acesso: 03/06/2022).

⁴⁹ Vide, *supra*, notas 1 e 13.

passado e inaplicável, em virtude da atualização feita pela Diretiva 2018/1808, que analisámos *supra* – para o caso abstrato que pretendemos desenvolver, no caso de se entender que o contributo dos menores nestes vídeos não é legal, seria expectável que mesmo a circunstância de a intermediária YouTube ter “conhecimento, de forma geral, do facto de que os seus serviços são utilizados para praticar quaisquer atividades ilegais” (§35), ainda que delas aufera lucros, não a tornasse responsável pela infração (§102). Resultado similar (de não responsabilização) seria expectável quanto à aplicação do regime que consta da Diretiva 2018/1808. No entanto, se o regime da Diretiva 2019/790 sobre direitos autorais for visto como a pedra inaugural de um novo regime de responsabilização das plataformas de partilha de vídeos⁵⁰, não apenas pela infração de direitos de autor e conexos, mas vier a estender-se a todas as infrações de direitos que ocorrem naquele espaço virtual, é possível que, a curto e médio prazo, a resposta às questões que hoje enunciamos venha a ser diametralmente oposta.

Para além da própria YouTube, assinala-se que também o Estado Português beneficia com a aposição de publicidade comercial nos conteúdos disponibilizados nesta plataforma, que é taxada pelo Estado. Nos termos da Lei n.º 55/2012, de 6 de setembro – também esta alterada pela já referida Lei n.º 74/2020, que transpõe a Diretiva 2018/1808 – é aplicada uma “taxa de exibição” à publicidade comercial difundida nos serviços de plataformas de partilha de vídeos, mesmo que estes não se encontrem sob a jurisdição deste EM, desde que os proveitos sejam “realizados no mercado nacional” (art. 10.º/1,6).

Quadro 2 – Jurisdição das Plataformas de Partilha de Vídeos (quadro simplificado)



⁵⁰ Como é posição de parte da doutrina: QUINTAIS, João Pedro, *Op. Cit.*, p. 37.

Embora conste como elemento essencial da relação laboral na ordem jurídica portuguesa, nas palavras da jurisprudência⁵¹, “não é pacífico” que a retribuição surja como elemento imprescindível para assegurar a proteção conferida pela Lei n.º 105/2009 (§3.1). De facto, “a referência do art. 1.º da Lei ao art. 81.º do Código do Trabalho não tem a função de remeter para o regime do contrato de trabalho, mas apenas a de identificar (materialmente) as actividades em causa”. Por outro lado, parece-nos correto seguir o mesmo raciocínio do Tribunal quando refere que o objetivo da Lei é precisamente o de tutelar o interesse dos menores, sempre que exista participação nestas atividades, independentemente de existir, ou não, remuneração. Assim, mesmo que os rendimentos auferidos pelo contributo na plataforma não beneficiem diretamente os menores e não sejam considerados uma “retribuição”, é previsível que os menores possam contar com a proteção oferecida por esta Lei.

A dimensão da remuneração traz consigo outras consequências: quando haja celebração, pelo YFC, de contratos com empresas para promoção de determinado produto ou serviço, emerge a necessidade de cumprimento de horários e prazos para o *upload* de conteúdos. Celebrado o contrato, dificilmente haverá margem para que seja respeitado o desinteresse do menor em participar num vídeo num determinado momento⁵².

4.1.2 O Local e o Período de Exposição

Apesar de a YouTube esclarecer⁵³ que o conteúdo no qual figurem menores não deverá ser filmado em locais privados da casa, nomeadamente quartos e casas de banho, é frequente os vídeos dos YFC terem a casa de morada da família como cenário, pelo que não é rara a produção que inclua as crianças nos seus espaços mais privados, culminando-se no resultado último de menores estarem a ser expostos ao público na privacidade das suas habitações.

Considere-se ainda a realidade do período temporal que os YFC dedicam à captura de conteúdos para divulgação, que pode estender-se, quase ininterruptamente, por todo o dia. Para a produção de um vídeo sobre o fim de semana de uma família, os seus membros serão frequentemente retratados às refeições, períodos de lazer, descanso, entre outros. Aliás, uma família que recorra à sua atividade na YouTube como fonte (quase) exclusiva de rendimentos familiares terá, em regra, uma frequência de *upload* de conteúdos que pode chegar a ser diária. Se se considerar que uma criança, em Portugal, passa mais de sete horas na escola⁵⁴, ocupando mais de oito horas do dia a dormir, pode falar-se de um lapso temporal substancial que constitui uma oportunidade de captura de conteúdos, o que envolve uma grande parte do dia a dia de um menor. Recuperando o caso da jurisprudência portuguesa já referido⁵⁵, os conteúdos para a produção de cada episódio do *Reality Show* em causa foram recolhidos num lapso temporal de oito a dez dias (§22). Substancialmente diferente é a circunstância de um

49

⁵¹ Vide, *supra*, nota 39.

⁵² MASTERSON, Marina A., “When Play Becomes Work: Child Labor Laws in the Era of «Kidfluencers»”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 169, 2020, pp. 577-607, p. 592.

⁵³ YouTube Help. Child Safety Policy. Content Featuring Minors.

⁵⁴ Cf., TULHA, Ana, Quanto tempo se deve passar na escola?, Notícias Magazine, 20/08/2019, disponível em: <https://www.noticiasmagazine.pt/2019/quanto-tempo-se-deve-passar-na-escola/estilos/comportamento/240448/> (último acesso: 12/10/2022).

⁵⁵ Vide, *supra*, nota 39.

menor ser sistematicamente convocado para aparecer nos conteúdos a publicar, num período que pode iniciar-se muito antes do seu nascimento e terminar apenas quando atingida a idade adulta.

4.2 A Divulgação de Dados Pessoais de Menores⁵⁶

Perante a realidade de publicação de vídeos com menores numa frequência que chega a ser, por vezes, diária, a audiência fica apta a recolher, intencional, e no sentido literal da palavra, ou involuntariamente, um conjunto de dados pessoais dos menores, traçando um perfil bastante completo relativamente àqueles indivíduos, não obstante, uma vez mais, a YouTube não autorizar a colocação de conteúdos em que detalhes pessoais de menores sejam divulgados⁵⁷. Para além do nome e data de nascimento, cuja partilha é, porventura, inócua, múltiplos são os conteúdos que permitem inferir a área de residência, estabelecimento de ensino frequentado, ou que incluem informações pessoais de saúde (física e mental), religião, detalhes sobre procedimentos de adoção, e que chegam ao extremo de publicitação de todo o nascimento de um bebé, da orientação sexual e o mediático caso de divulgação do percurso de uma criança na afirmação da sua identidade de género⁵⁸. Se não é pacífico que a afirmação da identidade de género de uma

criança seja positiva⁵⁹, a partilha de vídeos quase diária retratando a vulnerabilidade de uma criança nesse trajeto, tornando-a o epicentro do conteúdo do canal e arrecadando lucros com essa divulgação torna pertinente questionar se não será atentadora da ordem pública.

5. O Panorama Legislativo Internacional

Por todas as razões explicitadas, é o próprio Acórdão do STJ que temos vindo a referir que admite que, mesmo que seja colocada em causa a aplicabilidade da Lei n.º 105/2009 à experiência de participação de menores nos *Reality Shows*, “tem de reconhecer-se que ela contém as soluções que o legislador predis pôs para situações semelhantes, pelo que nada impediria que, sendo solicitado ao Tribunal que decretasse medidas concretamente aplicáveis, fossem analogicamente aplicáveis as medidas nela contidas” (§3.1). Assim, a realidade da atividade de criação de conteúdos, através da qual são retratados menores, mesmo que não configure uma relação de trabalho e independentemente de pagamento ou não de uma remuneração, gozará, previsivelmente, da proteção legal conferida pela referida Lei⁶⁰.

Um outro ponto salientado pelo STJ é que, sendo certo que o consentimento funciona como

⁵⁶ Sobre este tema, que não exploraremos em profundidade, vide a publicação Fórum de Proteção de Dados, N.º 06 Comissão Nacional de Proteção de Dados, novembro de 2019.

⁵⁷ YouTube Help. Child Safety Policy. Content Featuring Minors.

⁵⁸ Mail Online. DEVEREUX-EVANS, Olivia. “Daddy vlogger who has spent 12 years documenting family life suddenly DELETES his videos so his four children can have a ‘chance to curate their own stories online’ after facing criticism for exploiting them for cash”, disponível em: <https://www.dailymail.co.uk/femail/article-10748177/Celebrity-Dad-Year-vlogger-DELETES-YouTube-videos.html> (último acesso: 04/06/2022).

⁵⁹ Veja-se o esboço das novas diretrizes do *National Health Service* no Reino Unido, relativamente à “transição social” de menores: Public consultation Interim service specification for specialist gender dysphoria services for children and young people, NHS England, 20 October 2022, Publication reference: PR1937_ii, pp. 11 e 12.

⁶⁰ Nos EUA, em 2010, uma decisão do *Pennsylvania Department of Labor and Industry* relativa ao controverso *reality show* “*Jon & Kate plus 8*”, que retratava o quotidiano de uma família com 8 filhos, considerou que a participação dos menores no programa configurava uma relação de trabalho, sendo necessária a obtenção de licenças para essa participação, a fim, designadamente, de proteger a remuneração auferida pelos menores. CNN. DUKE, Alan. “State: ‘Jon & Kate’ broke child labor law, but no charges”, disponível em: <http://edition.cnn.com/2010/SHOWBIZ/TV/04/14/gosslin.kids.labor/index.html> (último acesso: 13/11/2022).

causa de exclusão da ilicitude de lesão a direitos de personalidade, o “[...] consentimento deve ser conforme à ordem pública”, por imposição tanto do art. 81.º/1 do CC (em sede de limitação voluntária de direitos de personalidade) como do art. 280.º/2 do CC (em contexto de celebração de negócios jurídicos). Não se poderá ter como conforme à ordem pública, nas sábias palavras do Acórdão, uma limitação dos direitos à reserva sobre a intimidade da vida privada⁶¹ e à imagem que “alcança ou «toca» [...] a essência do valor – do valor intrínseco – da dignidade da pessoa humana”. Note-se que, pela natureza da atividade de criação de conteúdos, nos moldes em como é exercida no seio dos YFC, é provável que se considere que, em muitos casos, o conteúdo essencial dos direitos de personalidade mencionados é quase totalmente esvaziado, porquanto, e lançamos a questão, “o que sobra de vida privada de uma criança cuja infância é difundida para uma audiência mundial?”. E, fazendo nossas as palavras do STJ: “Reveste a forma de exploração, para efeitos comerciais, da imagem e da vida íntima de crianças. As crianças são como que «lançadas no mercado», instrumentalizadas aos fins comerciais das entidades promotoras, o que é incompatível com a sua dignidade, que é – deve ser – «um bem fora do comércio»”, conclusão que entendemos dever ser transposta para muitos dos casos dos YFC, acrescentando que a ofensa à ordem pública, tanto no caso dos *Reality Shows* como nos YFC

⁶¹ Nas palavras do Tribunal da Relação do Porto: “[...] a reserva da vida privada que a lei protege compreende os actos que devem ser subtraídos à curiosidade pública, por naturais razões de resguardo e melindre, como os sentimentos, os afectos, os costumes da vida e as vulgares práticas quotidianas, as dificuldades próprias da difícil situação económica e as renúncias que implica e até por vezes o modo particular de ser, o gosto pessoal de simplicidade que contraste com certa posição económica ou social; os sentimentos, acções e abstenções que fazem parte de um certo modo de ser e estar e que são condição da realização e do desenvolvimento da personalidade”. Vide: Tribunal da Relação do Porto, 11/04/2019, Processo n.º 24733/17.3T8PRT.P1, Relator: Miguel Baldaia de Moraes.

é “[...] mais ostensiva e adquire gravidade reforçada pelo facto de as pessoas em causa serem crianças”⁶².

Não obstante a capacidade de a lei portuguesa dar uma resposta satisfatória a casos que eventualmente venham a emergir no nosso ordenamento jurídico – pela mobilização da legislação já existente – e sem propugnar a transferência para o Estado do poder paternal, desfigurando o conceito de família, não deve ser descurada a oportunidade de, de *iure constituendo*, ser uma prioridade a proteção específica dos menores que, por vezes diariamente, se dedicam à criação de conteúdos, contribuindo para o bem estar financeiro das suas famílias.

5.1 Exemplo de Regulação: Caso de França

Na UE, existe o exemplo de França, precursora na regulação da atividade de menores de dezasseis anos nas plataformas de partilha de vídeos (motivada também pelo incremento de casos no plano internacional que suscitam estas matérias)⁶³, com a promulgação da *Loi n.º 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l’exploitation commerciale de l’image d’enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne*⁶⁴, que altera o *Code du Travail* (art. 1), em particular as disposições do Capítulo IV (do Título II, Livro 1.º, da 7.ª Parte do Código), atinente à par-

⁶² Vide PLUNKETT, Leah A., *Sharenthood: Why We Should Think before We Talk about Our Kids Online*, The MIT Press, 2019 (Electronic ISBN: 9780262354080), p.65. A autora propõe a possibilidade de certas formas de comportamento dos progenitores que partilham conteúdos relativos à vida privada dos filhos serem consideradas “cyberbullying”.

⁶³ Assemblée Nationale, Constitution du 4 Octobre 1958, Quinzième Législature, *Rapport fait au nom de la Commission des Affaires Culturelles et de l’éducation sur la Proposition de Loi visant à encadrer l’exploitation commerciale de l’image d’enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne*, par M. Bruno STUDER, Avant-Propos (5 février 2020).

⁶⁴ Implementada, em parte, pelo *Décret n.º 2022-727 du 28 avril 2022 relatif à l’encadrement de l’exploitation commerciale de l’image d’enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne*, que, por sua vez, faz ulteriores alterações ao *Code du Travail*.

ticipação em atividades ligadas ao entretenimento, profissões itinerantes, para produção de conteúdos audiovisuais ou relativas à publicidade e à moda⁶⁵. A fim de abranger tanto os casos em que a participação do menor, pelas suas características, pode, ou não pode, ser qualificada de atividade laboral, a *Loi n° 2020-1266* e as alterações implementadas no *Code du Travail* criam mecanismos de proteção que podem ser acionados em qualquer das situações.

Quando enquadrada como atividade laboral, existindo portanto uma entidade empregadora, segundo o artigo 1 da *Loi n° 2020-1266* e nos termos do número 5 do art. L7124-1 do *Code du Travail*, um menor de dezasseis anos não pode, sem prévia autorização individual junto da autoridade administrativa competente (que assume a forma de uma “aprovação” – art. L7124-4-1 – de duração determinada, sendo suscetível de renovação – art. L7124-5), tomar parte numa atividade laboral que consista na sua participação, como *sujet principal*, em conteúdos audiovisuais destinados à distribuição, com fins lucrativos, numa plataforma de partilha de vídeos. Acresce à autorização da autoridade competente, o consentimento do menor para a participação na atividade laboral quando tenha mais de treze anos (art. L7124-2).

Fora dos casos referidos no número 5 do art. L7124-1 do *Code du Travail*, isto é, quando o contributo do menor de dezasseis anos, enquanto tema/personagem principal de um vídeo, possa ser qualificado como qualquer forma de difusão da sua imagem numa plataforma de partilha de vídeos, também essa difusão estará dependente de uma declaração, pelos representantes legais, à autoridade competente (art. 3/I da *Loi n° 2020-1266*). Esta declaração só será necessária quando a duração

cumulativa ou o número de conteúdos difundidos exceder, durante um determinado período de tempo, um limite que virá a ser estabelecido por decreto, ou quando sejam auferidos lucros que excedam determinado montante, também a definir futuramente (art. 3/I, 1.º e 2.º). A lei prevê também várias obrigações, dirigidas às plataformas de partilha de vídeos, entre as quais se destaca a de prever, de modo claro e preciso, o modo como pode ser exercido o “direito ao esquecimento” (art. 4/6º)⁶⁶.

Tanto quando possa ser qualificada como atividade laboral como nos restantes casos, está prevista a emissão de recomendações às entidades patronais ou representantes legais dos menores, relativas, nomeadamente, às implicações da divulgação *online* de aspetos da vida privada dos menores (art. L7124-1/5.º, §2 do *Code du Travail* e art. 3/II da *Loi n° 2020-1266*). O legislador francês tutelou, no *Code du Travail*, também os aspetos económicos da participação dos menores em atividades de entretenimento no setor audiovisual e, em particular, por meio da *Loi n° 2020-1266*, nas plataformas de partilha de vídeos, definindo que, a partir de certo valor, os lucros auferidos devem ser entregues, para depósito e gestão, à *Caisse des dépôts et consignations*, para que o menor deles venha a poder beneficiar quando atingida a maioridade ou emancipação (art. 3/III). Está prevista a possibilidade de os representantes legais auferirem certa parte dos rendimentos, ou recorrerem, excecionalmente, ao valor depositado em caso de emergência.

Ao mesmo tempo, ambos os diplomas restringem a aplicação destas disposições aos casos em que “*l’enfant en est le sujet principal*” (art. 3 da *Loi n°*

⁶⁶ Não trataremos esta questão extensivamente, na expectativa de abordar a questão da presença de menores na *internet* a montante, isto é, quando é possível evitar que tenham de vir a exercer futuramente este direito quanto a um leque alargado de informação que esteja disponível *online*.

⁶⁵ A *Loi n° 2020-1266* entrou em vigor a 20 de abril de 2021.

2020-1266 e, de forma semelhante, no art. L7124-1/5º do *Code du Travail*), o que reforça a preocupação em criar critérios que determinem como essa participação a título de tema ou personagem principal pode ser definida. Atendendo à caracterização que fizemos à atividade dos YFC, será relevante, no caso concreto, formular uma estimativa do tempo disponibilizado pelos menores para participação nos vídeos (e não apenas os minutos de conteúdos publicados, já objeto de, eventualmente, substancial edição⁶⁷) e, conforme temos vindo a propor ao longo deste trabalho, saber, casuisticamente, qual a viabilidade da continuação dos YFC sem a presença dos menores. O que tem vindo a ser empiricamente observado é que as crianças são as verdadeiras “estrelas” dos vídeos publicados⁶⁸, denotando-se, por exemplo, o incremento da popularidade a longo prazo dos canais de YouTube com a presença de recém-nascidos, bebês e crianças com idade inferior a treze anos nos vídeos⁶⁹.

5.2 Proposta de Regulação: Caso dos EUA

A preocupação com a necessidade de proteção dos interesses de “*minor children featured on for-profit family vlogs*” levou a que, nos EUA, no estado do Washington, tivesse sido apresentada, em janeiro de 2022, uma proposta de regulação do fenómeno

⁶⁷ Por exemplo, se do conteúdo publicado consta um vídeo de 3 minutos, em formato *time-lapse* (velocidade aumentada), que acompanha o menor a realizar os seus trabalhos de casa, na realidade, o período em que foi sujeito à filmagem pode ser muitíssimo maior. Se o objeto da legislação a produzir não é apenas o de tutelar o direito à imagem, mas também toda a esfera da privacidade e livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, é argüível que o comportamento do menor não é genuíno nem desinibido se souber que está a ser filmado durante toda a realização da atividade, o que comporta também consequências nefastas.

⁶⁸ CARRÉLO, Carolina, *Op. Cit.*, p. 6.

⁶⁹ PEW Research Center. VAN KESSEL, Patrick, TOOR, Skye, SMITH, Aaron. “A Week in the Life of Popular YouTube Channels”, disponível em: <https://www.pewresearch.org/internet/2019/07/25/a-week-in-the-life-of-popular-youtube-channels/> (último acesso: 13/11/2022).

descrito no presente artigo⁷⁰. A *House Bill 2032*⁷¹ procederá, se aprovada, a alterações sobre o *Revised Code of Washington* (RCW) – a compilação da legislação em vigor no estado – no *Title 63*, intitulado *Personal Property*, em particular nas disposições relativas aos direitos de personalidade (*Chapter 63.60*).

A proposta apresenta, como considerações iniciais, o facto de influenciadores digitais utilizarem menores na produção de conteúdos, enquanto “*subjects of that content*”, enveredando pela mesma preocupação de determinação de quais são os temas e quem são os protagonistas de determinado vídeo, salientando a problemática inerente à limitação de direitos de personalidade e de divulgação de dados pessoais de menores, que não recebem nenhuma remuneração por essa ocupação. A obrigação de remuneração (*Section 3, (1)*) surge quando a presença de menores nos vídeos observar certas condições. Enfatizamos a necessidade de os vídeos estarem a ser monetizados pela plataforma, atingindo a remuneração de, pelo menos, dez cêntimos por visualização (*Section 3, (2), (a)*). Por outro lado (*Section 3, (2), (b)*), é necessário que o menor esteja presente (a presença pode ser considerada também pela mera menção do nome ou mostra de qualquer imagem, incluindo fotográfica, do menor) em 30% dos conteúdos publicados no período de trinta dias. A proposta dedica ainda parte substancial à fixação da forma como os lucros auferidos com a atividade devem ser divididos e preservados para o usufruto

⁷⁰ Questões judiciais associadas ao tema em apreço não são estranhas aos EUA: em 2017, depois de inúmeros vídeos publicados na YouTube contendo brincadeiras – consideradas abusivas pelo Tribunal no estado do Maryland – com os filhos, um casal (pai biológico dos menores e a sua companheira), perdeu o direito de exercício das responsabilidades parentais relativamente a dois dos filhos, tendo sido condenada por tratamento negligente dos menores. PLUNKETT, Leah A. *Op. Cit.*, p.63.

⁷¹ Washington State Legislature, House Bill 2032 - 2021-22, 67th Legislature 2022, Regular Session, By Representatives WICKS, BERRY, SELLS, SENN, and ESLICK; Read first time 01/18/22; Referred to Committee on Civil Rights & Judiciary.

do menor na maioria (Section 3, (3)), bem como ao elenco de providências para que os conteúdos sejam definitivamente eliminados se o menor, atingida a maioria, o solicitar (Section 4).

No estado da Califórnia, em 2018, o deputado democrata Kansen Chu havia já proposto uma alteração à legislação em vigor (*California Labor Code, Section 1310*), a fim de clarificar que as leis laborais relativas à participação de menores de dezasseis anos em atividades publicitárias também se aplicariam à participação destes no âmbito do *Social Media Advertising*⁷². Assim, a exigência de autorização do *Labor Commissioner* para contratação de menores de dezasseis anos em atividades remuneradas de entretenimento, publicitárias e afins, aplicar-se-ia aos casos de exercício dessas atividade na YouTube. Apesar do escopo relativamente mais restrito, a proposta enfatizava o recrudescimento das preocupações de atualização do conhecido *Coogan Act*, cuja versão original data de 1939 (e que foi profundamente alterado no início do século), promulgado para proteger os menores empregados na área dos *artistic or creative services* (mas não exclusivamente, abrangendo ainda, por exemplo, a participação em atividades desportivas) (*California Family Code – Chapter 11, Part 3 – §6750*)⁷³. Esta proposta não viria a ser implementada.

5.3 Proposta de Regulação: Caso do Brasil

No Brasil, em 2016, foi proposta (Projeto de Lei 4289/2016, da responsabilidade do então deputado João Henrique Holanda Caldas) a criação

formal das profissões de “blogger” e “vlogger”, de modo a ultrapassar o “comportamento social negativo” (justificação incluída no projeto, §3) associado ao exercício destas atividades, tornando-as “«uma profissão de verdade»” (justificação incluída no projeto, §2) e reconhecendo o “valor cultural e econômico” (art. 2.º) da transmissão de informações e opiniões em plataformas telemáticas (art. 1.º/I e II). A proposta viria a ser arquivada, em janeiro de 2019⁷⁴.

Em outubro de 2018, o deputado Eduardo da Fonte anunciou o Projeto de Lei 10937/2018, que dispõe sobre “a regulamentação do ofício de Influenciador Digital Profissional”, indicando que este corresponderia ao “[...] obreiro que cria e publica conteúdo na *Internet*, em redes sociais, *blogs* e sites, na forma de vídeos, imagens ou textos, capaz de influenciar opiniões, comportamentos e manifestações de seus seguidores e afins, além de informar a população sobre temas que julga relevantes” (art. 2.º). O projeto assinala a obrigatoriedade de preservação de direitos de personalidade “das pessoas” (art. 5.º/I), assim como direitos de autor (art. 5.º/II) e, realçamos, enquanto única alusão à situação dos menores nas redes sociais, a obrigação destes influenciadores respeitarem os “[...] direitos das crianças, dos adolescentes, das mulheres, dos idosos, dos negros e das minorias”. Em novembro de 2018, o Projeto foi retirado pelo autor, para “correção de erro material” (Requerimento de retirada de proposição de iniciativa individual n.º 9297/2018).

O mesmo deputado, também em outubro de 2018, apresentou o Projeto de Lei 10938/2018, com vista à específica regulamentação da profissão de “YouTuber”, “[...] profissão do novel Século XXI

⁷² California Assembly Bill 2388, 2017-2018 Regular Session, Introduced on February 14th, 2018.

⁷³ Sobre o tema, MASTERSON, Marina A., *Op. Cit.*, p. 589. Da redação atual do *Coogan Act* consta a obrigatoriedade de separação de 15% da remuneração auferida pelo menor para que dela possa usufruir quando atingida a maioria (*California Family Code – Chapter 11, Part 3 – §6750-6753*).

⁷⁴ MOREIRA, Iury S. B., “Atuação dos Youtubers Mirins em um Novo Prospecto de Trabalho Infantil Contemporâneo”, Trabalho de Conclusão de Curso, na modalidade de Artigo Científico, apresentado à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia/MG, Uberlândia, 2021, pp. 12-14.

e que hoje influencia de maneira considerável expressivas parcelas da população” (justificação incluída no projeto, §1). Embora não faça sequer menção à situação específica dos menores que detenham a ocupação que o projeto visava regular – mencionando apenas os jovens como parte da população particularmente influenciada pelos conteúdos difundidos na plataforma YouTube (justificação incluída no projeto, §3) – apresenta alguns aspetos de interesse para o nosso trabalho. Por um lado, tutela a exposição nesta plataforma apenas quando é exercida a título de trabalho, regulando a atividade de “YouTuber Profissional” (art. 1.º), restringindo a aplicação do dispositivo aos profissionais “[...] com amplo alcance de seguidores e afins” (art. 1.º, *in fine*). Introduce ainda um período normal de trabalho de seis horas diárias (que não resulte em mais de trinta semanais) (art. 11.º), salientando que no cálculo deste período deverão ser contemplados “[...] o período de gravação, bem como o tempo necessário de preparação, nele incluídos ensaios, pesquisas, estudos, atividades de promoção e de divulgação, bem como as atividades de finalização do vídeo” (art. 11.º/§1). Este cuidado na contabilização do tempo despendido nas atividades que envolvem a produção do conteúdo vai ao encontro da preocupação que havíamos enunciado na apreciação da legislação que vigora e que é proposta noutros Estados: o período temporal de presença de um menor num vídeo tem de ser considerado no contexto de uma produção audiovisual, na qual o período total de exposição à atividade não será sempre igual ao período efetivamente difundido (embora se possa questionar, como faz alguma doutrina, o modo como se efetivaria, materialmente, o controlo sobre esses períodos temporais⁷⁵). É, aliás,

também por essa razão, que, em Portugal, a Lei n.º 105/2009, ao dispor sobre o número máximo de horas semanais em que uma criança pode participar nas atividades de natureza cultural, artística ou publicitária, faz computar também os “[...] ensaios e outros actos preparatórios” (art. 3.º). O Projeto em apreço viria também a ser posteriormente retirado pelo autor, em novembro de 2018, para “correção de erro material” (Requerimento de retirada de proposta de iniciativa individual n.º 9296/2018).

Mais recentemente, em agosto de 2022, foi apresentado o Projeto de Lei 2259/2022, pelo deputado Joceval Rodrigues, visando estabelecer as “regras para o exercício da atividade de influenciador digital mirim”, definido, nos termos do art. 2.º do Projeto, como “pessoa com até dezesseis [*sic*] anos de idade que obtém seguidores nas redes sociais ou sítios eletrônicos por apresentar algum conteúdo, inclusive por meio de vídeos, blogs ou outra forma audiovisual, em qualquer tipo de plataforma virtual”. Entre as motivações para a regulação da atividade, salientamos, parafraseando o Projeto de diploma, a tutela dos direitos de personalidade dos menores, em particular o direito à imagem (justificação incluída no projeto, §1), direitos que se consideram fragilizados pela natureza lucrativa da atividade de criação de conteúdos, assim como, a necessidade de “[...] impedir que familiares, parentes e amigos tirem proveito econômico de crianças e adolescentes talentosos que dedicam parte de seu tempo à atividade de influenciador digital” (justificação incluída no projeto, §6). É ainda feita menção ao direito comparado, ao precedente de regulação francês, por este se revelar uma iniciativa que “[...] fortalece o debate mundial sobre a necessidade do respeito aos direitos de crianças e adolescentes diante das novas plataformas de tecnologia” (justificação incluída no projeto, §2).

⁷⁵ MASTERSON, Marina A., *Op. Cit.*, p. 605.

A atividade do menor de dezasseis anos estaria, nos termos deste embrionário diploma, sujeita a um triplo requisito: autorização dos pais ou responsáveis, frequência escolar regular e realização da atividade em horário compatível com o da escola (art. 3.º). À semelhança de outros exemplos de regulação já enunciados, é colocada ênfase sobre a necessidade de proteção das receitas auferidas pelo menor no exercício desta atividade, estando previsto o depósito em conta em nome do influenciador digital (art. 4.º), à qual poderá ter acesso quando cumpridos os dezasseis anos de idade (ou antes, no caso de as quantias serem destinadas “[...] ao pagamento de suas despesas com educação, alimentação e saúde”⁷⁶).

6. Conclusão

A possível alteração do paradigma da não responsabilização da YouTube pelos conteúdos colocados na plataforma – em virtude do passo dado em matéria de direitos de autor e conexos por meio da Diretiva 2019/790 – resultará, possivelmente, num incremento da regulação da plataforma. Neste trabalho, para além de uma breve alusão à situação jurídica dos menores enquanto audiência dos conteúdos aí divulgados – que denotámos estar mais desenvolvida e na mira dos EMs da UE – procurámos compreender qual a proteção conferida àqueles que, no seio da atividade de criação de conteúdos dos YFC, são também eles, essencialmente, criadores de conteúdos.

A complexidade ética inerente à difusão de materiais que contendem com o direito à imagem e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada de menores exige que se avalie se o consentimento

prestado para a sua limitação obedece aos princípios da ordem pública, circunstância que terá de ser averiguada casuisticamente para cada YFC. De todo o modo, atendendo ao potencial de aplicação do disposto na Lei n.º 105/2009, de 15 de setembro, para proteção dos menores envolvidos nestas atividades, será útil a sensibilização para o papel de relevo que estas faixas etárias desempenham na criação de conteúdos nas redes sociais, com grande relevância para a economia e dinâmica familiares.

Perante a realidade hodierna, fazemos nossas as palavras do Acórdão do Tribunal da Relação de Évora já mencionado, quando reflete sobre a existência de um “perigo sério e real adveniente da divulgação de fotografias e informações de menores nas redes sociais, susceptíveis de expor de forma severa e indelével, a privacidade e a segurança dos jovens e das crianças”.

Como consideração final, sublinhamos as dificuldades que o Direito terá na tutela destes aspetos: por um lado, é arriscado limitar sobremaneira os direitos dos progenitores de aferirem casuisticamente qual a esfera de privacidade dos seus filhos menores que deve ser protegida (já que, inquestionavelmente, deverão ter uma posição privilegiada quanto à definição do seu trajeto na sociedade do século XXI, que convive com a realidade da *internet* e com os riscos da sua utilização). Por outro lado, não é certo que os progenitores tenham sempre a proteção dos interesses dos filhos como prioridade. Numa outra escala de apreciação, a regulação da *internet* deve passar pela desmistificação deste espaço, que não é compatível com a interdição de acesso aos recursos – como as plataformas de partilha de vídeos – cujas virtudes são universalmente reconhecidas.

⁷⁶ A fim de comparar com o regime da *Coogan Act* que vigora no estado da Califórnia, denote-se que, embora na versão inicial do diploma estivesse prevista a possibilidade de utilizar o valor colocado para cobrir as despesas de natureza familiar do menor, esse inciso já não consta da redação atual (*California Family Code – Chapter 11, Part 3, §6750-6753*).

(ADMISSIBILIDADE DA) RESPONSABILIDADE CIVIL NA VIOLAÇÃO DE DEVERES CONJUGAIS

Patrícia Alexandra Costa Cruz

Mestranda em Ciências Jurídico-Civilísticas (FDUC)

Palavras-chave: *Responsabilidade civil; Deveres conjugais; Art. 1792º CC; Danos.*

Keywords: *Civil liability; Marital duties; Article 1792º of the Civil Code; Damages.*

Resumo: *A aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil é, desde há muito, debatida no âmbito das relações matrimoniais, nomeadamente quando se levanta a problemática da violação dos deveres conjugais. A opção por este estudo é tanto mais pertinente quanto a falta de clareza do legislador no n.º 1 do art. 1792º CC. Afinal, que danos são tomados em conta?*

Abstract: *The applicability of the civil liability institute has long been debated in the context of marital relationships, particularly when the issue of violation of marital duties arises. The choice of this study is even more relevant given the lack of clarity by the legislator in paragraph 1 of article 1792º of the Civil Code. After all, what damages are considered?*

1. Considerações introdutórias

A forma como a sociedade ao longo dos séculos entende (dever) ser o instituto do casamento e o seu papel no seio da família, muito bebe do contexto histórico em que se insere. Concomitantemente, as figuras ínsitas à compreensão, tanto do casamento, como da família, estão inevitavelmente relacionadas à forma como se concebem as relações afetivas. É também neste contexto, complexo e volátil, que se inserem os deveres conjugais, deveres

estes que continuam a estar previstos pelo legislador português no art. 1672º do Código Civil (CC). Depois de uma breve análise aos deveres inerentes à relação matrimonial, o que se pretenderá é descortinar qual a sua natureza jurídica, indagação que nos remete ao tema central que propomos investigar: a admissibilidade da responsabilidade civil pela violação de deveres conjugais.

2. Casamento- uma perspetiva histórica

Diz-nos o art.º 1577º¹ que o casamento é um “(...) o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida (...)”. Não podemos, contudo, descurar a importância do tempo e do espaço para o entendimento do que é e como se configura a realidade matrimonial, até porque “a regulamentação essencial da relação matrimonial não tem permanecido imutável desde a entrada em vigor do Código Civil”². E mesmo antes deste marco temporal diversas foram as idealizações e concretizações acerca das relações matrimoniais no seio daquilo que se considerava ser Família.

Na realidade, a família assume uma posição diferente em função de determinados contextos

¹ Os artigos que não forem acompanhados do respetivo diploma legal pertencem ao Código Civil português.

² Jorge Duarte PINHEIRO, *Direito da família contemporâneo*, 7ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2021,15.

históricos, políticos, religiosos. E esta evolução é diretamente acompanhada pelo significado que o conceito de casamento foi adquirindo. Família e casamento eram, numa realidade distante³ (até ao séc. XIX), determinados pelo *status* social a que pertenciam os nubentes, e cumpriam um destino pré-definido que se alicerçava numa base económica e reprodutiva. A partir do séc. XIX temos uma mudança de paradigma, generalizando-se o modelo de família nuclear (pai, mãe e filhos) onde o casamento faz uso de uma veste diferente, adornada pela intimidade dos cônjuges dentro da própria realidade familiar, aparecendo como determinante o conceito de amor num caminho desbravado à sentimentalização, ao romantismo.

Esta ideia, no entanto, tinha uma tradução *sui generis* no que tange à manifestação normativa da relação matrimonial. A desigualdade entre os cônjuges (evidenciada pela ideia de que o homem, enquanto chefe de família, tinha o direito-dever de procurar a sua realização profissional, enquanto que à mulher, fragilizada, estavam cometidas as tarefas domésticas e o cuidado dos filhos do casal) era sustentada e, de certo modo, definida, pela organização de regras de conduta generalizadas (*maxime* pelo Estado e pela Igreja) que favoreciam, então, o papel do homem no contexto da relação matrimonial. Neste circunstancialismo, o casamento enquanto instituição beneficiava de uma espécie de imunidade conjugal, em nome, como bem denota GUILHERME DE OLIVEIRA⁴, da defesa da paz da família e da honorabilidade do homem/cônjuge.

A defesa da paz doméstica implicou, naturalmente, um retraimento da intervenção judicial no

âmbito do casamento, evitando a interferência dos tribunais e do próprio Estado no íntimo da relação conjugal. Vingava, então, uma ideia de casamento/família-instituição, impenetrável a considerações externas, o que culminava numa fraca adesão aos tribunais com o intuito dirimir litígios conjugais.

E apesar de o princípio da imunidade conjugal nunca ter sido efetivamente acolhido no âmbito dos ordenamentos jurídicos europeus, a verdade é que existe uma forte conceção desta ideia no seio do direito anglo-saxónico onde, até há bem pouco tempo, o facto de os cônjuges serem casados afastava qualquer possibilidade de recurso à responsabilidade civil, olhada necessariamente como uma ação adversarial que contrastava com a unidade ínsita à relação matrimonial- os cônjuges são um, são uma mesma entidade jurídica, pelo que “(...) a concentração do direito e da obrigação corresponsável numa mesma entidade jurídica levava à exoneração do dever.”⁵ Segundo ÂNGELA CERDEIRA⁶ as decisões jurisprudenciais mais antigas no que tange a esta matéria eram fundamentadas na “*unity of spouses*”, no sentido também de que o casamento limitaria a capacidade de exercício da mulher casada.

A evolução histórica, nomeadamente a partir da 1.ª Guerra Mundial, permitiu à mulher um figurino individualizado e destacado, vencendo, por conseguinte, a ideia de democratização da família, o que se veio a traduzir, no âmbito social e jurídico, numa posição paritária entre os membros do matrimónio. Esta ideia de paridade entre os dois

³ Essencialmente no ocidente europeu.

⁴ Guilherme de OLIVEIRA, “Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais”, *Lex Familiae-Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 16, N.ºs 31, 32, 2019,17.

⁵ Cristina M. Dias ARAÚJO, “Responsabilidade civil entre os cônjuges, uma análise do art. 1792º do Código Civil”, *Casamento & União de facto- questões da jurisdição civil*, Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf, 44,45.

⁶ Ângela Cristina da Silva CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000,15- 17.

cônjuges e de “relação pura”⁷ instigou a transição para um novo entendimento do casamento/família convivência, que se efetivou com a Reforma de 1977 ao nosso Código Civil⁸, do qual é demonstrativo o novo n.º 2 do art. 1671⁹. Procura-se, destarte, uma compatibilização entre a relevância institucional do casamento e o crescente reconhecimento dos direitos fundamentais dos cônjuges enquanto pessoas.

3. Deveres conjugais

É o art. 1672º que enumera os deveres recíprocos que derivam do compromisso matrimonial: respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência. É este conjunto de deveres veiculados pelo legislador que permitem, em seu entender, que o casamento configure uma “plena comunhão de vida”.

O dever de respeito, numa perspetiva negativa e imediata, faz recair sobre cada um dos cônjuges a importância de não ofender a integridade física ou moral do outro, surgindo como um reflexo da tutela geral da personalidade- assegurada pelo art. 70º/1 - no domínio dos efeitos matrimoniais.¹⁰ No entanto, este dever é considerado por muitos¹¹ como mais abrangente, englobando também uma dimensão intrínseca, ou seja, um dever de não conduzir a sua vida de forma desonrosa, tendo em aten-

ção especial a comunhão moral que o matrimónio implica para o casal. Nos ensinamentos de Pereira Coelho, a pessoa depois de casar é outra, é outra a sua condição, pelo que importa referenciar o dever de respeito remetendo-o à sua dimensão de união, de vida em comum.

O dever de fidelidade comporta a dimensão sexual da relação matrimonial. Implica, para alguns Autores, a obrigação de não ter relações sexuais consumadas com um terceiro. Mas a maioria da doutrina portuguesa¹² engloba neste dever uma dupla abstenção: a prática de atos sexuais com terceiros (fidelidade física) e a ligação sentimental e amorosa com outrem que não o seu cônjuge (fidelidade moral).

Tradicionalmente o dever de coabitação compreendia a comunhão de mesa, leito e habitação. Comunhão de mesa num sentido de partilha de recursos, de vida em economia comum; comunhão de leito como um dever dos cônjuges praticarem atos sexuais um com o outro e, ao mesmo tempo, absterem-se de os praticar com terceiros; comunhão de habitação abrangendo a habitação conjunta dos membros do casal. De notar, contudo, que a realidade se mostra cada vez mais complexa, e a evolução da sociedade permite-nos concluir, hoje, que este dever de habitação conjunta, na sua aceção tradicional, se torna desajustado à realidade funcional da vida em casal.

O dever de cooperação é decomposto pelo art. 1674º em dois âmbitos distintos: a obrigação, para os cônjuges, de auxílio e socorro mútuos, e a obrigação de assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram.

Por fim temos o dever de assistência, que assume uma perspetiva patrimonial, isto é, suscetível

⁷ Francisco Pereira COELHO/Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2014, Vol. I; 104.

⁸ Como afirma GUILHERME DE OLIVEIRA, a discussão acerca da responsabilidade por violação de deveres conjugais “(...) evoluiu também, em consonância com esta ideia global que presidiu à reforma de 1977” - Guilherme de OLIVEIRA, nota 4, 20.

⁹ “A direção da família pertence a ambos os cônjuges, que devem acordar sobre a orientação da vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro”.

¹⁰ Jorge Duarte PINHEIRO, nota 2, 445.

¹¹ Guilherme de OLIVEIRA, *Manual de direito da família*, Colaboração de Rui Moura Ramos, Coimbra: Edições Almedina, 2020, 138.

¹² Autores como Antunes Varela, Eduardo dos Santos, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira.

de avaliação pecuniária (comportando o dever de prestar alimentos e de contribuir para os encargos da vida familiar).

3.0.1. Natureza jurídica dos deveres conjugais- uma abordagem doutrinal

Mas então, qual a natureza jurídica destes deveres? Será que podemos considerá-los como verdadeiros deveres jurídicos ou devemos atender à chamada tese da fragilidade da garantia? Há quem considere que a falta de coercibilidade no que tange ao seu incumprimento justifica colocar-se esta questão. E a verdade é que não temos previsto no nosso Código Civil qualquer norma que atribua consequências diretas à violação dos deveres conjugais¹³. No entanto, será aceitável apartar a conjugabilidade e os deveres inerentes a esta relação do âmbito do juridicamente relevante? Não será importante a este questionamento o facto de os assuntos familiares terem estado, desde sempre, na mira dos pensadores do Direito¹⁴? Esta abordagem, sobretudo no contexto histórico-evolutivo que assumimos no início do estudo, justifica-se quando questionamos a possibilidade de recorrer ao instituto da responsabilidade civil pela violação dos deveres conjugais.

Autores como PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, ANTUNES VARELA ou CAPELO DE SOUSA entendem tratar-se aqui de deveres funcionais, uma vez que é a sua função que os define e que determina o conteúdo do respetivo direito. Quer isto dizer

que o titular do direito (a parte ativa da relação) não pode dispor dele de acordo com a sua vontade, mas está sujeito à função pelo interesse que serve a sociedade conjugal¹⁵. Recentemente, contudo, GUILHERME DE OLIVEIRA dá-nos uma posição atualizada (que, na prática, concorre ao mesmo resultado) acerca da juridicidade de que gozam os deveres conjugais. Entende que há determinados deveres que gozam de uma juridicidade baixa, porquanto o seu cumprimento é deixado pelo legislador à intimidade da relação matrimonial - são os cônjuges, no seu íntimo, que regulam estes deveres. Aliás, tendo em conta a sua função, a generalidade dos deveres conjugais são vistos precisamente como englobando esta garantia *sui generis*. Não obstante, deveres há que tendem a promover o desempenho de funções que competem ao Estado e que interessam à sociedade, pelo que o seu incumprimento é traduzido pelo legislador numa quantia pecuniária, e consequentemente estará já em causa uma juridicidade incompleta¹⁶. MAFALDA MIRANDA BARBOSA elucida-nos¹⁷ dizendo que se trata aqui de deveres recíprocos, entendendo que os deveres conjugais detêm uma estrutura própria, uma vez que a eles não correspondem propriamente direitos, mas, precisamente, deveres recíprocos.

Há quem entenda, contudo, que aos deveres a que os cônjuges estão vinculados (pois ninguém questiona tratar-se o art. 1672º de uma norma imperativa, se não veja-se a própria alínea b) do n.º 1 do art. 1699º) correspondem direitos subjetivos.

¹³ Excetuando o art. 1792º, interpretado como abrangendo não apenas os danos resultantes da violação de direitos de personalidade mas igualmente os danos resultantes da violação dos direitos especificamente conjugais, o que, como veremos adiante, se traduz num entendimento bastante discutível.

¹⁴ Mafalda Miranda BARBOSA, “Família e responsabilidade civil: uma relação possível? Brevíssimo Apontamento”, *Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 10, N.º 20, 2013, 62.

¹⁵ Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 580.

¹⁶ Podemos pensar, por exemplo, no dever de contribuir para os encargos da vida familiar, ou mesmo na obrigação de alimentos ínsitos ao dever de assistência.

¹⁷ Nas aulas de Direito da Responsabilidade (Ano Letivo 2022/2023), por si lecionadas.

Nesta senda situa-se JORGE DUARTE PINHEIRO¹⁸ que defende que, apesar de tudo, se trata de direitos subjetivos peculiares, funcionalizados à comunhão conjugal e não centrados no interesse exclusivo do seu titular. Certo é que, devido à sua função no contexto matrimonial, estes deveres não podem ser exigidos coercivamente, pelo que os deveres puramente pessoais não serão passíveis de execução específica.

Relativamente à sua eficácia também não há vozes uníssonas. Para GUILHERME DE OLIVEIRA e PEREIRA COELHO trata-se de direitos relativos, não permitindo o seu carácter *erga omnes* fora dos casos previstos em situações excecionais- como serão os constantes do n.º 3 do art. 495º ou do n.º 2 do art. 496º.¹⁹ Já JORGE DUARTE PINHEIRO e CAPELO DE SOUSA defendem a oponibilidade *erga omnes* destes direitos, uma vez que, apesar de se reconduzirem ao âmbito familiar, os terceiros estarão obrigados a não contribuir para o incumprimento dos deveres conjugais.

Não nos parece, contudo, que esta última posição seja inequivocamente pacífica. É que a dimensão conjugal, intimamente ligada ao seio familiar, eleva-se sobre qualquer dever que impenda sobre um terceiro de não interferir na comunhão matrimonial. Aliás, escassas são as consequências para eventuais terceiros que se intrometam no âmbito da relação de vida em comum.²⁰

¹⁸ Jorge Duarte PINHEIRO, nota 2, 462.

¹⁹ Francisco Pereira COELHO/Guilherme de OLIVEIRA, nota 7, 158.

²⁰ Se se pode argumentar com as variadas normas que dispõem no âmbito da bigamia (veja-se a alínea *c*) do n.º 1 do art. 1601º), a verdade é que é possível afirmar que tais normas visam proteger a conjugalidade inerente a uma certa conceção histórico-política do que é o casamento. Ou seja, esta proibição é inerente a uma proteção específica do entendimento de família/casamento que hoje prevalece, e não propriamente ao intento sancionatório de um eventual terceiro que se “imiscul” na relação matrimonial.

3.0.2. A tese da fragilidade da garantia

Antes da Reforma de 1977 ao CC, e no seio do entendimento do casamento como instituição (uma vez que o ímpeto era assegurar a paz familiar, logrado através de uma fraca intromissão externa nos litígios matrimoniais) vigorava um espírito de imunidade conjugal. Neste âmbito, alguns Autores defendiam que a violação dos deveres familiares pessoais não permitia sustentar uma qualquer obrigação de indemnizar, assumindo-os como direitos dos quais resultava uma garantia mais frágil que a dos próprios direitos de crédito²¹. PEREIRA COELHO, em 1965, chegava a dizer que “(...) não existe entre nós uma sanção organizada para o não cumprimento dos deveres familiares, ao qual a lei não liga qualquer obrigação de indemnizar do infractor (...)”, admitindo (já), contudo, o recurso à responsabilidade civil depois de iniciado o processo de divórcio- sustentando a ideia de que se na constância do matrimónio não existiria espaço a intromissões judiciais, este caminho era aberto pela separação dos cônjuges que deixava de proteger os interesses da paz familiar, sendo então possível o recurso à responsabilidade do cônjuge infrator no âmbito de uma ação autónoma.

Era assim defendida uma ideia de que as regras da responsabilidade civil não se aplicavam à violação de deveres familiares pessoais, devendo por isso fazer-se uma interpretação restritiva do (atual) art. 483º, protegendo-se a comunhão conjugal, fechando as “portas do santuário familiar” a intromissões externas do tribunal.

A evolução social culminou, porém, com a transição para um modelo de casamento- convivência²², idealizando-se um equilíbrio entre a relação

²¹ Cristina M. Dias ARAÚJO, nota 5, 39.

²² Guilherme de OLIVEIRA, nota 4, 19.

matrimonial/familiar, por um lado, e os interesses pessoais de cada um dos cônjuges, por outro. Consequentemente, a ideia de imunidade matrimonial decaiu em função da menor proteção que se conferia à família, e passou a ser difícil sustentar a não responsabilização do outro cônjuge por violação de deveres conjugais, logrando a satisfação imediata dos seus interesses. Por isso mesmo, muitos foram os Autores que abandonaram cabalmente a tese da fragilidade da garantia, sustentando, pelo contrário, uma tutela plena destes direitos conjugais: uma tutela comum, cumulável com uma tutela especificamente familiar.²³ Assim, JORGE DUARTE PINHEIRO entendia, ainda em 2004 (e, portanto, antes da importantíssima Lei N.º 61/2008 que para este entendimento releva) que o cônjuge lesado poderia intentar imediatamente uma ação de responsabilidade civil, fazendo uso, precisamente, desta tutela comum. Argumentava, para tal, que “a celebração do casamento não cria uma área de exceção”²⁴ e, portanto, “nada impede a aplicação dos meios comuns à tutela dos deveres conjugais pessoais”.

4. O papel do divórcio

A evolução não parou em 1977. Na verdade, existiu por toda a Europa Ocidental, “(...) uma crescente rejeição das tabelas de valores e dos deveres conjugais, predeterminados por (uma) qualquer entidade externa aos próprios conviventes (...)”²⁵, o que veio diminuir o entendimento imperativo do conteúdo do casamento. Destarte, o Direito teve cada vez mais dificuldades em regular aquilo que se passou a entender ser “um meio de realização emo-

cional de dois indivíduos”, o casamento.²⁶

É neste circunstancialismo que é aprovada a Lei N.º 61/2008, que mudou bastante o regime que vigorava em relação à reparação de danos. A entrada em vigor do novo regime jurídico do divórcio deu uma outra redação ao art. 1792º. Antes, a tutela jurídica exclusivamente familiar dos deveres conjugais pessoais resultava da regulamentação dos pressupostos e dos efeitos da dissolução do casamento por divórcio. A este propósito, o art. 1779º conferia a um dos cônjuges a possibilidade de requerer o divórcio com fundamento na violação culposa de deveres conjugais- o divórcio assentava em causas subjetivas como forma de sancionar o incumprimento destes deveres²⁷. Quanto aos efeitos do divórcio, a violação culposa dos deveres conjugais relevava especialmente nos efeitos desfavoráveis que podia sofrer o cônjuge culpado em matéria de partilha, de liberalidades e responsabilidade civil. Relativamente a esta última matéria, o art.1792º referia-se à hipótese de o cônjuge declarado único ou principal culpado no divórcio reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento.

Com a Lei N.º 61/2008 já não se procura na culpa um fundamento para o divórcio, permitindo retirar do comportamento de um dos cônjuges consequências pela dissolução do vínculo matrimo-

²⁶ Estaremos a caminhar para aquilo que PAMPLONA CÔRTE-REAL entende como “um espaço de gestão livre e bicéfala”, retirando espaço ao Direito na regulação das situações jurídicas familiares? – Pamplona CÔRTE-REAL, “Relance crítico sobre o direito de família português”, *Textos de direito da família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 2016, 117. Não me parece ser esse o caminho acertado. Na realidade, a importância das relações familiares, mesmo para o livre desenvolvimento pessoal de cada um dos cônjuges, não pode deixar de ser tocado pela prudência e validade axiológica inerente ao Direito.

²⁷ “Artigo 1779.º (Violação culposa dos deveres conjugais):

1. Qualquer dos cônjuges pode requerer o divórcio se o outro violar culposamente os deveres conjugais, quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade da vida em comum (...)”

²³ Que antes da Lei N.º 61/2008 era particularmente intensa.

²⁴ Jorge Duarte PINHEIRO, nota 2, 465.

²⁵ Guilherme de OLIVEIRA, nota 4, 21.

nial. Por conseguinte, os efeitos do divórcio já não se encontram imbuídos pelo espírito de sanção ao cônjuge que, através seu comportamento, tornou insustentável a vida em comum. Hoje a dissolução do casamento assenta numa ideia de divórcio-rotura, fundamentada por causas de rotura objetivas que mostrem a impossibilidade de continuar com o projeto comum de vida - art. 1781°. Quer isto dizer que este novo regime jurídico, ao eliminar a relevância da culpa nos efeitos do divórcio, deixou de se preocupar com a existência de um único ou principal culpado pela quebra matrimonial.

O art. 1792° passou a ter uma nova redação que, face ao seu carácter literal pouco claro, tem suscitado diversas interpretações quanto à possibilidade de se recorrer ao instituto da responsabilidade civil por violação de deveres conjugais. Este preceito, inserido na secção correspondente aos efeitos do divórcio, diz-nos que “1 - O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns. 2 - O cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea b) do artigo 1781.º deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser deduzido na própria acção de divórcio.”. Ou seja, prevê-se aqui a possibilidade de ressarcimento entre ex-cônjuges. Mas em que termos? Que danos e que lesão estão em causa no n.º1? Qual o sentido deste n.º2?

Dúvidas não suscitará que a violação, por parte de um dos cônjuges, de um direito subjetivo do outro é passível de gerar uma ação indemnizatória uma vez verificados os restantes requisitos do instituto da responsabilidade civil extracontratual (*vide* art. 483°). Isto porque a conjugalidade, a relação comum de vida, não oblitera (hoje) a individualidade de cada um dos membros do casal.

Deste modo, problemas também não se colocam quando a violação de um direito subjetivo (frequentemente um direito de personalidade do outro cônjuge) implique concomitantemente a violação de deveres conjugais, pelo que também se admite a possibilidade de o lesado recorrer ao instituto da responsabilidade civil.

E no caso de o comportamento do lesante implicar apenas lesões a nível matrimonial? Ou seja, se a lesão resultar apenas e tão só da violação de deveres conjugais? Será que o art. 1792° pode ser aqui chamado à colação?

5. Posição da doutrina maioritária e da jurisprudência

A ideia supra apresentada acerca da diminuição da força imperativa do conteúdo do casamento (numa realidade onde se concebia o matrimónio como um meio de realização emocional de dois indivíduos, fechados a qualquer ímpeto de intromissão externa) teve tradução noutros ordenamentos jurídicos onde “se regista um movimento no sentido quer da supressão do elenco de deveres matrimoniais, quer da desvalorização da sua força jurídica, da sua coercibilidade.²⁸”, sustentando-se, por isso, que à violação de deveres conjugais deveria corresponder a possibilidade de tutela indemnizatória, dado não parecer razoável negar ao lesado uma proteção menor do que a que se dispensa a todo o cidadão pelo simples facto de estar casado. Mas esta proteção apenas é atribuída quando a violação de deveres matrimoniais seja acompanhada da lesão de um direito fundamental.

Ou seja, entende-se em grande parte da Europa Ocidental que o incumprimento de deveres conjugais, *per se*, não é fundamento de uma indem-

²⁸Guilherme de OLIVEIRA, nota 4, 22.

nização. Esta pretensão indenizatória pode surgir entre cônjuges, sim (porque o estatuto de cônjuge não pode permitir uma limitação da tutela enquanto pessoa), mas ao abrigo das normas gerais da responsabilidade civil, necessitando então de um fundamento que se consubstanciaria na violação de um direito absoluto do outro cônjuge.

No entanto, e mesmo depois da Lei N.º 61/2008, a maioria da doutrina portuguesa não seguiu esta evolução, continuando a insistir na possibilidade de aplicação da responsabilidade civil pela violação de deveres conjugais, nomeadamente através da responsabilidade contratual²⁹. Entende a

²⁹Mesmo dentro daqueles que defendem que a violação de deveres conjugais, sem a concomitante violação de direitos absolutos do outro cônjuge, é passível de responsabilizar o infrator, há vezes discordantes quanto à aplicabilidade da responsabilidade contratual. E esta dualidade de opiniões é tanto mais legítima quanto a falta de clareza do legislador no n.º 1 do art. 1792º quando se refere aos “termos gerais da responsabilidade civil”. Além do mais, esta distinção não é desprovida de importância prática, uma vez que a aplicação do regime da responsabilidade contratual se apresenta mais favorável ao lesado em determinadas questões (por exemplo, e ao contrário da responsabilidade aquiliana, existe uma presunção de culpa no que toca à responsabilidade contratual que facilita a prova da lesão- n.º 1 do art. 799º; à responsabilidade contratual aplica-se o prazo de prescrição comum- art.309º - que é bem mais largo [vinte anos] do que o prazo de três anos previsto para a responsabilidade extracontratual- art.498º).

Quem defende tratar a violação de deveres conjugais ao abrigo da responsabilidade extracontratual tem essencialmente de se deter no pressuposto da ilicitude. Parte da doutrina entende que, uma vez que o que é posto em causa é a relação matrimonial e não um direito absoluto do outro cônjuge, haverá que sustentar a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil aquiliana através de outra modalidade deste pressuposto. Reconhece MAFALDA MIRANDA BARBOSA que a solução poderá passar pela 2ª modalidade de ilicitude: a violação de disposições legais de proteção de interesses alheios, porquanto, diz-nos, as normas respeitantes ao casamento no Código Civil resultam da concretização das normas constitucionais. Há um direito constitucional de contrair casamento- *vide* art. 36º da Constituição da República Portuguesa (CRP)- e, portanto, o casamento tal como é configurado pelo legislador civil tem que respeitar a instituição matrimonial. É uma vez que através da violação de deveres conjugais temos a violação de uma instituição que recebe tutela ao nível constitucional e que depois é concretizada ao nível civilístico, argumenta a Autora que se justifica a aplicabilidade das regras da responsabilidade civil aquiliana de modo a garantir alguma juridicidade a estes deveres.- Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento- a necessidade de interpretação conforme aos princípios como instrumento de salvaguarda da coerência intras-

doutrina que o casamento não cria uma área de exceção³⁰, pelo que o n.º 1 do art. 1792º corrobora a posição de que se deve afastar integralmente a tese da fragilidade da garantia, uma vez que admite a possibilidade de um cônjuge intentar uma ação de responsabilidade civil contra o outro³¹. Nesta ótica, o preceito em causa é interpretado como uma posição clara do legislador no sentido de que a eliminação da relevância da culpa com o novo regime do divórcio não pretendeu retirar importância aos deveres conjugais (mesmo os mais íntimos, como o de fidelidade) que, uma vez incumpridos, são passíveis de gerar responsabilidade civil.

Na realidade, a jurisprudência- inclusive dos tribunais superiores- tem confirmado o entendimento de que foi com a nova redação do n.º 1 do art. 1792º que o legislador reafirmou o abandono da tese da fragilidade da garantia, admitindo, portanto, que as violações de deveres conjugais poderão dar lugar a uma ação de indemnização pelos danos sofridos pelo cônjuge lesado. Sustenta-se que a Lei N.º 61/2008 fez com que a sanção para a violação de deveres conjugais deixasse de ser o divórcio, baseada numa ideia de culpa, e passasse a ser a reparação dos danos emergentes de tal incumprimento³². Na sequência desta posição podemos ver, por exemplo, o Acórdão (Ac.) do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) ECLI:PT:STJ:2016:2325.12.3TVLSB.L1.S1.1F³³.

sistemática e do cumprimento da intencionalidade jurídica da solução predisposta pelo artigo 1792º,” *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 4, N.º 1, 2018, 957- 958.

³⁰ Jorge Duarte PINHEIRO, nota 2, 465.

³¹ Cristina M. ARAÚJO, nota 5, 23- 24 (nota 12).

³² MAFALDA MIRANDA BARBOSA defende que o único efeito útil do preceito “terá de ser o de especificar que os deveres conjugais não são dotados de uma garantia frágil e que a sua violação pode, de facto, ser fonte de responsabilidade civil” uma vez que a Lei N.º 61/2008 reconfigurou o divórcio eliminando a ideia de sanção. - Nota 14, 78.

³³ A posição, contudo, está longe de reunir consenso. Há decisões judiciais que defendem só existir responsabilidade se os

Mas deverá o n.º 1 do art. 1792º ser entendido desta forma, especialmente no âmbito da Lei N.º 61/2008 e com o que ela pretendeu reformular? É que, de facto, e como bem elucida PEREIRA COELHO³⁴, esta posição acolhida pela jurisprudência era perfeitamente consentânea com o regime jurídico vigente antes da Lei de 2008, pelo que se indaga até que ponto ela é, hoje, compatível com a mesma. Afinal, o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação de que danos? Terão os deveres conjugais, por si, relevância para sustentar uma tutela ressarcitória?

6. A nossa posição

É verdade que o teor literal do art. 1792º continua a deixar dúvidas em relação a todas estas questões. E também não conseguimos explorar a exposição de motivos da Lei N.º 61º/2008 e encontrar imediatamente uma resposta firme, porquanto esta se refere apenas e tão só, na parte alusiva aos efeitos patrimoniais, ao facto de “Os pedidos de reparação de danos (serem), em qualquer caso, julgados nos termos gerais da responsabilidade civil, nas acções próprias (...)”, considerando-se “um corolário da retirada da apreciação da culpa do âmbito das acções de divórcio³⁵”. Não nos podemos apartar, contudo, da sua inserção contextual.

Já vimos que a Lei N.º 61/2008 emerge num contexto europeu de grande evolução, numa tendência clara para o “retraimento do legislador

na regulação da intimidade³⁶, naquele que era o fechar da relação conjugal a estímulos exteriores. Este contexto histórico em que o Projeto de Lei apareceu não pode deixar de ter relevância na sua interpretação: uma ideia de liberdade, corolariamente ligada à desproteção da família-instituição como outrora era entendida, priorizando-se a individualidade das pessoas casadas, sustentada nos seus direitos fundamentais, em detrimento da unidade conjugal. Uma consequência deste entendimento é a relativa facilidade que se atribui à dissolução do casamento, uma vez que, como se explicita na exposição de motivos “ninguém deve permanecer casado contra sua vontade ou se considerar que houve quebra do laço afectivo³⁷”.

Também não podemos, decerto, descurar a eliminação da relevância da culpa operada pela lei em análise no que tange a esta temática³⁸. No entanto, não a consideramos da mesma maneira que a maioria da doutrina e jurisprudência, que sustentam que o fito desta alteração ao regime jurídico do divórcio pretendeu “especificar que os deveres conjugais não são dotados de uma garantia frágil e que a sua violação pode, de facto, ser fonte de responsabilidade civil³⁹”.

Em nosso entender, e apesar de considerarmos que os deveres conjugais gozam de uma eficácia

danos resultantes da violação de deveres conjugais significarem, simultaneamente, lesões dos direitos de personalidade. A título de exemplo, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 25-03-2021 (ECLI:PT:TRL:2021:4195.19.1T8ALML1.2.3F)

³⁴ Francisco de Brito Pereira COELHO, Anotação ao Ac. STJ de 12 de Maio de 2016, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, N.º 4006, 59.

³⁵ PROJETO DE LEI N.º 509/X, Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio- Exposição de motivos, 14.

³⁶ Guilherme de OLIVEIRA, nota 4, 33.

³⁷ Tal como denota Cristina M. Dias ARAÚJO, nota 5, 13 “ (...) é o facto de a dimensão afetiva da vida se ter tornado tão decisiva para o bem estar dos indivíduos que confere à conjugalidade particular relevo. Sendo esta decisiva para a felicidade individual, tolera-se mal o casamento que se tornou fonte persistente de mal-estar”.

³⁸ Acompanhamos Francisco de Brito Pereira COELHO quando, nas suas palavras, nos diz que “ (...) a eliminação do relevo da culpa, em matéria de divórcio, longe de expressar uma pura opção processual destinada a manter “limpas” as ações de divórcio, traduz antes uma verdadeira opção substantiva de fundo, a qual importa (...) uma recompração do próprio casamento e dos comportamentos “contratuais” dos cônjuges dentro do casamento” - nota 34, 63.

³⁹ Mafalda Miranda BARBOSA, nota 14, 78.

relativa (excepcionando casos específicos⁴⁰), a tese da fragilidade da garantia teve o seu cabimento numa época em que se privilegiava a paz familiar e, portanto, os dissensos dentro do âmbito da família não eram abertos a uma ponderação judicial. Com a evolução operada no entendimento do que é a família e o casamento, logo em 1977 deixou de se poder justificar esta tese, porquanto se consignava aos deveres pessoais de cada cônjuge uma importância acrescida, e, por isso, seria neste âmbito defensável um pedido de indemnização pelos danos resultantes da violação dos deveres conjugais (embora no seio da relação matrimonial esta possibilidade acabava por ser, na prática, difícil de efetivar). Entendemos, também, que o âmbito familiar não pode, de facto, ser entendido como um espaço livre de Direito (dada a relevância que a comunhão conjugal assume na personalidade de cada um dos cônjuges, nomeadamente nos seus direitos de personalidade⁴¹).

Não podemos deixar de concluir, contudo, que o novo regime do divórcio (no contexto a que já nos referimos) pretendeu “(...) afastar qualquer juízo de culpa no âmbito especificamente matrimonial⁴²”, não só no que tange aos fundamentos do divórcio, mas também às consequências (*maxime* patrimoniais) que a declaração de culpa impunha

ao cônjuge considerado único ou principal culpado.

Assim sendo, a conclusão a que nos permitimos chegar é a de que se o n.º 1 do art. 1792º pretendeu, de facto, eliminar qualquer discussão acerca da culpa dos cônjuges, fê-lo não só no seio do divórcio, mas também numa eventual posterior ação de responsabilidade civil⁴³. E por isso mesmo é que faz sentido a autonomização do n.º 2 do mesmo artigo que permite a dissolução do casamento por “alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano (que), pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum”. Neste caso admite-se o pedido de indemnização pelo cônjuge que vê a relação matrimonial destruída com base nesta específica circunstância, e que, por isso, não depende de um qualquer juízo de culpa.

Seria inclusivamente contrário à *ratio* da Lei N.º 61/2008, que pretendeu retirar a carga estigmatizadora e punitiva do divórcio⁴⁴ (eliminando a culpa neste âmbito), que depois se viesse permitir discutir, numa ação autónoma de responsabilidade civil por violação de deveres conjugais, a culpa do cônjuge lesante em relação ao lesado, perpetuando assim o sofrimento emocional e a conflituosidade entre os ex-cônjuges.

Mas mais. É que o n.º 1 do art. 1792º remete-nos para os “tribunais comuns”, retirando competência dos Juízos de Família e Menores para tratar destas questões⁴⁵, o que só reforça o entendimento

⁴⁰ Como será, por exemplo, o caso previsto no n.º 3 do art. 495º. A este respeito, *vide* Francisco Pereira COELHO/Guilherme de OLIVEIRA, nota 7, 158.

⁴¹ Assim como afirma António Menezes CORDEIRO “(...) o ser humano depende, totalmente, durante uma parte significativa da sua vida, da família nas mais diversas dimensões. Um reconhecimento da personalidade humana sem o da família não seria possível: impõe-se, pois, a conexão.” - *Tratado de Direito Civil Português, I – Parte Geral, Tomo I*, Coimbra: Almedina, 390.

Comprende Mafalda Miranda Barbosa que “*Se a pessoa só o é, verdadeiramente, em relação, compreende-se que seja no seio da família que ela consiga alcançar os alicerces de sedimentação da pertença comunitária que também a caracteriza (...)*” - Mafalda Miranda BARBOSA, nota 28, 914.

⁴²Guilherme de OLIVEIRA, nota 4, 42.

⁴³ Pedindo de empréstimo o argumento de Francisco de Brito Pereira COELHO, nota 34, 62: “sob pena de incoerência do sistema”.

⁴⁴Cristina M. Dias ARAÚJO, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio (Lei n.º 61/2008 de 31 de outubro)*, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2009, 15.

⁴⁵ Na prática judicial anterior à entrada em vigor da Lei N.º 61/2008 aquilo que acontecia era que, por razões de economia processual, o pedido de indemnização poderia ser feito na ação de divórcio litigioso por força das regras de coligação de processos. A este respeito *vide*: Maria Clara SOTTOMAYOR, *É foram felizes para sempre...? Uma*

de que o legislador pretendeu, efetivamente, arrear deste tipo de ações quaisquer considerações culposas relativas ao incumprimento de deveres inerentes à relação conjugal.

Outras considerações, aliás, se impõem. Uma vez que o que está em causa, do lado passivo dos deveres conjugais, são direitos relativos (como supra sustentado), não é possível impor o seu cumprimento para além da relação conjugal. Ademais, como deveres funcionais fazem sentido no seio do matrimónio. E há, de facto, deveres que esgotam a sua especificidade no âmbito da relação matrimonial, que existem não só para a relação mas também, e principalmente, por causa da relação de vida em comum: é o caso, por exemplo, do dever de fidelidade. Neste sentido, a violação destes deveres apenas pode gerar o que GUILHERME DE OLIVEIRA chama de dano “endofamiliar”⁴⁶, dado que não existe fora ou para lá do casamento.

E se sustentarmos que aquilo que o legislador procurou com o novo regime do divórcio (e com a eliminação da relevância da culpa) foi um equilíbrio entre a “natureza especial do casamento enquanto contrato e o princípio geral da indemnização por danos”⁴⁷, então outra solução não consegue ser defendida que não a inidemnizabilidade dos deveres conjugais *per si*.

É sim fundamento de responsabilização- de encontro a este nosso entendimento- a violação de deveres conjugais que implique danos, através da concomitante violação de direitos fundamentais das pessoas casadas. É que os atos dos cônjuges ou ex-cônjuges serão irrelevantes pela qualidade dos sujeitos, e apenas relevantes enquanto atos de ci-

dadões que violam direitos de subjetivos de outros cidadãos- o que, note-se, não será difícil, uma vez que, como sustenta MAFALDA MIRANDA BARBOSA⁴⁸, “(...) muitas serão as situações em que (...) atenta a ampla tutela que o artigo 70º dispensa à personalidade humana, se verificará a coincidência entre a lesão de deveres conjugais e de direitos de personalidade”.

A responsabilidade será, evidentemente, extracontratual⁴⁹.

6.1. Relevância dos deveres conjugais

Defender que a violação de deveres conjugais, *per se*, não legitima a recorribilidade à responsabilidade civil, não é dizer que estes deveres não gozam de juridicidade.

Consideramos que a infração de deveres conjugais pode relevar noutras sedes que não a possibilidade de atribuir uma indemnização ao cônjuge lesado, até porque não podemos descurar o facto de o legislador ter deixado expressamente consa-

⁴⁸ Mafalda Miranda BARBOSA, nota 29, 953- 954.

⁴⁹ Apesar do casamento ser configurado como um contrato (art. 1568º), não podemos negar-lhe uma configuração especial face aos contratos regulados pelo Direito das Obrigações. Os deveres conjugais são deveres funcionais, são instituídos com o fito de proteger interesses alheios a cada um dos cônjuges enquanto individualidade, a proteger, portanto, a plena comunhão de vida que se pretende resultar do casamento. A este respeito é importante destacar a mudança de posição de DUARTE PINHEIRO, que entendia ser de recorrer à responsabilidade contratual nestes casos, uma vez que a tutela sairia aqui facilitada em função da presunção de culpa, mas reconfigura posteriormente a sua apreciação, admitindo que a especialidade do contrato de casamento obsta à aplicação de tal presunção.- Jorge Duarte PINHEIRO, *O núcleo intangível da comunhão conjugal- Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra: Almedina, 2004, (Dissertação de Doutoramento de Jorge Duarte Pinheiro, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), 699-700.

Não obstante, importa ter ciente que há quem entenda que existem deveres conjugais que encerram obrigações em sentido técnico, como será o caso do dever de assistência, e, portanto, pelo menos relativamente à obrigação de alimentos (uma dimensão do dever de assistência) - uma vez que se pode estabelecer uma verdadeira relação creditícia entre os cônjuges- é possível invocar a tutela da responsabilidade civil contratual. Neste entendimento, por exemplo, Antunes VARELA- *Das obrigações em geral*, I, Coimbra: Almedina, 2003, 535 (nota 1).

análise crítica do novo regime jurídico do divórcio, 1ª Ed., Coimbra: Wolters Kluwer Portugal (Coimbra Editora), 2010, 20-21.

⁴⁶ Guilherme de OLIVEIRA, nota 4, 20.

⁴⁷ Guilherme de OLIVEIRA, nota 4, 35.

grado o catálogo de deveres conjugais. Pode ser importante, por exemplo, para sustentar a rotura definitiva e objetiva do casamento, fundamentando a aplicabilidade da alínea *d*) do art.1781º, aquando de uma situação de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.

Pode relevar também para formar o juízo de iniquidade que justifica a negação do pedido de alimentos do ex-cônjuge⁵⁰ (n.º 3 do art. 2016º) pois, com certeza, esse critério terá em conta a especial onerosidade que impende sobre o cônjuge prestador de alimentos quando o direito pertence àquele que durante o casamento teve comportamentos de especial censurabilidade, violando os deveres inerentes à relação matrimonial.

Além do mais, é de sustentar também que os deveres conjugais podem ser importantes noutras áreas, como a criminal, não só no sentido de qualificar infrações (como o homicídio- alínea *b*) do n.º 2 do art. 132º do Código Penal [CP]) como também de prever específicos ilícitos criminais (tomando de exemplo o crime de violência doméstica- alínea *a*) do n.º 1 do art.152º CP). Ficam, destarte, mais pacificadas as preocupações de MARIA CLARA SOTTOMAYOR⁵¹ relativamente à posição frágil da vítima de violência doméstica (tema que ganha, atualmente, um tratamento jurídico mais cuidado).

7. A solução preconizada noutros ordenamentos jurídicos — brevíssimo apontamento

A solução também não é pacífica no âmbito de outros ordenamentos jurídicos, principalmente se tivermos em conta o grande apego de certos orde-

namentos da *Common Law* no que toca ao princípio da imunidade conjugal. Hoje, contudo, há uma orientação mais aberta na discussão das matérias familiares, tanto que a maioria dos ordenamentos jurídicos europeus sofreu uma grande mudança de paradigma no que toca à regulação das relações matrimoniais.

Em Espanha, bem como em Itália, a doutrina divide-se quanto ao recurso da responsabilidade civil no que toca à violação de deveres conjugais. No ordenamento jurídico vizinho é paradigmática a mudança operada no regime do divórcio com a Lei N.º 15/2005 onde, paralelamente ao que aconteceu no nosso país, se eliminou a conceção de culpa, e se consagrou a hipótese de divórcio a pedido. Contudo, apesar desta mudança, continua a existir expressamente um elenco de deveres conjugais- art. 67º e 68º CC espanhol.

Além do mais, não obstante não existir um preceito como o nosso art. 1792º no ordenamento jurídico espanhol, a verdade é que alguma doutrina tem seguido a mesma posição que é adotada em solo pátrio, defendendo a tese de que a eliminação do conceito de culpa não pretendeu acolher a ideia da falta de importância dos deveres conjugais que, uma vez incumpridos, poderão constituir fundamento de responsabilidade civil aquiliana. Não é uma posição, de todo, unânime, tanto que existem Autores espanhóis que defendem que “A chave está em que o incumprimento de um dever matrimonial provoque a lesão de um direito fundamental, causando um determinado dano.”⁵² O mesmo entendimento tem sido sufragado, de um modo geral, pela jurisprudência.

Em Itália a discussão é essencialmente nos mesmos termos. A culpa, neste ordenamento jurídico, vai relevar nos efeitos patrimoniais negativos resul-

⁵⁰ Guilherme de OLIVEIRA, *Estudos de direito da família II- Passear os dogmas*, Coimbra: Almedina, 2022,45.

⁵¹ Maria Clara SOTTOMAYOR, nota 45, 26-27.

⁵² Nomeadamente Marín López, María Linacero de la Fuente, Manuel Albaladejo, Díaz Alabart e Laura López de la Cruz.- Guilherme de OLIVEIRA, nota 4, 23- 25.

tantes da dissolução do casamento a aplicar ao cônjuge declarado culpado. E também aqui não está consagrado um artigo como o 1792° do CC português, pelo que o silêncio do legislador tem suscitado dúvidas no que toca à responsabilização de um cônjuge que incumpra os deveres inerentes ao matrimónio. De um modo geral, a resposta tem sido diferente da assumida no ordenamento espanhol, uma vez que se tem entendido que a violação dos deveres conjugais poderá abrir as portas a uma ação de responsabilidade se estiver em causa a violação de direitos fundamentais do cônjuge lesado. Esta tem sido, de facto, a orientação jurisprudencial, nomeadamente do Tribunal Constitucional Italiano.

Diferente é a posição do ordenamento jurídico francês relativamente a esta matéria, dado que é expressa a hipótese de responsabilização do cônjuge por danos causados pelo divórcio- art. 266° *Code Civil*-, sendo consensual e estável a posição de que a violação de deveres conjugais configura uma hipótese de responsabilidade civil. Parece ser, na verdade, um caso isolado de pacificação no que tange à matéria.

Nos países da Common Law a mudança foi paradigmática, principalmente tendo em conta o precedente da *interspousal immunity*. No entanto, a consciência relativamente aos direitos das mulheres e a evolução da própria sociedade ao longo do século XX no que toca à harmonia familiar, levaram à abolição deste princípio nos Estados Unidos da América. Tanto assim é que hoje todos os estados norte-americanos reconhecem à mulher capacidade judiciária independentemente do seu *marital status*⁵³ Também assim no direito inglês onde “em

⁵³ Jack L. HERSKOWITZ, *Tort Liability Between Husband and Wife: The Interspousal Immunity Doctrine*, Miami, University of Miami Law Review, 1966.

relação a indemnizações, as pessoas casadas e as não casadas são tratadas da mesma maneira⁵⁴”.

8. Conclusão

Impõe-se necessário constatar que o legislador não andou bem no que tange ao preceito do art. 1792°. A sua literalidade imprecisa permite leituras tão díspares como as que são, ainda hoje, defendidas⁵⁵. No entanto, atendendo à *ratio* da Lei N.º 61/2008 e à contextualidade da sua consagração (chamando à colação o elemento histórico e sistemático de interpretação) acompanhamos GUILHERME DE OLIVEIRA quando propõe uma interpretação restritiva do artigo em questão, englobando apenas a responsabilidade civil extracontratual quando se refere às “regras gerais da responsabilidade civil”⁵⁶, sustentando-se o entendimento de que a violação de deveres conjugais apenas permite o recurso à responsabilidade civil quando acompanhada da violação de direitos absolutos do cônjuge lesado. Entrará em jogo, verificados os demais pressupostos, a responsabilidade civil aquiliana.

⁵⁴ Jonathan HERRING, *Family Law*, 4th ed., Harlow, Pearson, 2009, 84, *apud*. Guilherme de OLIVEIRA, nota 4, 27.

⁵⁵ No entendimento de Francisco de Brito Pereira COELHO, nota 34, 60- O elemento gramatical deste preceito no que tange à remissão para «os termos gerais da responsabilidade civil» permite fazer duas leituras- uma que, considerando quer os danos resultantes da violação de direitos subjetivos, quer os danos resultantes da violação de direitos relativos do cônjuge, permite sustentar a indemnização fundada tanto na responsabilidade civil extracontratual, como na responsabilidade civil contratual; outra- em relação à qual demonstra a sua preferência- que sustenta apenas a aplicabilidade da responsabilidade civil extracontratual.

⁵⁶ Guilherme de OLIVEIRA, nota 4, 41.

O N.º 3 DO ARTIGO 1675.º DO CÓDIGO CIVIL E O CONCEITO DA CULPA. À LUZ DA LEI N.º 61/2008, DE 31 DE OUTUBRO

Juliana Amaral

Mestranda em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Palavras-chave: *Divórcio, obrigação de prestação de alimentos, Separação de facto, Culpa*

Keywords: *Divorce, maintenance obligation, when spouses are living apart, guilt*

Resumo: *Com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro foi abolida a culpa enquanto pressuposto para a obtenção do Divórcio, assim como a sua correspondente graduação para a atribuição de consequências patrimoniais aplicadas ao cônjuge culpado pela rutura, com maior relevância, neste trabalho, à obrigação de prestação de alimentos ao ex-cônjuge. No entanto, no que toca à separação de facto, continua o n.º 3 do artigo 1675.º do Código Civil a prever que se a separação de facto for imputável a um dos cônjuges, o dever de assistência é exigível a esse cônjuge único ou principal culpado pela rutura.*

Abstract: *By Law 61/2008 of October 31, fault was abolished as prerequisite for obtaining a divorce, as well as the corresponding gradation of fault for the attribution of patrimonial consequences applied to the spouse responsible for the rupture, with greater relevance, in this work, to maintenance obligation to the ex-spouse. However, with spouses that are living apart, paragraph 3 of Article 1675º of the Civil Code continues to stipulate that if the spouses are living apart can be attributed to one of the spouses, the duty of support is enforceable against the sole or primary spouse held responsible for the rupture.*

1. Introdução

A fragilidade das relações matrimoniais é de tal grandiosidade que implica que olhemos para estas matérias com uma redobrada cautela. Estamos na esfera de relações intimamente complexas entre os

cônjuges, cabendo ao legislador regular da melhor forma possível essas relações e quando estas terminem, sendo caso disso, as consequências da sua rutura. O Direito não é Preto e Branco, e no que toca à área do Direito da Família, o número de cores aumenta, e com ele as dificuldades da sua regulação.

São, exatamente, esses momentos de vulnerabilidade das relações matrimoniais que vamos aqui analisar, não só em casos de separação de facto, como também em situações de rutura efetiva da relação conjugal, o Divórcio. E vejamos, desde logo, o que aproxima estas duas figuras – um momento de fragilidade da relação conjugal – que leva ou a uma rutura efetiva, no caso do divórcio, ou a uma rutura, de certa forma, parcial, no caso da separação de facto.

A análise da evolução do divórcio é essencial para percebermos o que mudou no nosso Ordenamento Jurídico ao longo de mais de 100 anos de História. As reformas que o Direito da Família sofreu e, em particular, o divórcio, são essenciais para que possamos perceber as suas influências em outras figuras.

Neste sentido, este trabalho irá centrar-se, com um olhar crítico, ainda que dotado de alguma humildade científica, no nosso sistema atual e no seu desenvolvimento, a razão que levou à abolição do conceito de culpa do divórcio e o porquê de este se manter ainda em alguns aspetos do nosso sistema,

em concreto o que justifica a não alteração do n.º 3 do artigo 1675.º do Código Civil, mesmo após a Reforma de 2008, com todas as transformações que a mesma veio proporcionar.

2. Dever de assistência

Na constância do casamento os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência (artigo 1672.º do Código Civil, doravante CC). É relativamente a este último que nos interessa dar um maior relevo sobre o seu conteúdo.

O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar (n.º 1 do artigo 1675.º CC). Sendo que, o dever de prestar alimentos sub-roga-se à contribuição para os encargos de vida familiar, apenas ganhando autonomia quando os cônjuges estejam numa situação de separação de direito ou de facto.

No que toca ao dever de contribuir para os encargos da vida familiar, este cabe a cada um dos cônjuges, nos mesmos termos, e pode ser cumprido através da afetação dos seus recursos àqueles encargos, assim como pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos (artigo 1676.º CC). A este dever está subjacente uma ideia de solidariedade conjugal e de um dever de auxílio mútuo. Já na prestação de alimentos, está subjacente uma necessidade de garantir a subsistência da pessoa que estará desprovida de rendimentos.

Num momento de separação de facto a obrigação de prestação de alimentos¹ ganha autonomia, dado que, diferentemente do divórcio, os cônjuges ainda permanecem casados e a “separação de facto

não produz qualquer efeito jurídico de modificação ou extinção da relação matrimonial². Mantém-se, por isso, o dever conjugal de prestar alimentos (previsto no n.º 2 do artigo 1675.º CC). Neste sentido, recorde-se as palavras de MARIA DE NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, que nos diz que “a separação de facto desfaz, automaticamente, a comunidade, mas não o vínculo conjugal³, daí que ainda possamos exigir que se mantenham os deveres conjugais.

A separação de facto verifica-se quando não há vida em comum dos cônjuges, portanto, *não há coabitação*⁴ e não há a intenção de restabelecer essa vida em comum (artigo 1782.º CC). Este último fator é, de facto, a grande característica de uma situação de separação de facto, a falta de vontade de restabelecer a vida enquanto casal, intenção essa que pode partir de ambos os cônjuges ou apenas de um. Acresce que, esta separação de facto não pode ser uma separação meramente transitória e acidental, mas sim de carácter duradouro e contínuo.

Ora, quer o n.º 2 do artigo 1675.º CC, quer o artigo 2015.º CC dizem-nos que o dever de assistência se mantém durante a separação de facto se esta não for imputável a qualquer um dos cônjuges, tal significa que se não for imputável a um deles, qualquer um pode pedir alimentos. Já se a separação de facto for imputável a um dos cônjuges, ou a ambos, o dever de assistência só incumbe ao único ou ao principal culpado (1ª parte do n.º 3 do artigo 1675.º CC). Apesar de excepcionalmente e

²Veja-se, neste sentido, o Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de setembro de 2021 (Proc. N.º 3597/20.5T8CSC.L1-2).

Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fca-732316039802565fa00497ecc/a333882f508a1fc28025876e004a-4b77?OpenDocument> [Acesso a: 14 de Dezembro de 2022].

³ GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato, *Alimentos*, 1981, p.192.

⁴ Note-se que o facto de não haver coabitação não significa, obrigatoriamente, que já não morem na mesma casa. Por vezes, poderá haver situações em que até vivem na mesma casa, mas que não convivem um com o outro, não dormindo no mesmo quarto, por exemplo.

¹ Entenda-se por alimentos, tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário (n.º 1 do artigo 2003.º CC).

por motivos de equidade poder o tribunal impor esse dever ao cônjuge inocente ou menos culpado, atendendo à duração do casamento ou à colaboração que esse cônjuge tenha prestado à economia do casal (2.ª parte do n.º 3 do artigo 1675.º CC). Quer isto dizer que, para a atribuição de alimentos o legislador atribui um critério de culpa/imputabilidade (n.º 3 do artigo 1675.º CC).

Este artigo, com esta redação, foi introduzido pelo artigo 67.º do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, o que significa que não sofreu as alterações introduzidas pela Lei 61/2008, de 31 de outubro, onde o conceito de culpa foi abolido enquanto pressuposto de obtenção do divórcio e atribuição das suas consequências patrimoniais.

3. Evolução do Divórcio

O divórcio é uma das formas de extinção da relação matrimonial, constitucionalmente admissível no n.º 2 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa. Entendemos como divórcio a dissolução do casamento decretada pelo Tribunal ou por um conservador do registo civil, a requerimento de um dos cônjuges ou de ambos, nos termos autorizados por lei⁵. O vínculo conjugal que existia quebra-se, extingue-se o casamento e produzem-se “os mesmos efeitos que a dissolução por morte” (artigo 1788.º CC).

Como sabemos, o divórcio compreende duas modalidades: por mútuo consentimento dos cônjuges (pedido por comum acordo) ou por divórcio sem o consentimento do outro cônjuge (pedido por um dos cônjuges com fundamento em determinada causa)⁶.

Para que possamos compreender o nosso regime atual, é necessário que retroajamos no tempo e

analisemos, passo a passo, a evolução do divórcio, com maior atenção ao divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.

Até ao ano de 1910, o divórcio não era admitido, Portugal foi um dos pioneiros a nível europeu a consagrá-lo, com o Decreto-Lei de 3 de novembro de 1910, ficando o diploma conhecido por Lei do Divórcio. Nele estabeleceu-se um sistema em que o divórcio poderia ser decretado por via do mútuo consentimento ou por uma via litigiosa, fosse com fundamento em causas subjetivas⁷ ou objetivas⁸, que estavam taxativamente previstas no artigo 4.º do referido diploma.

Não obstante, é neste documento que nos aparece pela primeira vez a obrigação de alimentos, que no seu artigo 29.º consagrava que “qualquer dos cônjuges tem direito a exigir do outro que lhe preste alimentos, se d’elles carecer”. E como nos refere PAULA TÁVORA VÍTOR, não se estabelecia qualquer ligação com a culpa que fosse eventualmente determinada no divórcio, portanto qualquer dos cônjuges poderia vir a requerer os alimentos⁹.

Posteriormente, numa época em que em Portugal vigorava um regime político ditatorial, foi assinada a Concordata entre Portugal e a Santa Sé, em maio de 1940, onde foram proibidos os divórcios para os casamentos católicos que fossem realizados a partir de 1 de agosto desse mesmo ano, o que significou para JORGE DUARTE PINHEIRO, uma “substancial viragem na concepção do sistema de dissolução do casamento”¹⁰. Sendo o casamento católico indissolúvel, deixou também de prever a

⁷ Por exemplo, o adultério da mulher ou do marido.

⁸ Causas objetivas como por exemplo: separação de facto por 10 anos consecutivos; doenças contagiosas incuráveis, loucura incurável, entre outros.

⁹ VÍTOR, Paula Távora, *Crédito Compensatório e alimentos pós-divórcio*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 202.

¹⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo*, 5ª edição, Almedina, p. 518.

⁵ COELHO, Francisco Pereira/ OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, 5.ª Edição, Volume I, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 679.

⁶ CAMPOS, Diogo Leite de/ CAMPOS, Mónica Martinez, *Lições de Direito da Família*, 5ª edição, Almedina, 2020, p. 339.

atribuição de alimentos, uma vez que não haveria divórcios, havendo quase como que um retrocesso de todo o desenvolvimento feito até então. Recorde-se, no entanto, que para os casamentos católicos mantinha-se a possibilidade de separação de pessoas e bens, com a aplicação do artigo 29.^{o11}.

Durante o Estado Novo, numa pura reflexão do regime, com o Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro, para além de se manter a indissolubilidade dos casamentos católicos (artigo 1790.^{o12}), no que concerne aos casamentos civis, veio-se dificultar ainda mais as dissoluções dos mesmos por divórcio. Desde logo, pela eliminação das causas objetivas no divórcio litigioso, assumindo-se assim uma conceção de divórcio-sanção. Para decretar o divórcio era necessário demonstrar a prática um ato culposo de um dos cônjuges, tornando-se o divórcio a sanção por esse ato¹³ (artigos 1778.^o e 1792.^{o14}) e impunha-se a “prova de que os fundamentos invocados para o divórcio litigioso comprometiam a possibilidade de vida em comum”¹⁵.

Também ao nível do direito a alimentos se refletiu a posição política que se vivia na época, desde logo, pelo maior relevo dado à culpa. Segundo o artigo 2006.^o do Código Civil de 1966, redação dada pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, já não estávamos como em 1910 num direito de requerer os alimentos que pertencia a qualquer um dos cônjuges, mas sim e apenas ao “cônjuge não culpado” (alínea a)) ou não considerado o “principal culpado” (alínea b)) e seria apenas qualquer dos

cônjuges quando ambos os cônjuges fossem considerados igualmente culpados ou tivesse havido separação por mútuo consentimento (alínea c)). Assim, a determinação da culpa tornou-se essencial para a atribuição de alimentos no pós-divórcio.

De salientar que a culpa é aqui entendida, como nos indica PAULA TÁVORA VÍTOR, como uma “conduta censurável imputável aos cônjuges, valorada segundo o sistema de valores geralmente aceite na comunidade nacional na época em que a questão foi apreciada”¹⁶.

Em 1977, a alteração política e social sentida em Portugal, com a Revolução dos Cravos, refletiu-se também no Direito da Família, com grandes alterações legislativas. No que tange ao divórcio litigioso, voltam a existir as causas objetivas, “aquelas que se concretizam numa situação de rutura da vida conjugal cuja relevância como fundamento do divórcio não depende da culpa de qualquer dos cônjuges”¹⁷ (separação de facto, alteração de faculdades mentais e ausência). O que demonstrou uma aproximação a um sistema de divórcio constatação de rutura, uma vez que tanto o cônjuge “inocente” como o cônjuge “culpado” poderiam pedir o divórcio¹⁸. Assim como, mantiveram as causas subjetivas, como fundamentos para que seja decretado o divórcio.

Quanto às causas subjetivas, aquelas que conduzem a uma conduta ilícita de um ou de ambos os cônjuges (artigo 1779.^o do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro), verificou-se a substituição da lista de causas de divórcio por uma cláusula geral de violação de deveres conjugais, violação essa que deveria ser causadora de uma

¹¹ VÍTOR, Paula Távora, (nota 6), p. 203.

¹² Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro.

¹³ ROCHA, Patrícia, “O Divórcio sem culpa”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, 2004, p.576.

¹⁴ Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro.

¹⁵ CID, Nuno de Salter, *O divórcio em Portugal*, Braga, Húmus, 2019, p. 68 e 69.

¹⁶ VÍTOR, Paula Távora, (nota 6), p.204.

¹⁷ SOUSA, Miguel Teixeira, *O regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 34.

¹⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, “A Nova Lei do Divórcio”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 13, Ano 7, 2010, p. 5.

impossibilidade de vida em comum. Não obstante, permaneceu a necessidade de serem decretadas as culpas dos cônjuges e a prova de que o cônjuge violou culposamente os deveres conjugais, sendo que esta integrava a causa de pedir e relevava a nível dos pressupostos do divórcio, assim como para a determinação de consequências patrimoniais. Desde já, o cônjuge culpado não poderia receber mais na partilha do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime de comunhão de adquiridos (antigo artigo 1790.º)¹⁹; havia um dever de o *cônjuge culpado reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento* (antigo artigo 1791.º)²⁰ e o preceito de que seria o cônjuge culpado a conceder os alimentos ao outro que deles precisasse (antiga alínea a) do n.º 1 do artigo 2016.º)²¹.

Já relativamente às causas objetivas, como é o caso da separação de facto, a determinação de quem era o cônjuge culpado seria relevante não para decretar o divórcio, mas sim para que fosse graduada a culpa²², para a produção de efeitos sancionatórios, anteriormente referidos. Neste sentido, mantinha-se um sistema de divórcio-sanção, com intenção de castigar o culpado pela rutura do casamento.

Segundo a alínea a) do artigo 2016.º do diploma revogado, teria direito a alimentos “o cônjuge não considerado culpado ou, quando haja culpa de ambos, não considerado principal culpado na sentença de divórcio, se este tiver sido decretado com fundamento no artigo 1779.º ou nas alíneas a) ou b) do artigo 1781.º”²³. Como tal, decorrente de um sistema de divórcio-sanção, esta gradação de

culpas funcionava como uma penalização do cônjuge único ou principal culpado.

Veja-se que, sanção não ia ao ponto de obrigar o cônjuge declarado único ou principal culpado a prestar alimentos ao inocente, ainda que não tivesse meios de os prestar ou quando o cônjuge inocente deles não necessitasse, mas “a verdade é que, o pressuposto base continuava a ser a culpa, à qual o Tribunal tinha de atender e que naturalmente influenciava a decisão a tomar na fixação de alimentos”²⁴.

Com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, assistimos a uma alteração do divórcio litigioso, a partir de então designado divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, numa tentativa de “desdramatizar”²⁵ o divórcio (apesar de não deixar de ser um divórcio litigioso, uma vez que é sempre judicial).

Foi eliminada a ideia clássica de que o cônjuge inocente propunha o divórcio contra o cônjuge culpado, baseada na prova de que o cônjuge teria violado os deveres conjugais (divórcio com fundamento em causas subjetivas), tornando-se desnecessária a determinação de culpas tanto para a decretação do divórcio, assim como para a sua gradação na atribuição de consequências patrimoniais aplicadas ao cônjuge culpado.

Pese embora se tenham mantido alguns fundamentos de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges expressamente previstos na lei (alínea a), b) e c) do artigo 1781.º CC), foi acrescentada a alínea d) ao atual artigo 1781.º CC, com a seguinte redação: “Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a rutura definitiva do casamento”. Esta é uma clara adoção de um sistema de divórcio-constatação da

¹⁹ Decreto Lei n.º 496/77, de 25 de novembro.

²⁰ Decreto Lei n.º 496/77, de 25 de novembro.

²¹ *Idem*.

²² VÍTOR, Paula Távora, (nota 6), p. 205.

²³ Decreto Lei n.º 496/77, de 25 de novembro.

²⁴ COSTA, Eva Dias, “A eliminação do divórcio litigioso por violação culposos a dos deveres conjugais”, in *E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio* Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 166.

²⁵ COELHO, Francisco Pereira/ OLIVEIRA, Guilherme de, (nota 4), p. 689.

rutura do casamento, onde a causa do divórcio é a própria rutura em si, que pode ser demonstrada através da prova de quaisquer factos e independentemente das razões que a determinaram²⁶. Nas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA, “Esta foi a primeira vez que se notou uma preocupação de evitar que a dissolução do casamento seguisse um caminho traumático.”²⁷

Tal sistema vigora também na Ordem Jurídica Alemã onde a única causa do divórcio é o facto de o casamento ter falhado²⁸, sem que importe à lei as razões para esse fracasso.

O que motivou esta alteração foi sem dúvida uma mudança social, que já se vinha sentindo desde os anos 70 a nível europeu. A visão do casamento foi alterando e conseqüentemente a visão do divórcio. As sociedades passaram a ser mais organizadas, as mulheres casadas entraram no mercado de trabalho, houve mudanças dos estatutos sociais, assim como uma “banalização dos divórcios e das famílias recombinadas”²⁹. As questões patrimoniais deixaram de ser o ponto central do casamento e neste sentido passou-se a valorar, dentro do casamento, mais os afetos, do que propriamente o património.

Tais mudanças sociais serviram de fundamento para a alteração deste regime, e é isso mesmo que está refletido na exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 509/X, numa tentativa de convergir a nossa legislação com a que vigorava já na maioria dos países europeus. Este Projeto de Lei, elaborado pelos deputados do PS, foi fortemente inspirado nos *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, da *Comission of European Family Law* (CEFL), onde se pode

ler que “a eliminação a qualquer referência à culpa é consistente com a evolução da lei e da prática nos sistemas legais europeus analisados. Em muitos destes sistemas a culpa foi abandonada (...) De qualquer dos modos é difícil atribuir culpas apenas a um dos cônjuges”³⁰.

E por isso se subscreve, no Projeto de Lei n.º 509/X, a ideia de que se deve evitar que o processo de divórcio se transforme num litígio persistente e destrutivo com medição de culpas sempre difícil, senão impossível, de efetivar³¹ – ambicionando-se, assim, uma ideia de *clean break*. E esta era essencialmente a ideia transmitida nos trabalhos elaborados pela CEFL, para quem “só a irrelevância da culpa evita uma indesejável investigação à cerca do estado do casamento e permite respeitar a integridade pessoal e autonomia dos cônjuges”³².

No entanto, esta mudança não foi, de todo, consensual. Se por um lado, temos autores como GUILHERME DE OLIVEIRA para quem a ideia de termos o divórcio como um castigo e as conseqüências patrimoniais como uma sanção para o cônjuge culpado “tornou-se progressivamente fora-de-moda na regulamentação do divórcio na Europa”³³, ou JORGE DUARTE PINHEIRO, para quem a mudança que se verificou com a Lei de 2008 é de “aplaudir”³⁴ e a manutenção do divórcio fundado em violação de deveres conjugais não fazia sentido, se haveria uma impossibilidade de vida em comum, o divórcio deve ser decretado, porque o casamento foi destituído da sua funcionalidade. Tal

³⁰ BOELE-WOELKI et al., Katharina, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*. Antwerp, Oxford, Intersentia, 2004, p. 55.

³¹ *Cf.* Projeto de Lei n.º 509/X.

³² BOELE-WOELKI et al., Katharina, (nota 27), p. 55.

³³ OLIVEIRA, Guilherme de, (nota 16), p. 16.

³⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte, (nota 7), p. 528.

²⁶ COELHO, Francisco Pereira/ OLIVEIRA, Guilherme de, (nota 4), p. 687.

²⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, (nota 16), p. 6.

²⁸ §1565/1 BGB “Eine Ehe kann geschieden werden wenn sie gescheitert ist”.

²⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, (nota 16) p. 17.

como FIDÉLIA PROENÇA DE CARVALHO que, mesmo antes da Reforma de 2008, já tinha uma posição bastante crítica sobre o assunto. A autora entendia que as noções de culpa e a sua correspondente sanção, que durante tanto tempo caracterizaram o divórcio, “são cada vez mais incompreensíveis e injustificadas, quando comparadas com o conceito de conjugalidade atual”³⁵.

Por outro lado, temos também fortes críticas a esta mudança, a nível internacional e uma vez que este movimento de *No-Fault Revolution* se iniciou na Califórnia, em 1969, em que autoras como LENORE WEITZMAN, vêm dizer que a introdução de um *no-fault divorce* representou um impacto negativo nas condições financeiras das mulheres divorciadas, levando a um significativo empobrecimento das mesmas³⁶.

Esta era também a apreensão, a nível nacional, de ANÍBAL CAVACO SILVA, Presidente da República em 2008, que aquando da promulgação do diploma, demonstrou uma enorme preocupação relativamente às consequências negativas do regime, uma vez que poderia levar a uma indesejável desproteção do cônjuge que se encontre numa posição mais fraca (mulheres) e dos filhos menores³⁷.

Posição ligeiramente diferente parece adotar RITA LOBO XAVIER que é crítica desta ideia de afetividade que é dada ao casamento, dizendo mesmo que “um homem e uma mulher que pretendam uma relação puramente afetiva não precisam de casar”³⁸.

A verdade é que havendo a rutura do casamento resta-nos apenas a regulação das consequências

patrimoniais, em maior apreço, da prestação de alimentos a ex-cônjuges. Quanto a estas, RITA LOBO XAVIER refere que o legislador só teria duas hipóteses: manter as consequências patrimoniais antes previstas, mas desprovidas do seu carácter sancionatório, ou suprimir tais consequências, e substituir por outras mais adequadas à nova conceção do casamento e do divórcio, sendo que, segundo a autora “a opção fixou-se na primeira das soluções”³⁹. Por esse motivo, também aqui se sentiu a transição de um sistema divórcio-sanção, para um sistema de constatação de rutura, eliminando-se a culpa como fator para a atribuição de alimentos. Qualquer dos cônjuges tem direito a alimentos, independentemente do tipo de divórcio (artigo 2016.º CC). A atribuição de alimentos a ex-cônjuges dependerá apenas de pressupostos gerais – a necessidade de um dos cônjuges e a possibilidade de o outro cônjuge prestar os alimentos.

Discutido há muito na doutrina o carácter indemnizatório, compensatório, ou alimentício da prestação de alimentos a ex-cônjuges, a verdade é que este diploma legislativo veio clarificar a sua função: a intenção de socorrer alguém que tem necessidades que não consegue suprir, ainda que esse tenha sido o culpado pela falência do casamento⁴⁰. Trata-se de uma intenção de auxiliar o cônjuge economicamente mais fraco, para que este, rapidamente, consiga alcançar a sua autossuficiência económica, colocando-se como princípio que cada cônjuge deve prover à sua subsistência, “se tiver possibilidade de o fazer”⁴¹.

Pese embora toda a evolução sentida, também nesta matéria não houve consensualidade. Neste âmbito é muito difícil que seja eliminada comple-

³⁵ CARVALHO, Fidélia Proença de, “O conceito de culpa no divórcio – crime e castigo”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, 2004, p. 589.

³⁶ WEITZMAN, Lenore J., *The Divorce Revolution*, 1985, p. 485.

³⁷ CID, Nuno de Salter, (nota 12), p. 129.

³⁸ XAVIER, Rita Lobo, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 7.

³⁹ XAVIER, Rita Lobo, (nota 34), p. 42 e 43.

⁴⁰ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, (nota 16), p. 30.

⁴¹ XAVIER, Rita Lobo, (nota 34), p. 38.

tamente a consideração dos comportamentos dos cônjuges passíveis de censura, quando estes comportamentos se revelem intoleráveis. E neste sentido, o diploma legislativo de 2008 abriu uma espécie de janela para apreciação da conduta dos cônjuges no n.º 3 do artigo 2016.º CC⁴², onde por motivos de equidade, o direito a alimentos pode ser negado. Tal significou uma adoção de uma cláusula geral e de conceitos indeterminados, o que para muitos autores representa uma abertura, ainda que tímida⁴³, à culpa. Para outros, como GUILHERME DE OLIVEIRA, o intuito não é fazer uma averiguação exaustiva das culpas dos cônjuges, o Tribunal saberá, apreciando as alegações dos cônjuges, encontrar os casos em que será manifestamente injusto um cônjuge prestar alimentos àquele que lhos pede⁴⁴.

4. Análise jurisprudencial

A jurisprudência tem entendido que o n.º 3 do artigo 1675.º CC, assim como o artigo 2015.º, devem ser aplicados tal e qual como estão previstos, com a redação do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 novembro, sem qualquer alteração, uma vez que entendem que a determinação do cônjuge culpado, em caso de separação de facto, é essencial, dado que o dever de prestar alimentos, resultante de um dever de assistência, irá incumbir apenas a esse cônjuge, salvo casos excepcionais. Denote-se que existe sempre uma salvaguarda de equidade, impondo esse dever ao cônjuge inocente ou menos culpado, quando considerada a duração do casamento, e a colaboração que o outro cônjuge tenha prestado à economia do casal, ponderação essa que deve ser feita pelo tribunal.

⁴² Tal também está previsto no n.º 3 do artigo 1675.º CC.

⁴³ TOMÉ, Maria João Romão, “Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais do divórcio”, in *E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio* Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 166.

⁴⁴ Cf. OLIVEIRA, Guilherme de, (nota 16), p. 30.

Vejamos, como primeiro exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de março de 2015⁴⁵, que se debruçou sobre este tema. Curiosamente, na ação em causa, o Tribunal *a quo* considerou que a culpa deixou de ter relevância também no caso da separação de facto depois da entrada em vigor da Lei n.º 61/2008. No entanto, contrariamente a esta posição, o Tribunal da Relação veio corrigir este entendimento, demonstrando que o critério da culpa para a atribuição do divórcio e os seus efeitos são diferentes da atribuição de alimentos decorrente de um dever de assistência, em caso de separação de facto, uma vez que, neste último caso, ainda estamos no âmbito da conjugalidade matrimonial, *apesar de vulnerável*⁴⁶. E por isso tal exige, para a sua determinação, uma vez que são figuras diferentes, que estabeleçam critérios diferentes.

Para a sua fundamentação, cita o autor TOMÉ D’ALMEIDA ROMÃO, que escreve “Na separação de facto, os cônjuges continuam unidos pelo matrimónio e a obrigação alimentar tem como pressuposto a manutenção do vínculo conjugal e, conseqüentemente, do dever de assistência, e depende, em regra, da ausência de culpa do cônjuge, credor na separação”⁴⁷.

No mesmo sentido, escreve também ANA LEAL que “apesar das alterações introduzidas na Lei 61/2008, de 31 de outubro, permanece inalterada a redação do art.º 1675.º CC. Mantendo-se a operância do critério da culpa para efeito da obrigação da prestação de alimentos em caso de separação de facto”⁴⁸.

⁴⁵ *Íde*: Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa 24/03/2015 (Proc. N.º 6222/14.0T8LRS-A.L1-7). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrlnsf/33182fc732316039802565fa00497eec/51a550d3ebc7a7db80257e-360053fc1a?OpenDocument> [Acesso a: 20 de novembro de 2022].

⁴⁶ Sublinhado nosso.

⁴⁷ RAMIÃO, Tomé d’ Almeida, *O Divórcio e Questões Conexas, Regime Jurídico Actual*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 92.

⁴⁸ LEAL, Ana, *Guia Prático da Obrigação de Alimentos*, 3ª Edição, Almedina, p. 75-76.

E que não se pense que esta é uma posição jurisprudencial apenas da capital, posição idêntica foi também adotada pelo Tribunal da Relação do Porto, no seu Acórdão de 10/04/2014⁴⁹.

O Supremo Tribunal de Justiça⁵⁰ tendo-se debruçado sobre casos semelhantes, vem refletindo a ideia de que o cônjuge que requer os alimentos deve provar os factos relativos não só ao casamento, como também à separação de facto, assim como a sua necessidade e a possibilidade do outro cônjuge (n.º 1 do artigo 342.º CC e artigo 5.º Código de Processo Civil). A prestação de alimentos caberá àquele que não prove não lhe ser imputável a separação de facto. No caso em apreço, o recorrido, não tinha provado não lhe ser imputável a separação de facto em causa (n.º 2 do artigo 342.º CC), já a recorrente tinha demonstrado, além do casamento e da separação de facto, a sua necessidade e possibilidade do recorrido. No mesmo sentido, um recente Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de Setembro de 2021⁵¹.

Tem-se seguido o entendimento de que não se deve confundir a obrigação alimentar em caso de separação de facto, com a obrigação alimentar que decorre de um divórcio, uma vez que, nas palavras do Conselheiro ABEL DELGADO, a primeira deriva “direta e imediatamente do casamento”⁵², e não deve ser confundido com os alimentos regulados

nos artigos 2003.º e seguintes, fruto de convenções entre as partes ou de decisões judiciais.

Para o Supremo Tribunal de Justiça “Parece socialmente adequado e de inteira justiça que o cônjuge não culpado... não possa ser coercivamente compelido à prestação alimentícia a quem deu causa a tal separação”⁵³.

Pese embora a evolução que se sentiu no Direito da Família e dos Alimentos, referido já no anterior capítulo, é notório que a jurisprudência não acompanhou essa evolução, invocando como justificação a necessidade de diferenciação das figuras. A questão principal, parece ser, a de saber se as suas diferenças justificam a apreciação de critérios diferentes?

Não há qualquer dúvida que não podemos confundir as duas figuras. Se num momento estaremos a falar de uma relação matrimonial, numa relação entre cônjuges, noutro estamos a falar de divórcio e de ex-cônjuges. O que fundamenta a atribuição de alimentos num caso e noutro são diferentes motivos: se por um lado, estamos ainda no âmbito dos deveres conjugais, por outro, estará em causa uma mera solidariedade conjugal, ainda que questionável⁵⁴. Na verdade, sempre assim o foi!

Essa discrepância entre as duas figuras é facilmente demonstrável na atribuição da medida dos alimentos, uma vez que na separação de facto, “a obrigação de alimentos tem a mesma extensão que teria se eles continuassem a viver em comum, recaindo sobre o cônjuge obrigado à prestação de alimentos o dever de assegurar ao outro, não só o indispensável ao sustento, habitação e vestuário, mas

⁴⁹ Vide: Acórdão Tribunal da Relação do Porto 10-04-2014 (Proc. N.º 1764/12.4TBVCD-A.P1) <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/4a136ccea639bd4b80257c3003a0646?OpenDocument> [Acesso a: 07 de Dezembro de 2022].

⁵⁰ Vide: Acórdão do STJ 7-05-2009, (Proc. N.º 5385/07.5TBALM.S1). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/318fd27a1f466394802575af0037a602?OpenDocument> [Acesso a: 07 de Dezembro de 2022].

⁵¹ Vide: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de Setembro de 2021, (Proc. N.º 3597/20.5T8CSC.L1-2). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a333882f508a1fc28025876e004a4b77?OpenDocument> [Acesso a: 14 de Dezembro de 2022].

⁵² DELGADO, Abel, *O Divórcio*, 2ª edição, Petrony, 1994, p. 77-78.

⁵³ Vide: Acórdão STJ de 04-11-2010, (Proc. N.º 995/07.3TBCTB.C1.S1). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/221e6faf5dc6b78d802577d80051f9d3?OpenDocument> [Acesso a: 07 de dezembro de 2022].

⁵⁴ Cfr. COELHO, Francisco Pereira/ OLIVEIRA, Guilherme de, (nota 4), p. 772.

ainda, tudo o que seja suficiente para lhe garantir o nível de vida correspondente à condição económica e social da família”⁵⁵. Já no que toca ao divórcio, a ideia agora subjacente à atribuição de alimentos a ex-cônjuges, introduzida com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, é de autossubsistência, revestindo a obrigação de alimentos com um carácter temporário, num objetivo claro de permitir a transição para independência económica de cada um dos ex-cônjuges (artigo 2016.º CC), adota-se um princípio de que o credor de alimentos não tem o direito de manter o estilo de vida de que gozou enquanto esteve casado⁵⁶.

No entanto, apesar destas diversidades, tal não impediu que em 1966 se aplicassem regimes idênticos, exigindo-se para separação de facto a determinação do culpado causador dessa separação à semelhança do que acontecia no divórcio, na sua concessão de divórcio-sanção. Veja-se o n.º 2 do artigo 1673.º do Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro, “Estando os cônjuges separados de facto, só aquele a quem não for imputável a separação pode exigir o cumprimento do dever de assistência”. Esta redação em muito se assemelha ao pensamento subjacente ao divórcio, na época em questão, de um divórcio-sanção, exigindo-se que se soubesse quem era o cônjuge responsável pela separação de facto que, por ser o causador da mesma, iria receber como sanção a prestação de alimentos ao cônjuge inocente.

Manter a redação do n.º 3 do artigo 1675.º tal e qual está prevista atualmente parece tentar manter ainda presente um conceito de sanção/castigo subjacente a este dever de prestação de alimentos,

enquanto dever de assistência, que se pretendeu abolir em 2008, com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro. Estando nós perante um sistema atualmente diferente de um sistema de divórcio-sanção, onde se fazia um juízo de censura pelos comportamentos dos cônjuges, com consequências patrimoniais negativas, não fará sentido, que haja essa necessidade de ponderação no caso de uma separação de facto.

Além do mais, manter a determinação da culpa apenas porque estas são figuras diferentes com exigências diferentes, como tem vindo a ser o entendimento da jurisprudência, não parece ser fundamento suficiente para que possamos manter a necessidade de decretação de culpas, num sistema que a aboliu. Aliás, nas palavras de PAULA TÁVORA VÍTOR, a subsistência da culpa “não parece compatível com a eliminação da declaração da culpa no sistema do divórcio”⁵⁷.

Recorde-se, novamente, o Ordenamento Jurídico Alemão, do qual muitas vezes nos inspiramos, que no seu *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), prevê um artigo semelhante ao n.º 3 do artigo 1675.º, relativamente aos alimentos quando os cônjuges estão separados, e em momento algum se refere a culpa como pressuposto para atribuição desses alimentos⁵⁸.

Em conformidade com este pensamento, alguns autores como GUILHERME DE OLIVEIRA, para quem este artigo deveria ter sido adaptado às mudanças que operaram no âmbito do divórcio e da separação legal, exigindo por isso uma corre-

⁵⁷ VÍTOR, Paula Távora, (nota 6), p. 430.

⁵⁸ §1361 *Unterhalt bei Getrenntleben* “Leben die Ehegatten getrennt, so kann ein Ehegatte von dem anderen den nach den Lebensverhältnissen und den Erwerbs- und Vermögensverhältnissen der Ehegatten angemessenen Unterhalt verlangen; für Aufwendungen infolge eines Körper- oder Gesundheitsschadens gilt § 1610a. Ist zwischen den getrennt lebenden Ehegatten ein Scheidungsverfahren rechtshängig, so gehören zum Unterhalt vom Eintritt der Rechtshängigkeit an auch die Kosten einer angemessenen Versicherung für den Fall des Alters sowie der verminderten Erwerbsfähigkeit”.

⁵⁵ Vide: Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de setembro de 2021 (Proc. N.º 3597/20.5T8CSC.L1-2). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a333882f508a1fc28025876e004a4b77?OpenDocument> [Acesso a: 14 de dezembro de 2022].

⁵⁶ Cfr. TOMÉ, Maria João Romão, (nota 38), p. 167.

ção⁵⁹. Assim como JORGE DUARTE PINHEIRO, segundo o qual, a regra consagrada neste n.º 3 do artigo 1675.º “constitui um corpo estranho num sistema que aboliu a culpa enquanto pressuposto de obtenção do divórcio”⁶⁰.

Todavia, a jurisprudência tem seguido o pensamento de que não podemos fazer do artigo 1675.º CC “letra morta”, uma vez que tal significaria que se fizesse uma interpretação revogatória ou ab-rogante da norma⁶¹. Ora, é exatamente neste sentido que devemos olhar para o artigo 1675.º, tal como nos indica PAULA TÁVORA VÍTOR, que considera que a manutenção deste artigo, na sua atual redação, será um “mero lapso do legislador”⁶². A autora defende, em sentido oposto ao Tribunal da Relação de Lisboa, que haverá aqui uma contradição insanável⁶³ entre duas disposições legais, o que exige que se faça uma interpretação ab-rogante, casos em que, segundo BAPTISTA MACHADO, temos fórmulas legislativas abortadas ou de verdadeiros lapsos.

Olharmos para o n.º 3 do artigo 1675.º à luz de um pensamento em que a prestação de alimentos ao cônjuge será um castigo para o cônjuge a quem a separação de facto é imputável, é sinónimo de mantermos uma ideia já abolida no que se refere ao divórcio. Tal implicará, que a expressão verbal e o pensamento normativo não correspondam, o texto do artigo enuncia algo diferente daquele que foi o

pensamento legislativo, já em 2008. Criando aqui, aquilo que CASTANHEIRA NEVES entende como antinomias insuperáveis em que no caso concreto concorram normas lógicas ou normativamente contraditórias⁶⁴. Os juízes parecem cingir-se apenas à letra da lei, ignorando, porventura, o seu espírito.

5. Conclusão

Devemos ter em consideração que a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro não é isenta de juízos de censura por parte da doutrina, desde as posições que defendiam que poderíamos estar a prejudicar o cônjuge mulher, enquanto parte mais fraca da relação matrimonial, levando assim ao seu empobrecimento ou até as posições que entendiam que apesar de abolirmos a culpa para determinação do divórcio, a apreciação da mesma seria ainda necessária para a atribuição de consequências patrimoniais. Todavia, a verdade é que a evolução para o sistema atual foi uma evolução fundamental. O divórcio-sanção é hoje um conceito ultrapassado, não se justificando a manutenção de determinações de atos culposos entre os cônjuges, e os seus respectivos castigos.

Parece desconexo pensarmos de forma distinta para ambas as disposições. Na sequência da evolução histórica e social, à luz do Diploma Legislativo de 2008, faz sentido que também este artigo acompanhe esta transformação. O artigo assim redigido, estaria de acordo com uma lógica de rutura-sanção, que esteve presente até à Reforma, mas que agora se revela inadequada.

Assim sendo, deixo como reflexão o artigo 9.º CC que nos diz que “a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir-se a partir dos

⁵⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 142.

⁶⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte, (nota 7), p. 387.

⁶¹ Vide: Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa 24/03/2015 (Proc. N.º 6222/14.0T8LRS-A.L1-7). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/51a550d3ebc7a7db80257c360053fe1a?OpenDocument> [Acesso a: 20 de novembro de 2022].

⁶² VÍTOR, Paula Távora, (nota 6), p. 430 e 431.

⁶³ MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 186.

⁶⁴ NEVES, A. Castanheira, *Metodologia Jurídica*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 107.

textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada”. O significado da norma deve ser, por isso, ajustado à evolução do nosso Ordenamento Jurídico, devemos, necessariamente, interpretar o n.º 3 do artigo 1675.º CC de forma diferente da letra da lei.

Considerando este um erro do legislador ou não, o facto de ainda se exigir a determinação de culpa é uma ideia que deve ser ultrapassada. E neste sentido, proponho que artigo seja reformulado, adaptando-o ao seu núcleo essencial: a necessidade de um dos cônjuges, para requerer os alimentos e a possibilidade de outro cônjuge os prover, com base num dever de assistência.

A IMPUGNAÇÃO DA PERFILHAÇÃO: O (DES)RESPEITO PELO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL – ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 308/2018 [PROC. N.º 411/17]

Carolina de Sousa Brito

Mestranda em Direito das Crianças, Família e Sucessões

Palavras-chave: *Filiação biológica e socio-afetiva; constitucionalidade dos prazos; superior interesse da criança.*

Keywords: *Biological and socio-affective parentage; constitutionality of time limits in parentage lawsuit; best interests of the child.*

Resumo: *Qual é a diferença entre o regime da impugnação da perfilhação e o da presunção da paternidade? É justificável e necessária? Poderão os laços afetivos ser considerados nestas questões, por exemplo, como obstáculo para o provimento das ações? Estas são as perguntas que tentaremos responder ao longo deste artigo, tendo por base a análise do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 308/2018 (proc. n.º 411/17).*

Abstract: *What is the difference between the regime for contesting the declaration of biological parentage and the regime of presumption of paternity? Is it justifiable and necessary? Can affective ties be considered in these issues, for example, as an obstacle to the provision of actions? These are the questions that we will try to answer throughout this article, based on the analysis of the Constitutional Court judgement no. 308/2018 (proc. nob. 411/17).*

1. Introdução

O presente artigo terá por base a análise do acórdão proferido pela 3.^a Secção do Tribunal Constitucional, o qual revoga, parcialmente, a sentença judicial, relativa a uma ação de impugnação da perfilhação, proferida a 3 de março de 2017, pela Instância Central, 1.^a secção de Família e Menores, do Tribunal Judicial da Comarca de Aveiro.

2. Notas prévias

Para a compreensão, quer da decisão *inovadora* do tribunal, quer da reflexão que se fará adiante, será fundamental, primeiro, proceder-se a uma breve explicação de alguns conceitos que serão utilizados ao longo desta exposição.

O sistema jurídico português, no âmbito do estabelecimento da filiação, privilegia a verdade biológica, ou seja, a mãe e o pai juridicamente reconhecidos (que constam no registo) devem ser os pais biológicos do filho¹. Por isso, o princípio da verdade biológica exige que as normas produzam “resultados jurídicos fiéis à realidade biológica”² e que existam instrumentos jurídicos que permitam corrigir a maternidade ou a paternidade que não correspondam à biológica³. É, neste contexto, que surgem a presunção da paternidade e a perfilhação, como meios para o estabelecimento da paternidade e a ação de impugnação, como mecanismo para a reposição da verdade biológica.

O estabelecimento da paternidade sempre foi um assunto relativamente difícil, devido ao papel mais obscuro do homem na conceção da criança,

¹ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação*, Coimbra, Petrony, 2019, p. 35.

² Isto é, que não sejam consideradas como pais jurídicos, pessoas que não são os progenitores do filho – Guilherme de Oliveira (nota 1), 35.

³ Guilherme de Oliveira (nota 1), 35.

que causa incertezas e dificuldades de prova⁴. Contudo, a ponderação do estado de casada da mulher, “deu sempre a possibilidade de seguir um caminho mais simples e automático: a presunção da paternidade”⁵. Assim sendo, o legislador distingue o estabelecimento da paternidade em duas situações: a filiação dentro do casamento e a filiação fora do casamento.

Na filiação dentro do casamento, o legislador, num «compromisso entre a verdade biológica e a promoção do “estatuto do filho legítimo”»⁶, estabeleceu a presunção da paternidade (art. 1826.º do Código Civil [CC]).

A presunção da paternidade – que se traduz na regra *pater is est quod nuptias demonstrant*⁷: pai é aquele que as núpcias demonstram – funciona para três situações: i) filhos concebidos antes do casamento; ii) filhos concebidos e nascidos na constância do casamento e iii) filhos concebidos na constância do casamento, mas nascidos depois da sua dissolução⁸ e tem como fundamento a “probabilidade qualificada de que [...] o marido da mãe [é] o pai biológico da criança”^{9,10}. Ou seja, partindo da circunstância conhecida (o parto) e recorrendo a “juízos objetivos da experiência”¹¹,

o legislador atribui a paternidade ao marido da mãe¹². Presunção, todavia, que pode ser afastada, por normas legais (causas de cessação da presunção da paternidade – arts. 1828.º, 1829.º, 1832.º e 1834.º do CC)¹³ ou por prova em contrário¹⁴.

Na filiação fora do casamento, a paternidade é estabelecida, mediante reconhecimento¹⁵ voluntário (o ato de perfilhação¹⁶) ou judicial¹⁷. Focar-nos-emos apenas no primeiro.

A perfilhação começou por ser um processo que visava reconhecer a paternidade de filhos “ilegítimos”, por serem o resultado de relações entre pais não casados ou de relações proibidas pelo direito canónico¹⁸. Atualmente, é o modo mais comumente usado para estabelecer a paternidade, nas situações em que não existe qualquer ligação ao casamento (como a união de facto), destacando-se pelo seu carácter livre e pessoal¹⁹, por ser um ato jurídico unilateral, puro e simples²⁰ e irrevogável²¹. É, portanto, uma manifestação voluntária, através da qual o indivíduo se apresenta como progenitor de um filho, que ainda não tem a paternidade estabelecida, passando este indivíduo a

⁴ Guilherme de Oliveira (nota 1), 89.

⁵ Guilherme de Oliveira (nota 1), 88.

⁶ Guilherme de Oliveira (nota 1), 89.

⁷ PESSOA, Ana Raquel, “Artigo 1826.º (Presunção da Paternidade)”, Clara Sottomayor (coord.), *Código Civil Anotado, Livro IV – Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, 727 a 729.

⁸ Ana Raquel Pessoa (nota 7), 727.

⁹ Ana Raquel Pessoa (nota 7), 727.

¹⁰ Na circunstância em que é concebida antes do casamento, presume-se que a mulher grávida está a casar com o pai do seu filho; já nas situações em que a criança é concebida durante o período em que a mãe estava casada, este juízo de probabilidade resulta dos deveres conjugais, mais precisamente, do dever de fidelidade e de coabitação, que vinculam os cônjuges – Ana Raquel Pessoa (nota 7), 728.

¹¹ Guilherme de Oliveira (nota 1), 91.

¹² Guilherme de Oliveira, (nota 1), 91.

¹³ Ana Raquel Pessoa (nota 7), 728.

¹⁴ N.º 2 do at. 1839.º do CC.

¹⁵ Parte final do n.º 2 do art. 1796.º do CC.

¹⁶ Arts. 1849.º a 1863.º do CC.

¹⁷ Arts. 1869.º a 1873.º do CC.

¹⁸ Para mais aprofundamentos, vide REMÉDIO MARQUES, J. P., “Artigo 1849.º (Carácter pessoal e livre da perfilhação)”, Clara Sottomayor (coord.), *Código Civil Anotado, Livro IV – Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, 773 a 780.

¹⁹ É levada a cabo pelo próprio perfilhante, embora seja possível ser realizada por procurador munido de poderes especiais – Remédio Marques (nota 18), 776.

²⁰ Guilherme de Oliveira (nota 1), 146.

Contra esta posição, vide ALBUQUERQUE, Pedro, *Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito da família*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais da DGCI, 84 e seguintes.

²¹ Art. 1858.º do CC.

constar do registo civil como pai daquele²² – o seu efeito é, pois, o estabelecimento da paternidade que retroage (eficácia *ex tunc*) até ao momento do nascimento do filho²³.

Ora, de acordo com GUILHERME DE OLIVEIRA, a perfilhação deve ser entendida como uma *declaração de ciência* – “o perfilhante declara que sabe que é o progenitor”^{24,25} – aproximando-se, assim, do estabelecimento da maternidade. Seguindo este entendimento e com base na arquitetura do nosso sistema²⁶, pode argumentar-se a possível existência de um “dever jurídico de perfilhar e do correspondente direito a ser perfilhado”²⁷. E, apesar de irrevogável²⁸ (art. 1858.º do CC), a perfilhação pode ser, excepcionalmente, anulada ou impugnada, se em causa estiver, respetivamente, um vício do ato (por exemplo, a coação) ou os efeitos decorrentes do ato (falsa paternidade).

A ação de impugnação da perfilhação é o meio utilizado para “atacar” a falsidade biológica desse

vínculo. Nesta ação, provando-se que a paternidade foi “erroneamente estabelecida”²⁹, o “ato do perfilhante perde a sua função instrumental e caduca por inutilidade”³⁰ e o vínculo *desconstitui-se*³¹. Os seus efeitos retroagem até à data do nascimento do filho, com uma exceção. Em relação à questão de alimentos, só se produzem efeitos para o futuro (*ex nunc*), impossibilitando-se a restituição das quantias entregues no âmbito de prestações alimentícias³².

Pode ser intentada, a todo o tempo, pelas pessoas que se encontram no n.º 2 do art. 1859.º do CC. Sendo intentada pelo perfilhante, são protegidos, simultaneamente, o interesse público da correspondência entre a paternidade biológica e a paternidade registada e o seu interesse em “ver afastados os poderes-deveres (se o filho for menor) que a sua declaração de perfilhação desencadeou”³³.

3. A decisão da primeira instância – 1.ª Secção de Família e Menores do Tribunal Judicial da Comarca de Aveiro, de 3 de março de 2017

85

3.1. Base fáctica

O perfilhante (A) iniciou, em 1999, uma relação amorosa com B. Em 2000, nasce C, a qual é perfilhada e registada como filha de A. Em 2010, a relação termina, por iniciativa de A e, dois anos volvidos, são reguladas as responsabilidades parentais: a filha ficou confiada “à guarda e cuidados de

²² Guilherme de Oliveira (nota 1), 140-141.

²³ Remédio Marques (nota 18), 779.

²⁴ Guilherme de Oliveira (nota 1), 142.

Embora o autor admita a existência (frequente) de declarações de complacência, em que, para agradar a um conjunto específico de pessoas, o perfilhante sujeita-se à sua vontade e regista a criança como seu filho – OLIVEIRA, Guilherme de, *Crítério Jurídico da Paternidade*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 1998, p.443.

²⁵ Neste sentido, *vide* o ac. TRL, de 2004/2014 (proc. 139/12.2T2AM-D-B.L1-2).

²⁶ Como salienta Guilherme de Oliveira, assim o exigem os direitos fundamentais em causa (o direito ao conhecimento das origens genéticas [arts. 25.º e 26.º da Constituição da República Portuguesa (CRP)] e o direito ao desenvolvimento da personalidade [art. 26.º da CRP]), a correspondência entre a verdade biológica e a jurídica bem como a necessidade de se eliminar a diferença entre o estabelecimento da maternidade e da paternidade, porque ambos [os progenitores: pai e mãe] contribuíram, em igual medida, para a conceção e nascimento da criança – *vide* Guilherme de Oliveira (nota 1), 145.

²⁷ Guilherme de Oliveira (nota 1), 144. Para uma perspetiva contrária, *vide* Remédio Marques (nota 18), 775.

²⁸ É esta característica que, na perspetiva de Guilherme de Oliveira, parece suportar a ideia de que a perfilhação é uma confissão da paternidade e, nessa medida, uma declaração de ciência – Guilherme de Oliveira (nota 1), 147.

²⁹ REMÉDIO MARQUES, J. P., “Artigo 1859.º (Impugnação)”, Clara Sottomayor (coord.), *Código Civil Anotado, Livro IV – Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, 809 a 817.

³⁰ Remédio Marques (nota 29), 811.

³¹ Remédio Marques, (nota 29), 811.

³² Remédio Marques, (nota 29), 811.

³³ Remédio Marques (nota 29), 812.

sua mãe^{34,35}, enquanto o pai ficou encarregado de pagar uma pensão de alimentos. No mesmo ano, A casa-se com outra mulher. Em finais de 2014, fruto do insucesso em conceber, este casal decide realizar exames médicos, cujos resultados apontaram, em relação ao perfilhante (A), o “diagnóstico de azoospermia (contagem de zero espermatozoides)”³⁶.

Entretanto, A realiza um teste de paternidade, e, ao verificar que não é o pai biológico de C, intenta uma ação de impugnação da perfilhação contra mãe e filha. A ação improcede porque, apesar de se ter dado como provado que não existe vínculo biológico entre o perfilhante e a perfilhada, o tribunal julgou as normas do n.º 2 do art. 1859.º e da al. a) do n.º 1 do art. 1842.º do CC inconstitucionais.

3.2. Fundamentos

De facto, na ótica do tribunal, permitir que a ação de impugnação possa ser proposta a todo o tempo pelo perfilhante, é um atentado ao princípio da igualdade e da não discriminação de filhos nascidos fora do casamento (art. 13.º e 36.º n.º 4 da CRP). Desde logo, porque não existe qualquer razão que permita justificar uma tal diferença entre

o regime da impugnação da presunção da paternidade (art. 1842.º do CC) – aplicável no casamento e que prevê um conjunto de prazos para a propositura da ação, conforme o sujeito que a intenta – e o regime da impugnação da perfilhação (art. 1859.º do CC) – prevê a imprescritibilidade da ação e é aplicável às demais situações, que não envolvam casados (como namoros, uniões de facto, relações extraconjugais). Em ambos, além de estarem em causa os mesmos direitos e interesses, o seu objetivo é comum: afastar a paternidade biologicamente falsa³⁷. Assim sendo, a única razão para esta discriminação é, precisamente, o facto de a criança não nascer “de casados”³⁸.

Nesta linha de pensamento, o tribunal afirma que a possibilidade incondicional de impugnar a perfilhação permite que seja afastada uma “[...] paternidade afetivamente consolidada durante vários anos, destruindo assim a (única) referência familiar do filho menor de idade, privando-o do desenvolvimento tendencialmente harmonioso que a família assegura ou, ao menos, potencia”³⁹. E, isto traduz-se numa violação do direito à família e do direito à proteção da infância (arts. 67.º e 69.º CRP).

Por fim, ainda que se aplicasse, *analogicamente*⁴⁰, o regime da impugnação da presunção da pa-

³⁴ Acórdão [ac.] do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (proc. n.º 411/17), disponível em www.dgsi.pt.

³⁵ Aqui, faz-se referência à regulação das responsabilidades parentais: C passou a residir com B (mãe), estabelecendo-se um regime de visitas para A, seu pai, o qual ficou obrigado ao pagamento de uma pensão de alimentos – SOTTOMAYOR, Maria Clara Sottomayor, “Artigo 1906.º (Exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento)”, Clara Sottomayor (coord.), *Código Civil anotado, Livro IV – Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, 922 a 934.

A residência habitual dos filhos não deve (pode) ser confundida com um dos conteúdos das responsabilidades parentais: o poder-dever de guarda, o poder-dever de “[...] ter os filhos menores em sua companhia e deles cuidar, estabelecendo com eles uma relação afetiva, emocional, moral e intelectual” – SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Artigo 1878.º (Conteúdo das responsabilidades parentais)”, Clara Sottomayor (coord.), *Código Civil anotado, Livro IV – Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, 856 a 862.

³⁶ Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

³⁷ “Em ambas as situações o direito que o autor pretende exercer, querer afastar a sua paternidade, é o mesmo e os interesses e direitos do filho são exatamente os mesmos. Contra não se diga que na perfilhação se trata de um ato voluntário cujos pressupostos podem estar viciados por erro ou dolo; [é] que também na paternidade afirmada por presunção fundada no casamento pode ter existido erro ou dolo” – Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

³⁸ Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

³⁹ Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

⁴⁰ O recurso a analogia é feito quando existe uma lacuna de direito, que, de forma geral, se traduz numa falha de regulamentação numa determinada área, através de recurso a critérios de valoração extra-legal.

Ora, embora o legislador tenha regulado sobre essa matéria, o Tribunal Constitucional, no âmbito de fiscalização concreta (art. 280.º da CRP) julgou essa norma inconstitucional e, apesar da sua decisão não ter força obrigatória geral, vale para aquele caso em concreto. O que significa que,

ternidade (al. a) do n.º 1 do art. 1842.º do CC) – no caso em concreto, a ação ser proposta no prazo de três anos, a contar do conhecimento de circunstâncias que permitam ao A concluir que não é pai da sua filha – continuaria a subsistir uma violação do direito da família e do direito à proteção da infância (67.º e 69.º da CRP). Isto porque, o prazo, sendo incerto⁴¹, desconsidera a possibilidade de já existir uma consolidação dos “laços familiares entre o declarado pai e o filho”⁴², colocando em causa a identidade da criança e a harmonia familiar.

Assim, constatando a existência de uma lacuna e a falta de caso análogo, o tribunal conclui, com recurso ao art. 10.º n.º 3 do CC, que o direito de impugnar a perfilhação por iniciativa do perfilhante “fica condicionado à verificação de um requisito negativo – a não verificação de laços afetivos consolidados com o filho típicos da paternidade”⁴³. Por isso, apesar de não existir vínculo biológico entre o perfilhante e a perfilhada, ele “é, apesar disso, afetiva e sociologicamente e (por causa disso) juridicamente, o seu pai”⁴⁴.

para aquele caso, a norma é afastada, existindo uma “lacuna” que tem de ser preenchida pelo julgador, que terá apenas duas opções: se existir caso análogo, aplicar a norma que regula o caso análogo ou criar uma norma *ad hoc* (o intérprete cria uma norma, de acordo com o espírito do sistema, para aplicar ao caso em concreto). Ambas pertencem ao âmbito da analogia, sendo a primeira, uma analogia *legis* e a segunda, uma analogia *iuris*.

Para mais aprofundamentos e posições sobre esta temática, vide LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.º ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009; BAPTISTA MACHADO, João, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 2017; CASTANHEIRA NEVES, António, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013 e GOMES CANOTILHO, José Joaquim, 7.º ed., Coimbra, Almedina, 2018.

⁴¹ A sua contagem depende do conhecimento de circunstâncias que permitam concluir pela não paternidade e estabeleceu-se um critério objetivo: “[...] interessa saber se uma pessoa média, na posse das mesmas circunstâncias, concluiria não ser o pai do filho da sua esposa” – PESSOA, Ana Raquel Pessoa, “Artigo 1842.º (Prazos)”, Clara Sottomayor (coord.), *Código Civil anotado, Livro IV – Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, 760 a 762.

⁴² Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

⁴³ Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

⁴⁴ Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

4. A apreciação do Tribunal Constitucional – acórdão n.º 308/2018, processo n.º 411/17

A doutrina⁴⁵ e a jurisprudência⁴⁶ justificam a diferença entre os regimes da impugnação da paternidade do marido da mãe e o da perfilhação, fundamentalmente, em duas razões: a “tutela da paz familiar e a tutela da correspondência entre a filiação jurídica e a verdade biológica”⁴⁷.

Como a presunção da paternidade encerra uma “elevada probabilidade de correspondência com a verdade biológica”⁴⁸, em virtude dos deveres de coabitação e fidelidade e opera num “contexto estável e duradouro – a família conjugal”⁴⁹, há uma maior necessidade de limitar a sua impugnação e, conseqüentemente, o interesse público da descoberta da verdade biológica, em ordem a tutelar a paz e a harmonia familiar. Pelo contrário, a perfilhação (reconhecimento voluntário) não pressupõe “qualquer comunhão de vida entre os progenitores”⁵⁰, nem “encerra qualquer indício objetivo de correspondência com a verdade biológica”⁵¹ e, como tal, a imprescritibilidade e a ampla legitimidade são formas de “compensar [...] a ausência de mecanismos que [...] assegurem razoavelmente aquela correspondência”⁵².

⁴⁵ ANTUNES VARELA, João de Matos/PIRES DE LIMA, Fernando de Andrade, *Código Civil Anotado*, vol. V, Coimbra, 1995, p. 267.

⁴⁶ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 179/2010 (proc. n.º 432/08); ac. n.º 593/2009 (proc. n.º 783/09); decisão sumária do Tribunal Constitucional n.º 240/2009 (proc. n.º 428/09), disponíveis em www.dgsi.pt

⁴⁷ Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

⁴⁸ Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

⁴⁹ Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

⁵⁰ Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

⁵¹ Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

⁵² Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

Ora, o Tribunal Constitucional entendeu que “é insustentável manter a posição [...] de que a paternidade baseada na presunção matrimonial se insere num contexto familiar estável e duradouro”⁵³ uma vez que, atendendo ao aumento dos divórcios⁵⁴, é cada vez mais frequente que “a família conjugal [existente] no momento do nascimento do filho [se desagregue] até este atingir a maioridade ou no decurso da sua vida adulta”⁵⁵. Além disso, atendendo à diminuição de casamentos e ao aumento das uniões de facto⁵⁶, é cada vez mais comum que a paternidade seja estabelecida, mediante o reconhecimento voluntário e que filhos nascidos fora do casamento “integrem agregados familiares cuja estabilidade e longevidade deve ser equiparada à da família matrimonial”⁵⁷. Nesse sentido, não parece mais ser viável o argumento de que a impugnação da presunção seja mais “perturbadora da harmonia e paz familiar do que a impugnação da perfilhação”⁵⁸.

Ademais, o Tribunal Constitucional defende que a probabilidade de existir divergência entre a verdade declarada na perfilhação e a verdade biológica não justifica diferenças tão radicais nos regimes em causa, podendo apenas justificar alguma distinção, se esta inexistência de controlo prévio não tivesse sido uma decisão consciente do legislador que, não obstante inevitável no século XIX,

se revela incompreensível, num mundo em que há meios, seguros e simples de realizar, que atestariam essa verosimilhança – os testes de ADN⁵⁹.

A (in)constitucionalidade dos prazos, em particular, o prazo de caducidade da impugnação da presunção (al. a) do n.º 1 do art. 1842.º do CC), já foi colocada e examinada pelo Tribunal Constitucional⁶⁰, ainda que sob uma ótica diferente – destacando, especificamente, a restrição aos direitos de identidade pessoal e desenvolvimento da personalidade do impugnante. Em todo o caso, avaliaram-se os interesses que estavam em conflito e entendeu-se que a opção do legislador português em privilegiar os interesses legítimos do impugnante em detrimento do filho⁶¹, sobretudo, após o alargamento dos prazos com a Lei n.º 14/2009, é uma solução equilibrada (não é desproporcional).

Logo, o Tribunal Constitucional concluiu pela inconstitucionalidade do art. 1859.º n.º 2 do CC, mas já não a al. a) do n.º 1 do art. 1842.º do CC. E, nesse sentido, aplicar-se-ia, *analogicamente*, o prazo de 3 anos à ação de impugnação da perfilhação, a ação seria procedente e, por conseguinte, o vínculo de filiação entre A e C seria extinto.

⁵³ Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

⁵⁴ Em 2021, celebraram-se cerca de 29.000 casamentos, dos quais quase 60% terminam em divórcio – a separação nos casamentos é uma realidade frequente e, cada vez mais, facilitada, o que torna a situação progressivamente semelhante à união de facto (tida como uma relação instável, especialmente, pela facilidade do seu rompimento). Estes dados estão disponíveis em www.pordata.pt [01.11.2022].

⁵⁵ Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

⁵⁶ Vide CRUZ, Rossana, *União de facto (ou de Direito?) – observação crítica e algumas insinuações de iure condendo*, Coimbra, Gestlegal, 2019, 21 e 50.

⁵⁷ Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

⁵⁸ Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

⁵⁹ “O facto de modalidades de estabelecimento da paternidade encerrarem graus diversos de probabilidade de correspondência com a verdade biológica é inteiramente imputável ao próprio legislador que admite a perfilhação sem qualquer controlo prévio [...] da verosimilhança da declaração. A alegação de que essa opção é praticamente inevitável cogente no séc. XIX [...] perdeu toda a força numa época em que a prova da paternidade biológica pode ser determinada através métodos tecnicamente seguros e simples de administrar – os testes de ADN” – Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

⁶⁰ Vide, a título de exemplo, os acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 589/2007 (proc. n.º 473/07); ac. n.º 593/2009 (proc. n.º 783/09); ac. n.º 446/2010 (proc. n.º 195/10), disponíveis em www.dgsi.pt.

⁶¹ De um lado, está o interesse do filho na proteção da sua infância e estabilidade familiar, do outro lado, o interesse do impugnante na afirmação da verdade biológica.

5. Reflexão Crítica

Após este enquadramento, ressalta da análise do caso em concreto e das decisões dos tribunais as seguintes questões: i) em que consiste a diferença dos regimes de impugnação de paternidade e será essa diferença justificável? e ii) haverá uma falta de consideração pelos laços sócio afetivos e poderão estes constituir um obstáculo ao provimento da ação?

5.1. Perfilhação vs. Presunção da Paternidade

Como bem refere o Tribunal Constitucional, hodiernamente, não parece razoável existirem dois regimes tão distintamente diferentes da impugnação da paternidade⁶², dado que, nos últimos tempos, temos assistido a uma mudança de paradigma sociológico: é cada vez mais frequente as crianças nascerem de uma união de facto, ainda que, posteriormente, os progenitores cheguem, de facto, a celebrar o casamento⁶³.

Acresce que, tem vindo a ser discutida a extensão da presunção da paternidade na união de facto, até porque, pese embora não existam os tais *deveres conjugais*⁶⁴, não se pode “ignorar a exclusividade e

o carácter monogâmico da união de facto”⁶⁵ e, para combater a ignorância da constituição e extinção da união de facto⁶⁶, poderá inserir-se o “modelo formal da união, sujeita a registo”⁶⁷⁶⁸.

Ou seja, parece aceitável (e até expectável) que se estenda a presunção da paternidade à união de facto, dada a sua semelhança com o casamento, em especial, o facto de ambas proporcionarem agregados familiares estáveis e *relativamente* duradouros. E, por isso, como bem refere o Tribunal Constitucional, o fundamento da tutela da paz e harmonia familiar já não é mais fundamento para a disparidade entre estes dois regimes.

Ademais, partindo do pressuposto de GUILHERME DE OLIVEIRA – o ato de perfilhar, enquanto manifestação da sua convicção de que é o pai daquela criança – parece indiciar que a legitimidade de impugnar, por parte do seu autor (perfilhante), não pode ser tão livre e absoluta como o é até agora. Ora, se a perfilhação é uma declaração de ciência e existe um “dever jurídico de perfilhar”⁶⁹, então há que responsabilizar o seu autor pelas suas ações, limitando/restringindo a sua legitimidade⁷⁰⁷¹.

Julga-se, pois, necessário um controlo prévio, capaz de minimizar a possibilidade (frequente) de

89

⁶² A propósito da diferença de tratamento, Guilherme de Oliveira defendeu que “[...] esta diferença não pode, só por si, justificar uma disparidade de tratamento que vai da caducidade estrita da impugnação até à imprescritibilidade do reconhecimento judicial; se a justificação bastasse então seria de esperar que a impugnação do reconhecimento voluntário estivesse sujeita a prazo – e o que se passa é o contrário” – Guilherme de Oliveira (nota 24), 132.

⁶³ Sabe-se que, em Portugal, em 2021, mais de metade de nado-vivos nascem fora do casamento – 47.785 de um total de 79.582 – e desse número, 33.658 nasceram de coabitação dos pais. Os últimos dados relativos às uniões de facto remontam a 2011 e demonstram que existem quase 9.000. Estes dados foram retirados de www.pordata.pt.

⁶⁴ Para mais desenvolvimentos sobre o tema *vide* PEREIRA COELHO, Francisco/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família, Volume I. Introdução. Direito Matrimonial*, 5.ª ed., 1.ª reimpressão, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2018, 406-425.

⁶⁵ CRUZ, Rossana, “O estabelecimento da filiação e a Constituição da República Portuguesa – alguns pontos de discussão”, em *Cadernos de Direito Atual*, n.º 5, Universidade de Santiago de Compostela, 2017, p. 17.

⁶⁶ O carácter informal da união de facto é o principal argumento utilizado para recusar a extensão da presunção da paternidade às uniões de facto.

⁶⁷ Rossana Cruz (nota 65), 17.

⁶⁸ É este o regime que vigora em França. Para uma melhor compreensão *vide* Rossana Cruz, (nota 56), pp. 35-37.

⁶⁹ Guilherme de Oliveira, (nota 1), 144.

⁷⁰ Neste entendimento, Guilherme de Oliveira (nota 1), 170.

⁷¹ Uma das formas para limitar a legitimidade do perfilhante é a obrigação de indemnizar, defendida por Manuel de Andrade e Guilherme de Oliveira, e que já foi aplicada em tribunais portugueses, destacando-se, particularmente, o ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 19 de outubro de 2010, proc. n.º 286/08.2TBEPS.G1, disponível em www.dgsi.pt.

perfilhações falsas⁷². Caso contrário, corre-se de o risco de restabelecer a “verdade verdadeira”⁷³ a qualquer custo⁷⁴. Isto porque, a imprescritibilidade da ação permite, em casos extremos, situações em que o afastamento da paternidade ocorra passado décadas, quando os apelidos já passaram para outra geração ou até quando a própria pessoa já faleceu, proporcionando graves prejuízos⁷⁵. Por outro lado, a legitimidade do perfilhante – que pode impugnar sempre e em qualquer situação – pode originar situações injustas, em que o próprio sabia que não era o pai e que invoca este facto, por motivos de vingança ou para escapar a pensão de alimentos (por exemplo), sem que sobre ele recaia qualquer tipo de repercussão. Podendo-se, nestas situações, alegar abuso de direito, na vertente *venire contra factum proprium*⁷⁶.

5.2. A posse de estado – o lugar dos laços afetivos na filiação

Rejeitando-se o regime da impugnação da perfilhação e aplicando-se, *analogicamente*⁷⁷, o da impugnação da presunção da paternidade, a ação já não será imprescritível, mas antes sujeita a prazos⁷⁸.

O prazo aplicável é o de “três anos contados desde que teve conhecimento das circunstâncias de que possa concluir-se pela sua não paternidade” (al. a) do n.º 1 do art. 1842.º do CC). Ora, este é um prazo, à primeira vista, curto⁷⁹, mas que pode só atuar, por exemplo, quando o perfilhado tenha constituído família e passado o respetivo nome de família⁸⁰, ignorando-se, em nome da verdade biológica, todos os outros interesses e fatores, como a estabilidade afetiva e a posse de estado. E, tal como salienta o primeiro tribunal, GUILHERME DE OLIVEIRA é da opinião que nem sempre o esclarecimento da verdade biológica compensa os danos sociais e individuais causados⁸¹.

Para evitar estas situações injustas, alguns ordenamentos jurídicos, como é o caso do Brasil, têm utilizado a *posse de estado* ou a verdade afetiva ou so-

⁷² Guilherme de Oliveira (nota 24), 433.

⁷³ CARBONIER, Jean, *Droit Civil*, 11ème, éd., tome 2, Paris, Presses Universitaires de France, 1979, 317-318.

⁷⁴ Guilherme de Oliveira (nota 1), 170.

⁷⁵ Vide Guilherme de Oliveira (nota 24), 434.

⁷⁶ Guilherme de Oliveira alerta que, atendendo à excecionalidade do instituto, o abuso do direito, na vertente *venire contra factum proprium*, deve ser utilizado nos casos mais chocantes de impugnação da perfilhação – Guilherme de Oliveira (nota 24), 439. Ou seja, deve ser utilizado quando o comportamento do titular, por fatores subjetivos ou objetivos seja “gravemente chocante e reprovável para o sentimento jurídico prevalente na comunidade” – ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral das Obrigações*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1996, 63-64.

Não podendo, portanto, ser usado, de forma frequente, para rejeitar impugnações, pois isso, seria contrário à vocação do próprio instituto do abuso de direito e ao regime da impugnação, cujos parâmetros legais atuais, admitem-na, mesmo ao indivíduo que, consciente da falsidade da sua alegação, perfilhou. Nestas situações, ainda que o indivíduo “us[e] mal o direito de estabelecer a paternidade, desviando-o do fim para que ele se destina [...] não pode dizer-se que abusa do direito de impugnar o perfilhante que impugna «contra factum proprium», só porque impugna” – Guilherme de Oliveira (nota 24), 439-440.

⁷⁷ Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

⁷⁸ O legislador estabeleceu diferentes prazos para diferentes pessoas, conforme se depreende da leitura das várias als. do art. 1842.º do CC.

⁷⁹ Os prazos são curtos “porque não devem estar muito tempo em suspenso questões de tamanha gravidade [...]” – DIAS FERREIRA, José, *Código Civil Português Anotado*, 2.ª ed., vol. I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1894, 96.

⁸⁰ Um dos vários exemplos que constam em Guilherme de Oliveira (nota 24), 434.

⁸¹ Vide Guilherme Oliveira (nota 24), 434; (nota 1), 170.

ciológica⁸²⁸³, condicionando a ampla legitimidade e admissibilidade da descoberta da verdade biológica às situações em que não existe uma família consolidada⁸⁴. Funciona, assim, como um obstáculo à descoberta da verdade biológica e uma garantia da estabilidade familiar, constituindo uma solução equilibrada, que evita danos maiores ao filho⁸⁵.

A posse de estado, enquanto “conceito maleável”⁸⁶, seria adaptado⁸⁷ e, neste contexto, assumir-se-ia como um indicativo da existência sólida de um vínculo afetivo/sociológico⁸⁸. Ou seja, a posse de estado visaria demonstrar, nas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA, “a convicção íntima [...] [d]a

responsabilidade pelo perfilhado e [d]o dever moral de cumprir as obrigações que se esperam de um progenitor [...]”⁸⁹.

Assim sendo, no seu entendimento, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: i) um sentimento de responsabilidade pelo perfilhado, semelhante ao que se espera de um progenitor (*nomen*)⁹⁰; ii) um tratamento que demonstre a profundidade do vínculo afetivo, “de tal modo que a rutura do vínculo prejudicaria o interesse do filho”⁹¹ (*tractus*) e iii) que o público reconhecesse esse vínculo e, nessa medida, aceitasse a “tutela jurídica do vínculo constituído”⁹² (*fama*).

Neste momento, o sistema legal português utiliza a verdade afetiva ou sociológica apenas como indício da presunção do vínculo biológico nas ações de investigação da filiação (arts. 1816.º e 1871.º do CC)⁹³. Isto é, provando-se a posse de estado, inverte-se o ónus da prova (art. 344.º do CC) e presume-se “a paternidade do investigado”⁹⁴. Para isso, é necessário que exista uma convicção do investigado de que o pretense filho é fruto das “relações sexuais mantidas entre si e a mãe da criança”⁹⁵ (*nomen*), convicção espelhada no tratamento idêntico entre pais e filhos, dada pelo pretense pai ao pretense filho (*tractus*)⁹⁶ e que as “pessoas que constituem o círculo de relações sociais dos três sujeitos em cau-

91

⁸² Fruto da evolução da sociedade, o afeto deslocou-se para as relações na família, em particular, para as relações entre pais e filhos, fazendo-se até uma distinção implícita entre a paternidade biológica e a paternidade afetiva, isto é, entre o progenitor e o pai (a figura parental). De acordo com João Villela, “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na capacidade de amar e servir” – VILLELA, J.B., “Desbiologização da Paternidade”, em *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal de Minas Gerais, v. 21, 1979, disponível em www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156, 401 a 419.

O afeto “é um fator social e psicológico” e é entendido, por Paulo Lôbo, como um “processo contínuo da relação entre as pessoas” e, transportado para o direito da família brasileiro, é considerado um elemento essencial da relação familiar. – Paulo Lôbo, “Socioafetividade: o estado da arte no direito da família brasileiro”, em *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Centro de Investigação de Direito Privado, FDUL, ano 1, 2015, n.º 1, disponível em <https://blook.pt/publications/publication/92489ee9ed83/>, 1743 a 1759.

⁸³ Na opinião de João Villela, o conhecimento da verdade biológica é um direito fundamental, mas “não é suficiente para fundamentar a filiação”, porque esta realidade implica a consideração de outros valores, que dominam as relações humanas. Assim, a verdade biológica não corresponde à verdadeira paternidade – J.B. Villela (nota 82), 408.

Nesse sentido, o direito brasileiro utiliza a criação de laços afetivos duradouros como limite à impugnação da filiação. Para esta impugnação ser procedente, seria necessário “provar que não chegou a formar-se, ou desapareceu, uma convivência familiar – Guilherme de Oliveira (nota 1), 28.

⁸⁴ Para mais aprofundamentos, Guilherme de Oliveira (nota 24), 443-445.

⁸⁵ Guilherme de Oliveira (nota 24), 444.

⁸⁶ Guilherme de Oliveira (nota 24), 445.

⁸⁷ Assim como os seus requisitos: *nomen* (nome); *tractus* (tratamento) e *fama* (reputação) – Guilherme de Oliveira (nota 24), 445.

⁸⁸ Expressaria “a criação de uma família cuja estabilidade a lei resolveria proteger no interesse do filho e no interesse social” – Guilherme de Oliveira (nota 24), 445.

⁸⁹ Guilherme de Oliveira (nota 24), 445-446.

⁹⁰ Guilherme de Oliveira (nota 24), 446.

⁹¹ Guilherme de Oliveira (nota 24), 446.

⁹² Guilherme de Oliveira (nota 24), 446.

⁹³ Vide Guilherme de Oliveira (nota 24), 305.

⁹⁴ PESSOA, Ana Raquel, “Artigo 1871.º (Presunção)”, Clara Sotomayor (coord.), *Código Civil Anotado, Livro IV – Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, 841 a 847.

⁹⁵ Ana Raquel Pessoa (nota 94), 842.

⁹⁶ Tratamento que deve ser analisado, atentamente, no caso em concreto, podendo consistir em atos de natureza económica ou moral, podendo ocorrer antes do nascimento da criança ou após a morte do pretense filho – Ana Raquel Pessoa (nota 94), 842.

sa atribua a paternidade ao investigado⁹⁷ (*fama*). De certa forma, aqui, “a relação de afetividade [é] a própria expressão do laço de sangue”⁹⁸.

De facto, parece estranho que uma ordem jurídica que reconhece, por exemplo, o instituto da adoção, equiparando o vínculo jurídico ao vínculo biológico⁹⁹, não reconheça, por seu turno, a importância da consolidação dos laços familiares como um limite para o exercício do direito de impugnar. Mais estranho ainda é a convicção do Tribunal Constitucional de que “[...] os laços «sócio afetivos», desligados do pressuposto biológico em que medraram, estão condenados a perecer [...]”¹⁰⁰, dado que se revela paradoxal com a lógica do sistema jurídico¹⁰¹, já para não falar de que não há qualquer garantia de que o vínculo biológico dê origem a um vínculo afetivo¹⁰².

Contudo, esse mesmo tribunal alerta para um problema relevante: será possível impor esta realidade contra a vontade do impugnante? Esta é uma pergunta de extrema dificuldade. Por um lado, a vontade do perfilhante é um elemento crucial para a existência de posse de estado: se os laços afetivos são quebrados, em princípio, poderia impugnar-se o vínculo falsamente cons-

tituído¹⁰³¹⁰⁴. Por outro lado, o esclarecimento da verdade biológica pode ocorrer “sob o pretexto de satisfazer o interesse particular de um indivíduo”¹⁰⁵¹⁰⁶, estando a identidade da criança suspensa de acordo com as vontades dos seus progenitores. Caberá à doutrina desenvolver uma teoria e à jurisprudência aplicá-la, adaptando-a ao caso em concreto, evidenciando as suas fraquezas, de modo a construir a melhor solução possível.

Posto isto, na eventualidade da vontade do impugnante prevalecer sobre os demais interesses e, conseqüentemente, ser quebrado o vínculo da paternidade, resta ao impugnante, independentemente da boa ou má-fé, uma “reparação de danos”¹⁰⁷. Indemnização essa que se justifica nos danos causados à criança (confusão, crise de identidade, entre outros) e no facto de que “[...] o perfilhante assumiu uma obrigação de alimentos quando perfilhou [...] e [a] indemnização deve compensar a falta dos pagamentos futuros”¹⁰⁸.

6. Notas Finais

Concordando ou não com a decisão do tribunal de primeira instância, não restam dúvidas da

⁹⁷ Ana Raquel Pessoa (nota 94), 843.

⁹⁸ Ana Raquel Pessoa (nota 94), 843.

⁹⁹ Conforme se depreende pela leitura da 1.ª parte do n.º 1 do art. 1986.º do CC.

¹⁰⁰ Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 308/2018 (nota 34).

¹⁰¹ Podendo, porém, contra-argumentar-se que, na adoção, as pessoas têm um conhecimento prévio da inexistência de laços biológicos, ao passo que, neste tipo de situações, essa descoberta pode levar (ou leva, frequentemente) a uma diminuição da intimidade e afeto entre as partes envolvidas. Aqui, socorremo-nos da moral, da ética e da consciência de cada um como guias para persuadir cada indivíduo na decisão de manter ou não a relação afetiva.

¹⁰² “A existência de um vínculo de sangue não é, com efeito, suficiente para fazer nascer a relação de paternidade natural, e esta relação subordina-se mais ao interesse do filho do que ao do progenitor” – BESSONE, Mario, *et al.*, *La famiglia nel nuovo diritto*, 2.ª ed., Bologna, Zanichelli, 1980, 154.

¹⁰³ Afinal, esta foi a lógica seguida pelo tribunal de primeira instância: a existência de laços afetivos impedia a procedência da ação; portanto, *a contrario*, a ausência dessa realidade permitiria a procedência da ação.

¹⁰⁴ Neste sentido, Guilherme de Oliveira (nota 24), 448.

¹⁰⁵ Guilherme de Oliveira (nota 1), 170.

¹⁰⁶ Uma das problemáticas que pode ser levantada é o facto de o direito não conseguir alcançar a consciência dos indivíduos. Ao que respondemos, que é possível, todavia, depreender por comportamentos e/ou contexto da situação, a (boa ou má) intenção da pessoa ou, melhor dizendo, a boa ou má-fé. Podendo, se a má-fé for provada, constituir uma situação de *abuso de direito*. Manuel de Andrade e Vaz Serra sustentavam que, agindo de má-fé, a legitimidade de “parentes do perfilhante (...) deve ser rejeitada, por haver abuso de direito (art. 334.º)”. Por que não aplicar esta lógica ao perfilhante, que se encontra nas mesmas condições? Guilherme de Oliveira (nota 1), 171.

¹⁰⁷ Guilherme de Oliveira (nota 1), 170.

¹⁰⁸ Guilherme de Oliveira (nota 1), 171.

complexidade das problemáticas que suscitou, desde a discriminação dos regimes da impugnação da paternidade, até à relevância que a relação afetiva e sociológica vai tendo no Direito e na sociedade.

A família tornou-se um “ambiente de realização pessoal e de busca da felicidade”¹⁰⁹ e, por isso, cada vez mais a parentalidade é orientada pela “afetividade e pelo melhor interesse da criança”¹¹⁰ e não apenas pelo vínculo biológico – para ser pai ou mãe é preciso merecer. Daí que seja cada vez mais pertinente o reconhecimento do estatuto e importância da afetividade na vida da criança e/ou jovem e, por conseguinte, urge a sua integração/inclusão no direito à identidade pessoal, urge uma reinterpretação que valorize esta realidade.

¹⁰⁹ TAKEYAMA Celina Rizzo/ RUIZ, Ivan Aparecido, “Filiação e Identidade Genética do Ser Humano: Reflexões na Perspetiva Judicial das Relações de Família”, José Sebastião de Oliveira e Luciana Costa Poli (coord.), *Direito da Família*, Universidade Federal de Santa Catarina, Confedi, 2014, 234 a 260, disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=119>.

¹¹⁰ Celina Rizzo Takeyama/Ivan Aparecido Ruiz (nota 109), 18.

Este não é, nem será o último desafio. Ao longo da evolução da Humanidade e, principalmente, nos últimos anos, com o avanço das tecnologias, temos assistido a novos problemas e a mudanças de paradigmas sociológicos, como as técnicas de PMA ou a multiparentalidade¹¹¹¹¹², que impulsionam o Direito a adaptar-se, a regenerar-se, com novas ideias e perspetivas, pronto a dar respostas e soluções.

¹¹¹ A multiparentalidade – fenómeno registado, primeiramente, nos Estados Unidos, em 2005 – surgiu na “sequência da legitimação das uniões do mesmo sexo” e “para dar resposta às pretensões da mulher que não era a mãe biológica mas queria ter um estatuto jurídico igual relativamente ao filho nascido por indemnização por dador” – Guilherme de Oliveira (nota 24), 290. Todavia, no Brasil, o seu âmbito foi alargado, sendo usado para acolher a paternidade biológica e sócio afetiva, como representação da história de vida daquela criança.

A multiparentalidade parece reforçar duas ideias: i) o sistema tradicional, assente na verdade biológica, já não é capaz de dar resposta às “aspirações dos indivíduos”, nem de acompanhar os avanços da sociedade moderna (é o caso, por exemplo, dos progressos da genética) e ii) a importância dos laços afetivos entre filhos e pais, pois, cada vez mais, o desejo de ser pai, deve ser “acompanhado de uma relação de cuidado ou, pelo menos, de uma promessa de cuidado” – Guilherme de Oliveira (nota 24), 302-303.

¹¹² Celina Rizzo Takeyama/Ivan Aparecido Ruiz (nota 109), 226-227.

O que diz o Supremo

Fernanda Isabel Pereira

Juiz Conselheira jubilada

No segundo semestre do ano de 2022, destaca-se da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito do Direito de Família e Menores, a relativa a questões atinentes:

- à partilha do património comum subsequente ao divórcio;
- à revisão e confirmação de sentença estrangeira;
- à aplicação de medidas de promoção e protecção de menor;
- ao rapto internacional de menor.

Partilha dos bens do casal

1. No Acórdão de 13/10/2022, proferido na revista n.º 32/22.8T8BRG-A.G1.S1 – 7.ª Secção, em processo especial de inventário para partilha subsequente a divórcio, estava em causa determinar o regime jurídico aplicável na partilha de edifício para habitação, construído por ambos os cônjuges na constância do casamento, celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos, em terreno propriedade exclusiva de um só deles, por lhe ter sido doado.

Quer as instâncias, quer o Supremo Tribunal de Justiça afastaram, em nosso entender bem, a aplicação ao caso do regime da acessão industrial imobiliária, por não se encontrar presente o requisito da boa fé e não poder ser entendido o terreno como coisa alheia em relação ao cônjuge a que o mesmo pertencia (n.º 1 do art. 1340.º do Código Civil).

As divergências surgiram quanto a saber se a construção edificada naquele contexto deve subsumir-se a uma simples benfeitoria (útil), operando-se na partilha a compensação devida ao património comum, ou considerar-se na totalidade (terreno e moradia) bem comum, ficando salva a compensação devida por este património comum ao cônjuge proprietário em exclusivo da parcela de terreno.

Trata-se de questão sobre a qual não tem havido consenso na doutrina e na jurisprudência.

No caso, a 1ª instância seguiu a tese que defende estar-se perante uma benfeitoria realizada pelos então cônjuges em terreno pertença de um só deles, que o valorizou e deve, nessa medida, conduzir à reposição do valor correspondente no património comum do ex-casal no momento da sua partilha, dessa forma operando a compensação do crédito deste património sobre o membro do dissolvido casal proprietário do terreno.

A Relação seguiu, por sua vez, a tese de que a incorporação por ambos os cônjuges de uma moradia em lote de terreno que é bem próprio de um deles introduz uma alteração substancial no terreno, o qual passa a constituir um todo uno e indivisível com a construção nele implantada, uma nova realidade material e jurídica que o transformou num prédio urbano (artigo 204.º, n.º 2 do Código Civil).

Ponderando as duas teses em confronto, o Supremo Tribunal de Justiça sufragou a posição se-

guida pelo Tribunal da Relação, considerando que a construção realizada nas referidas circunstâncias não é susceptível de configurar uma mera obra de conservação ou melhoramento à luz do conceito de benfeitoria inserto no artigo 216.º, n.º 1 do Código Civil.

Invocou jurisprudência e doutrina nesse sentido, com particular destaque para a posição defendida pela Professora Rita Lobo Xavier, segundo a qual «*o espírito do sistema da comunhão de adquiridos é o de que ingressam no património comum todos os ganhos alcançados pelos cônjuges durante o casamento que não sejam exceptuados por lei*», ressaltando-se sempre, contudo, a compensação devida pelo património comum aos patrimónios próprios dos cônjuges ou por estes àquele, no momento da dissolução e partilha, consoante a natureza mais valiosa da parte adquirida com dinheiro ou bens próprios e com dinheiro ou bens comuns, conforme resulta do disposto nos artigos 1724.º e 1726.º do Código Civil.

Assim considerando, entendeu o Acórdão em questão que a construção de uma moradia em prédio composto por lote de terreno destinado à construção importa inovação, altera substancialmente o prédio onde se edifica, passando a constituir (lote de terreno e moradia) um todo uno e indivisível, dando origem a uma coisa nova, a uma nova realidade material e jurídica.

Em consequência, provado que a parte mais valiosa é a correspondente ao despendido por ambos cônjuges na construção da moradia na constância do casamento celebrado no regime da comunhão de adquiridos, concluiu dever relacionar-se o prédio, na sua totalidade, como bem comum, e operar-se a compensação do valor do terreno, relacionando-se este como dívida do património comum ao ex-cônjuge que dele era exclusivo proprietário.

2. Desta solução divergiu o posterior Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29/11/2022, proferido na revista n.º 1530/20.3T8VNF.G1.S-1-1ª secção, também proferido em processo especial de inventário para partilha após o divórcio.

Embora em sintonia com o entendimento de que o imóvel para habitação construído pelos cônjuges durante o casamento, celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos, em parcela de terreno doada apenas a um deles e, por conseguinte, com natureza de bem próprio (artigos 1717.º, 1721.º e 1722.º, al. b), do Código Civil) não é subsumível à figura jurídica da acessão industrial imobiliária, afastou-se da tese do anterior Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça relativamente à questão nuclear de saber como solucionar, no âmbito da partilha do património comum, o problema da edificação de uma habitação por ambos os cônjuges em terreno próprio de um deles.

Concretamente, se o edifício deveria ser relacionado como crédito por benfeitorias, tese sufragada pela 1ª instância, ou como bem comum, posição defendida pela Relação.

Ao entendimento de que a obra implantada por ambos em terreno propriedade apenas de um dos cônjuges constitui uma nova «unidade jurídica indivisível», contrapôs que o elemento literal, histórico e sistemático do artigo 1726.º, n.º 1 do Código Civil não permite tal interpretação, já que aquela construção não pode reconduzir-se ao conceito de «bens adquiridos» a que o preceito se reporta.

Contrapôs ainda que a interpretação daquele normativo com tal abrangência colidiria com o princípio da tipicidade ou da individualização dos direitos reais consagrada no artigo 1306.º do Código Civil e que o direito matrimonial não pode criar uma nova forma de aquisição do direito de propriedade ou uma modificação subjectiva desse mesmo direito.

Assim considerando, concluiu que o direito de propriedade que incide sobre o terreno passa a abranger a totalidade da coisa modificada – o terreno e a nova obra –, não extinguindo o direito de propriedade pré-existente, nem dando lugar a um novo e autónomo direito de propriedade.

Consequentemente, o Acórdão em causa decidiu que a edificação de moradia pelo casal na vigência do casamento, celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos, em terreno próprio de um deles constitui uma benfeitoria e, como tal, deverá ser relacionado no inventário o valor correspondente à construção como crédito do património comum sobre o património do cônjuge proprietário do terreno, dessa forma se assegurando a reposição do «equilíbrio patrimonial» e impedindo o enriquecimento sem causa.

3. Também os Acórdãos de 25/10/2022 e 30/11/2022, proferidos nas revistas n.º 721/18.1T8BRG.G2.S1 – 1ª secção e n.º 208/21.5T8CBC.G1.S1 – 2.ª secção, sem entrarem na apreciação concreta da questão referida, convergentemente tratada pelas partes como uma benfeitoria realizada com recurso a bens comuns do ex-casal, na vigência do casamento celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos, partiram desse pressuposto, sem qualquer menção ou referência em contrário.

O Acórdão proferido em 25/10/2022, em consonância com o decidido pelo Tribunal da Relação, considerou que o crédito proveniente da construção do imóvel (benfeitoria), constitui um crédito do património comum a ser compensado pelo património próprio do ex-cônjuge proprietário único do terreno onde foi erigida a construção (artigos 1721.º e 1726.º, n.º1 do Código Civil).

Crédito a calcular com base na diferença entre o valor de alienação da globalidade do prédio e o valor actualizado do terreno onde a moradia foi implantada, correspondendo essa diferença ao valor da beneficiação do prédio rústico, bem próprio de apenas um dos cônjuges (por lhe ter sido doado antes do casamento).

Ao resultado desse modo obtido haveria, por sua vez, que deduzir o montante das dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges contraídas junto de terceiros.

No caso, discutia-se, nomeadamente, se o crédito proveniente do pagamento de comissão imobiliária pela venda da moradia e a tributação, em sede de mais-valias, de acordo com o regime previsto no artigo 10.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, deveriam ser considerados dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges.

Sobre estas questões o Supremo Tribunal de Justiça decidiu, à luz do estabelecido no artigo 1694.º do Código Civil, a incomunicabilidade das dívidas quer no tocante à comissão imobiliária, com fundamento em que «a circunstância de a titularidade do direito de propriedade sobre o imóvel alienado residir, não no património comum do ex-casal, mas no património próprio de um dos cônjuges, obsta a que se conclua pela comunicabilidade da dívida nos moldes pretendidos...», quer no que tange à tributação em sede de mais-valias, afirmando «não há que fazer repercutir o valor de tal imposto, à luz das regras que disciplinam a responsabilidade por dívidas do casal, no passivo comum».

Decidiu ainda não se verificarem, no caso, os requisitos da impugnação pauliana (artigos 610.º a 612.º do Código Civil) deduzida pelo ex-cônjuge não proprietário do terreno para salvaguarda do alegado direito de crédito proveniente do dispên-

dio de dinheiro próprio na construção da moradia no referido terreno, que lhe não pertencia.

O Acórdão de 30/11/2022 pronunciou-se sobre o valor a atribuir à benfeitoria traduzida na construção de moradia em terreno propriedade exclusiva de um dos membros do dissolvido casal para efeitos de compensação na partilha do património comum.

Decidiu dever ser considerado o valor actualizado da moradia, o qual passou a incorporar a perda do valor da casa existente no terreno, demolida para permitir a nova edificação, não havendo, por sua vez, que autonomizar o custo da demolição já suportado pelo património comum do casal.

Referiu ainda que o pretendido recurso às regras do instituto do enriquecimento sem causa (artigo 479.º do Código Civil) só poderia equacionar-se, no tocante ao valor da casa existente no terreno e demolida para construção da nova moradia com recursos comuns, se, ao invés da demolição, tivessem ocorrido obras de reconstrução dessa anterior casa implantada no terreno bem próprio do cônjuge.

Revisão de sentença estrangeira

O Acórdão Uniformizador de Jurisprudência (AUJ) proferido, em 19/10/2022, pelo Pleno das Secções Cíveis na revista n.º 151/21.8YRPRT. S1-A (publicado no DR N.º 227/2022, SÉRIE I DE 2022-11-24) pôs termo às divergências jurisprudenciais relativamente à questão de saber se a declaração de que os contratantes vivem em união estável a partir de determinada data, exarada em escritura pública perante uma autoridade administrativa estrangeira (tabelião), é ou não susceptível de ser revista e confirmada pelos tribunais portugueses ao abrigo do estatuído nos artigos 978.º e seguintes do Código de Processo Civil.

O Supremo Tribunal de Justiça, com base em aprofundado estudo e desenvolvida fundamentação doutrinária, decidiu, por maioria, dar resposta negativa a esta questão, formulando o seguinte segmento uniformizador:

«A escritura pública declaratória de união estável celebrada no Brasil não constitui uma decisão revestida de força de caso julgado que recaia sobre direitos privados; daí que não seja susceptível de revisão e confirmação pelos tribunais portugueses, nos termos dos arts. 978.º e ss. do Código de Processo».

Partindo no disposto no n.º 1 do artigo 978.º do Código de Processo Civil, à luz do qual, salvaguardado o estabelecido em tratados, convenções, regulamentos da União Europeia e leis especiais, *«...nenhuma decisão sobre direitos privados, proferida por tribunal estrangeiro, tem eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, sem estar revista e confirmada»*, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu dever interpretar-se o conceito de *decisão sobre direitos privados* proferida por tribunal estrangeiro no sentido *«de designar “tão somente a decisão revestida de força de ‘caso julgado’ que recaia sobre ‘direitos privados’, isto é, sobre matéria civil e comercial”*».

Com este sentido interpretativo, teve por bem indagar se a escritura pública declaratória de união estável contém uma decisão e, em caso afirmativo, se é uma decisão revestida de força de caso julgado.

Nesta indagação concluiu que, ao contrário do que acontece com as escrituras públicas de conversão da separação consensual dos cônjuges em divórcio, em que os interessados pedem a uma autoridade pública (um tabelião) a dissolução do vínculo conjugal, que a decide após verificação do preenchimento dos respectivos requisitos legais, nas escrituras públicas declaratórias de união estável a autoridade pública (um tabelião) não cura da verificação dos seus pressupostos legais, nada deci-

de, limitando-se a atestar ou certificar as declarações dos interessados sem produzir qualquer efeito constitutivo da união estável.

A ausência de uma *decisão* susceptível de reverter a *força de caso julgado* é impeditiva, segundo o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência, da sua revisão e confirmação ao abrigo do disposto no artigo 978.º do Código de Processo Civil.

Reconhece-se apenas a tal escritura pública declaratória de união estável a natureza de documento com força probatória plena quanto às declarações dos interessados perante a autoridade pública da existência entre ambos de uma convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objectivo de constituição de família.

Na doutrina do Acórdão, esta análise justifica tratamento diverso em relação às escrituras públicas de divórcio e, bem assim, de dissolução consensual ou de extinção consensual de união estável, relativamente às quais o Supremo Tribunal de Justiça tem entendido serem susceptíveis de equiparação a uma decisão sobre direitos privados e, conseqüentemente, passíveis de revisão e de confirmação pelos tribunais portugueses ao abrigo do disposto nos artigos 978.º e seguintes do Código de Processo Civil.

Assim foi decidido no recente Acórdão, de 07/07/2022, proferido na revista n.º 2201/21.9YRLSB-A.S1-7.ª secção, o qual procedeu à revisão e confirmação de escritura pública de divórcio consensual com base no entendimento de que «o controlo feito pelo tabelião da verificação dos requisitos de que depende o divórcio consensual por escritura pública, consubstancia a intervenção de uma entidade administrativa que cauciona o acto de divórcio, ao qual são atribuídos efeitos pela ordem jurídica brasileira. A escritura controlável pelo notário deve ser equiparada, pois, à expressa decisão jurisdicional ou administrativa».

Também na revista n.º 924/22.4YRLSB.S1-2.ª secção foi decidido, por Acórdão de 15/09/2022, que a sentença homologatória proferida por tribunal brasileiro, transitada em julgado, que declarou a existência de uma união estável, é susceptível de revisão e confirmação, nos termos do artigo 978.º do Código de Processo Civil, afirmando não se tratar de situação confundível com aquela outra objecto do referido Acórdão Uniformizador de Jurisprudência.

Do mesmo modo, se considerou na revista n.º 276/21.0YRPRT.S1-2.ª secção, julgada por Acórdão de 15/12/2022, esclarecendo, no entanto, que a revisão e confirmação de sentença homologatória proferida por tribunal brasileiro, transitada em julgado, que declarou a existência de uma união estável não a converte em elemento suficiente para a aquisição da nacionalidade portuguesa por parte dos requerentes, porquanto o conceito de «união estável» tal como prevista no Direito brasileiro não é coincidente com o conceito de «união de facto» estabelecido no Direito português, sendo que só este é relevante para o efeito da aplicação do artigo 3.º, n.º 3, da Lei da Nacionalidade (Lei n.º 37/81, de 3/10).

É para nós indubitável a força dos argumentos em que se basearam as teses em confronto evidenciadas naquele Acórdão Uniformizador, bem patentes quer no seu texto, quer nos expressivos votos de vencido lavrados.

Também reconhecemos as implicações de ordem jurídica e prática da decisão contida no segmento decisório uniformizador para uma vasta comunidade de cidadãos brasileiros residente no nosso país, que pretenderia ver reconhecidas e confirmadas pelos tribunais portugueses as escrituras públicas de união estável prevista no Código Civil brasileiro.

Não obstante, a posição que fez vencimento no Acórdão Uniformizador é a que, em nosso entender, melhor se adequa às exigências da lei proces-

sual portuguesa pelas razões que nele estão profi- cientemente evidenciadas.

Promoção e protecção de menor

No Acórdão de 13/10/2022, proferido na re- vista n.º 26920/19.0T8LSB.L1.S1 – 7.ª secção, o Supremo Tribunal de Justiça rejeitou, e bem, a in- terpretação de que a norma contida no artigo art. 35.º, n.º1, al. b) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens (Lei n.º 147/99, de 01/09), – medida de apoio junto de familiar –, supondo que a criança não esteja junto dos pais, conduz a que deva o tri- bunal procurar a existência de algum familiar, an- tes de decretar outra das medidas previstas na lei, «*mesmo que a realidade verificável o não apresente como intercorrente ou até o afaste, a eventualidade, próxima ou remota, de algum familiar (...) poder satisfazer as exi- gências de cuidado, protecção, educação e afecto de uma criança que os pais votaram ao estado de desamparo*».

A circunstância de se tratar de processo de ju- risdição voluntária, no âmbito do qual o tribunal pode investigar livremente os factos e coligir as provas e elementos necessários na prossecução da salvaguarda do bem maior, que é, no caso, o supe- rior interesse da criança, (artigo 986.º do Código de Processo Civil), não leva a tal conclusão.

Na verdade, não basta que exista ou venha a descobrir-se outro familiar e que este manifeste a «vontade» de prestar à criança os cuidados e o apoio de que carece. Exige-se que os factos reve- lem verdadeira disponibilidade material e afectiva para prestar tal cuidado e apoio.

Inexistindo facticidade que sirva de suporte a tal conclusão, o tribunal, sempre norteado pelo superior interesse da criança, pode optar por outra medida de promoção e protecção, de entre as elencadas na lei, mais adequada ao caso concreto, nomeadamente, a de confiança com vista a futura adopção.

O tribunal não está vinculado, e esse foi o en- tendimento do Acórdão em causa, a soluções que se limitem à mera integração na família biológica, embora deva privilegiar-se, se esta se apresentar como consistente e verdadeiramente desejada pela família alargada num juízo de prognose acerca da protecção de que a criança carece e continuará a carecer ao longo do seu crescimento.

Rapto internacional de menores

O Acórdão de 13/09/2022, proferido na revis- ta n.º 20/22.4T8VVC-A.E1.S1 – 1.ª Secção, rea- firmou a competência internacional dos tribunais portugueses, ao abrigo dos artigos 8.º e 12.º da Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, para apreciar o pedido de imediato regresso a um Estado contratan- te de criança dele retirada ilicitamente por um dos progenitores e que se encontra em Portugal.

Apreciou ainda a questão da ilicitude da deslo- cação para Portugal, protagonizada por um dos pro- genitores sem o acordo do outro e da sua posterior retenção aqui, longe do país onde até então vivia.

Considerou que a lei francesa confere a ambos os progenitores, em conjunto, as responsabilidades parentais da criança, cabendo, por conseguinte, a ambos decidir sobre o local da fixação da residência da criança, na ausência de decisão judicial ou de acordo válido em sentido diverso.

E concluiu, em sintonia com o decidido nas ins- tâncias, pela ilicitude da deslocação da criança para Portugal por violadora do direito de custódia atribuí- do pela legislação do Estado da residência habitual da criança, direito que compreende o direito de decidir sobre o lugar de residência da criança, atento o dis- posto no artigo 5.º, alínea a) da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, concluída na Haia a 25 de Outubro de 1980.

Dissentiu, contudo, do decidido na 1.^a instância e na Relação, aqui por maioria, no tocante ao pedido de recusa de regresso da criança a França, onde residia habitualmente até ter sido trazida pela mãe para Portugal.

Na interpretação do artigo 13.º, alínea b) da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, entendeu que a determinação do regresso imediato a França da criança pelas instâncias desconsiderou a relevância do superior interesse da criança, critério basilar e essencial a considerar na aplicação daquela Convenção, já que o mesmo teria consequências perniciosas e irreversíveis para o desenvolvimento da criança, então com três anos de idade, decorrentes da separação forçada, por período de tempo indeterminado, da mãe e da família materna mais próxima com quem tem vivido.

Este sentido interpretativo da norma em questão deu acolhimento à posição sustentada no voto de vencido lavrado no acórdão proferido no Tribunal da Relação, e fez, a nosso ver, uma análise criteriosa e acertada quer do texto legal (artigo 13.º, alínea b) da aludida Convenção), quer do quadro factual desenhado no processo à luz do ineludível critério do superior interesse da criança.

Este texto foi redigido seguindo a grafia anterior ao Acordo Ortográfico

Jurisprudência

SUMÁRIOS DOS ACÓRDÃOS DO STJ

Seleção de sumários de acórdãos proferidos pelas secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça relevantes para o Direito da Família (2.º semestre de 2022)*

JULHO

Acórdão de 07-07-2022

Revista n.º 2201/21.9YRLSB-A.S1 - 7.ª Secção

Relator: Ferreira Lopes

Link:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad-9dd8b980256b5f003fa814/ac1f053f1f9f-3544802588780057d42a?OpenDocument>

Palavras-chave: Revisão de sentença estrangeira; Requisitos; Decisão da autoridade administrativa; Divórcio por mútuo consentimento; Escritura pública; Notário; Separação de facto

Sumário:

A escritura pública, prevista no art. 733.º do CPC brasileiro, através da qual se pode realizar o divórcio consensual dos cônjuges, com fundamento em separação de facto por mais de dois anos, previsto no art. 1580.º, parágrafo 2.º, do CC Brasileiro, consubstancia uma decisão administrativa que deve ser equiparada a uma decisão sobre direitos privados, abrangida pela previsão do art. 978.º do CPC, carecendo, por isso, de revisão para produzir efeitos em Portugal.

* Seleção realizada pelos Juízes Assessores Rui Machado, Ana Luísa Dias, Joana Salvador, Carolina Girão e Sofia Rodrigues.

Acórdão de 07-07-2022

Revista n.º 3190/15.4T8FAR-E.E1.S1 - 7.ª Secção

Relator: Oliveira Abreu

Link:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d-d8b980256b5f003fa814/b7f730fd18450d7e-8025887800579f66?OpenDocument>

Palavras-chave: Processo de jurisdição voluntária; Regulação do exercício das responsabilidades parentais; Modificação; Impugnação da matéria de facto; Ónus de alegação; Violação de lei; Lei processual; Reapreciação da prova; Livre apreciação da prova; Exame crítico das provas; Admissibilidade de recurso; Recurso de revista; Critérios de conveniência e oportunidade; Dupla conforme

Sumário:

- I O recurso de decisões proferidas em processo de jurisdição voluntária tem como limite recursório a Relação, sem prejuízo de admissibilidade do recurso para o STJ, verificados que estejam os pressupostos gerais de recorribilidade da decisão do Tribunal da Relação, a par de que estejam em causa questões de legalidade estrita.
- II O STJ, enquanto tribunal vocacionado para salvaguardar a aplicação da lei, está impedido de, nos recursos interpostos em processos de jurisdição voluntária, conhecer das medidas

tomadas de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, pelo que, haverá que ajuizar sobre o cabimento e âmbito do recurso de revista das decisões proferidas nos processos de jurisdição voluntária, de forma casuística, em função dos respetivos fundamentos de impugnação, e não com base na mera qualificação abstrata de resolução tomada segundo critérios de conveniência ou de oportunidade.

- 104
- III Não obstante a dupla conforme existente entre decisões, essa mesma conformidade deixa de operar se a parte pretender reagir contra o não uso, ou o uso deficiente dos poderes da Relação sobre a matéria de facto, quando se invoca um erro de direito.
- IV A decisão de facto é da competência das instâncias, conquanto não seja uma regra absoluta, o STJ não pode, nem deve, interferir na decisão de facto, somente importando a respetiva intervenção, quando haja erro de direito, isto é, quando o aresto recorrido afronte disposição expressa de lei, nomeadamente, quanto às regras atinentes à impugnação da decisão de facto.
- V A lei adjetiva impõe à recorrente que impugna a decisão de facto que individualize os factos que estão mal julgados, que especifique os meios de prova concretos que impõem a modificação da decisão, que indique o sentido da decisão a proferir, e, tratando-se de depoimentos de testemunhas gravados, que concretize as passagens do depoimento que tal há de permitir, sendo que a violação deste ónus, preciso e rigoroso, conduz à rejeição imediata do recurso na parte afetada.

Acórdão de 14-07-2022

Revista n.º 10105/17.3T8PRT.P2.S1 - 1.ª Secção

Relator: Isaiás Pádua

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad-9dd8b980256b5f003fa814/c593d3b6ba4c-2f138025887f005b33b6?OpenDocument>

Palavras-chave: Impugnação pauliana; Requisitos; Ónus da prova; Partilha dos bens do casal; Negócio oneroso; Má-fé; Dolo; Negligência consciente; Regras da experiência comum; Presunção; Devedor; Terceiro; Impugnação da matéria de facto; Poderes de cognição; Poderes do Supremo Tribunal de Justiça

Sumário:

- I São requisitos concorrentes/cumulativos da ação de impugnação pauliana individual:
- i) A existência de um crédito e anterioridade do mesmo em relação à celebração do ato impugnado, ou, sendo posterior, que o ato tenha sido realizado dolosamente com vista a impedir a satisfação do crédito;
 - ii) Resultar do ato a impossibilidade para o credor de obter a satisfação plena do seu crédito ou o agravamento dessa (im)possibilidade;
 - iii) Sendo o ato oneroso, acresce a exigência da má fé, tanto por parte do devedor como do terceiro.
- II Como factos constitutivos do seu direito, é sobre o autor que incumbe o ónus de prova de tais requisitos, ou seja, dos factos que os integram, sendo que, como factos impeditivos desse direito, é ao devedor ou ao terceiro interessado que incumbe a prova de que o obrigado possui bens penhoráveis de igual ou maior valor.

- III Os negócios onerosos pressupõem atribuições patrimoniais de ambas as partes, existindo, segundo a perspectiva destas, um nexo ou relação sinalgmática entre as referidas atribuições patrimoniais, enquanto que os negócios gratuitos se caracterizam, ao invés, pela intervenção de uma intenção liberal, em que uma das partes tem por objetivo, devidamente manifestado, efetuar uma atribuição patrimonial a favor de outra, sem contrapartida ou corresponsivo.
- IV Por natureza, e por via de regra, a partilha de bens comuns do casal, entre ex-cônjuges, assume a natureza de negócio oneroso, independentemente do valor dos bens pelo qual eles foram adjudicados e do montante das tornas acordado a ser pago pelo interessado que licitou em excesso.
- V No art. 612.º do CC consagra-se a má fé subjetiva bilateral (na medida que se exige que ela exista em simultâneo por parte do devedor e por parte do terceiro adquirente).
- VI A má fé, do devedor e do terceiro, tanto compreende, na sua manifestação, o dolo, nas suas diversas modalidades (de dolo direto, necessário e eventual), como a própria negligência consciente (desde que quanto a esta o ato seja posterior ao crédito).
- VII Donde que a verificação da má fé não pressupõe a intenção ou o propósito daqueles agentes, ao praticar o ato, de causar prejuízo ao credor, bastando-se com a mera representação pelos mesmos dessa possibilidade (do prejuízo causado ou que com tal possam causar à garantia patrimonial do credor) em consequência das suas condutas.
- VIII E nessa linha também não se exige a existência de qualquer concertação das partes, dispensando-se a prova do chamado *concilium fraudis*, mas tão só a prova de que o devedor e o terceiro agiram com perfeita consciência do prejuízo que vão ou podem causar ao credor com a realização do ato.
- IX Movendo-se a má fé numa área que têm a ver com factos de foro interno ou de natureza psicológica, cuja prova se mostra, normalmente, difícil, por não serem, por via de regra, passíveis de demonstração direta, essa dificuldade de prova costuma frequentemente ser ultrapassada através do recurso a circunstâncias e comportamentos exteriores que, à luz da experiência comum, indiciem condutas e atitudes, de índole cognitiva, afetiva ou volitiva, dos agentes visados. Ou seja, e por outras palavras, a prova de tais factos do foro psicológico é habitualmente conseguida por via do recurso às regras da experiência comum de vida, partindo de elementos (factuais) indiciários que, segundo essa experiência comum, permitem depois induzir a ocorrência dos mesmos (v.g. em termos do seu conhecimento/representação pelo agente).
- X E daí que seja frequente o recurso a presunções naturais ou judiciais para provar a má fé dos agentes (vg. do devedor e do terceiro adquirente).
- XI Sendo essas presunções retiradas/extraídas de factos provados (para considerar outros como provados), também elas constituem ou se reconduzem a matéria de facto, e daí ser apenas possibilitado o seu uso às instâncias (1.ª e 2.ª), vedando a sua utilização por este mais alto tribunal, ao qual apenas lhe é possível exercer (em sede de recurso de revista) a sindicância sobre o seu uso por aquelas instâncias nas cir-

cunscritas situações de exceção decorrentes da 2.ª parte do n.º 3 do art. 674.º do CPC, ou seja, indagar se esse uso ofende norma legal, se padece de evidente ilicitude ou se partiu de factos não provados.

Acórdão de 14-07-2022

Revista n.º 4106/20.1T8VNG-B.P1.S1 - 1.ª Secção

Relatora: Maria Clara Sottomayor

Link: não publicado.

Palavras-chave: Inventário; Efeitos do divórcio; Administração dos bens dos cônjuges; Partilha dos bens do casal; Relação de bens; Conta bancária; Proveito comum do casal; Ónus da prova

Sumário:

- I Sem prejuízo de uma eventual ação de responsabilização do cônjuge administrador, nos termos do n.º 1 do art. 1681.º do CC, o processo de inventário, por ocasião do divórcio, com vista à partilha das meações, é o meio adequado para aferir das eventuais compensações devidas entre os patrimónios.
- II O regime definido no art. 1689.º do CC, ao determinar como se apura o património comum e a meação de cada cônjuge (“conferindo o que cada um deles dever a este património”), consagra um princípio geral que obriga às compensações entre os patrimónios próprios dos cônjuges, e entre estes e o património comum, sempre que um deles, no final do regime, se encontre enriquecido em detrimento de outro.
- III Devem, assim, ser relacionados no processo de inventário, para integrar os bens objeto de partilha, a quantia depositada em conta ban-

cária e levantada exclusivamente pelo cônjuge administrador em proveito próprio, antes da proposição da ação de divórcio, bem como o valor dos automóveis comuns alienados em momento anterior ao da proposição da ação.

- IV É ao cônjuge que fez o levantamento do dinheiro e que alienou bens móveis comuns que cabe o ónus da prova de demonstrar que os valores levantados da conta bancária e o produto da venda dos bens foi utilizado em proveito do casal e da família.

SETEMBRO

Acórdão de 13-09-2022

Revista n.º 20/22.4T8VVC-A.E1.S1 - 1.ª Secção

Relator: Manuel Aguiar Pereira

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f-0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4f-8650181db797ed802588bc00508a-6f?OpenDocument>

Palavras-chave: Rapto internacional de menores; Convenção de Haia; Competência internacional; Tribunais portugueses; Interesse superior da criança; Recusa

Sumário:

- I Os tribunais portugueses são internacionalmente competentes para apreciar o pedido de imediato regresso ao Estado contratante ao abrigo dos arts. 8.º e 12.º da Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, relativo a uma criança dele retirada ilicitamente pela progenitora e que se encontra actualmente em Portugal.

- II Nos termos do art. 3.º da Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças e para os efeitos nela previstos, é ilícita a deslocação ou retenção da criança desde que ela, residindo habitualmente num Estado contratante, tenha sido deslocada para outro Estado em violação do direito de guarda ou custódia atribuído pela lei daquele Estado, desde que tal direito esteja efectivamente a ser exercido e a deslocação para outro Estado não tenha sido autorizada pelo respectivo titular.
- III O imediato regresso da criança ao Estado de onde foi ilicitamente retirada pode ser excepcionalmente recusado quando a execução dessa medida seja susceptível de criar risco grave de ocorrência de uma situação de violação intolerável do interesse da criança e se revelar, em concreto, mais prejudicial para a criança do que a manutenção da situação ilícita criada, não podendo, nesse caso, a ponderação dos fins gerais visados pela Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças sobrepor-se ao superior interesse da criança, a avaliar em concreto.
- IV Relativamente a uma criança com menos de três anos de idade, à data da retirada do país de residência habitual, que sempre viveu e esteve aos cuidados da mãe desde o seu nascimento e relativamente à qual o pai - actualmente separado da mãe - exerceu durante cerca de três meses, em alternância semanal, a respectiva guarda, deve ser recusado o regresso ao Estado de residência habitual da criança se, em concreto, o relacionamento afectivo e a proximidade estabelecidos entre a criança e a progenitora aconselharem a manutenção dessa situação até à definição, na sede própria, do regime de regulação das responsabilidades parentais.

Acórdão de 15-09-2022

Revista n.º 924/22.4YRLSB.S1 - 2.ª Secção

Relatora: Maria da Graça Trigo

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad-9dd8b980256b5f003fa814/e9db5419956b-0d30802588bf0044ffb0?OpenDocument>

Palavras-chave: Revisão de sentença estrangeira, Pressupostos, União de facto, Aquisição da nacionalidade, Princípios da ordem pública portuguesa, Objeto do recurso

Sumário:

- I Do art. 980.º do CPC resulta, inequivocamente, que o objecto da acção de revisão e confirmação de sentença estrangeira consiste na apreciação da verificação de certos pressupostos de natureza essencialmente formal e não na apreciação dos fundamentos de facto e de direito da mesma sentença.
- II Analisada a sentença estrangeira nos autos em função dos requisitos enunciados nas als. a), b), d) e e) do art. 980.º do CPC entende-se que não existe qualquer obstáculo que, do ponto de vista formal, impeça a respectiva confirmação.
- III No que se refere ao requisito enunciado na al. f) do art. 980.º do CPC, considera-se que a sentença em causa, ao reconhecer a existência de uma “união estável” entre os requerentes, conceito que não se mostra absolutamente transponível para a situação de “união de facto” reconhecida pela lei portuguesa (cfr. art. 3.º, n.º 3, da LN - Lei n.º 37/81, de 03-10, na redacção introduzida pela LO n.º 2/2006, de 17-04), não é atentatória dos princípios da ordem pública internacional do Estado Português.

- IV No que concerne ao requisito da al. c) do art. 980.º do CPC, não existe qualquer indício de situação fraudulenta descrita na lei, nem a sentença incide sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais portugueses.
- V Saber se a referida sentença é idónea ou suficiente para que o requerente concretize depois a finalidade enunciada de lhe ser atribuída a nacionalidade portuguesa é questão diametralmente distinta e sobre a qual não tem o tribunal de se pronunciar por extravasar o estrito objecto da presente acção de revisão e confirmação de sentença estrangeira.
- VI Conclui-se pela verificação dos requisitos previstos no art. 980.º do CPC, devendo a sentença estrangeira ser confirmada, não podendo, porém, de tal confirmação extrair-se que a decisão da sentença seja elemento suficiente para a aquisição da nacionalidade pelo requerente, designadamente no que respeita à equiparação entre o conceito de “união estável”, no âmbito e para os efeitos do direito brasileiro, e o conceito de “união de facto”, no âmbito do direito português e para o efeito previsto no art. 3.º, n.º 3, da LN.
- VII A questão objecto do presente recurso não se confunde com aquela outra questão de saber se uma escritura pública de declaração de união estável celebrada no Brasil deve ser equiparada a uma sentença judicial para efeitos de revisão e confirmação pelos tribunais portugueses ao abrigo do regime do art. 978.º e ss. do CPC.

Acórdão de 15-09-2022

Revista n.º 381/18.0T8ABT.E1.S1 - 2.ª Secção

Relator: Rijo Ferreira

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d-d8b980256b5f003fa814/8cbd6282e0486dbe-802588bf0045d40d?OpenDocument>

Sumário:

Na acção de divórcio a atendibilidade da manutenção da situação de saída de casa e ausência de relacionamento durante o decurso da acção não constitui alteração da causa de pedir sendo permitida pelo art. 611.º do CPC. Tendo o legislador estabelecido que a separação de facto por um ano consecutivo é prova bastante da ruptura definitiva do casamento, por maioria de razão o será a separação por mais de dois anos.

Acórdão de 15-09-2022

Revista n.º 3395/16.0T8BRG.G1.S1 - 7.ª Secção

Relator: Nuno Ataíde das Neves

Link: não publicado.

Palavras-chave: Poderes da Relação, Recurso da matéria de facto, Alteração dos factos, Nulidade de acórdão, Excesso de pronúncia, Erro de julgamento, Divórcio sem consentimento, Separação de facto, Vida em comum dos cônjuges, Deveres conjugais

Sumário:

- I Verifica-se a nulidade da decisão por excesso de pronúncia (art. 615.º, n.º 1, al. d), do CPC) quando o tribunal aprecia questões de facto ou de direito que não tenham sido invocadas pelas partes ou que não sejam de conhecimento officioso.

- II Procedendo a Relação, no âmbito do recurso da matéria de facto, à apreciação do momento a partir do qual um dos cônjuges deixou de ter qualquer vontade ou propósito de reatar vida em comum do casal, e sendo este momento controvertido nos autos, não se verifica excesso de pronúncia quando delimita temporalmente esse mesmo momento, considerando provado que tal ocorreu, “pelo menos” a partir da propositura da ação de anulação do casamento. Trata-se de mera alteração do facto, inequivocamente consentida pelo leque de poderes atribuído ao tribunal da Relação pelo art. 662.º, n.º 1, do CPC.
- III Também não se verifica excesso de pronúncia pelo facto de a Relação considerar provado determinado facto que, sendo instrumental ou complementar da relação jurídica material constitutiva da causa de pedir e com interesse para a melhor decisão da causa, e que, embora não tenha sido expressamente alegada em sede de petição inicial, foi invocada em sede de recurso de apelação, tendo sobre a mesma ocorrido debate entre as partes.
- IV Chamada a Relação a ponderar e decidir se, perante os factos provados, é possível concluir pela “rutura definitiva do casamento”, nos termos do art. 1781.º, al. d), do CC, e concluindo a Relação pela afirmativa, não pode o cônjuge insatisfeito com tal conclusão reagir sob a perspetiva da nulidade da decisão por excesso de pronúncia, pois tal reação pertine sim com o eventual erro de julgamento, tanto quanto é evidente que a Relação se limitou a apreciar a questão colocada pelas partes em sede de recurso de apelação.
- V O conceito de “rutura definitiva do casamento” insito na al. d) do art. 1781.º do CC consagra uma cláusula geral objetiva que, independentemente da culpa de qualquer dos cônjuges na sua constatação, pressupõe uma conjuntura de facto, de cujos contornos objetivos e também subjetivos não possa retirar-se outra conclusão se não a de que o casamento já não tem salvação possível, sendo inequívoca a sua ruína e o seu fim.
- VI Não podendo a separação de facto por sete meses consecutivos relevar para efeitos da al. b) do art. 1781.º do CC, que exige que a mesma perdure por mais de um ano, não deixa tal inexistência de contactos entre os cônjuges de relevar para efeitos de preenchimento da cláusula geral da rutura definitiva do casamento (al. d) do mesmo normativo), quando articulada ou acompanhada da circunstância subjetiva inerente à firme vontade de um ou ambos os cônjuges de não reatar(em) vida em comum, revelando-se incumpridos e violados os deveres conjugais de coabitação e assistência, independentemente da culpa de qualquer dos cônjuges, ficando absolutamente bloqueada a possibilidade de vir o casamento e recuperar qualquer vitalidade, assim se constatando preenchida a al. d) do art. 1781.º do CC.

109

Acórdão de 29-09-2022

Revista n.º 463/16.2T8LAG.E2.S1 - 2.ª Secção

Relatora: Catarina Serra

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad-9dd8b980256b5f003fa814/ed460eecaaff-48f802588d000307381?OpenDocument>

Palavras-chave: Maioridade, Aplicação de lei estrangeira, Impugnação de paternidade, Caducidade da ação, Prazo de caducidade

Sumário:

- I Numa interpretação do art. 6.º, n.º 2, do Código da Família da Ucrânia à luz do sistema jurídico, pode concluir-se que a maioria é atingida aos dezoito anos, em conformidade com o disposto no art. 34.º, n.º 1, do Código Civil da Ucrânia, sem prejuízo dos casos em que se reconhece expressamente ao menor com idade igual ou superior a catorze anos um estatuto especial para determinados efeitos.
- II Estando vedado pelo art. 136.º, n.º 3, do Código da Família da Ucrânia que a pessoa registada como pai impugne a paternidade quando o filho seja maior mas tendo este, in casu, somente dezasseis anos à data da propositura da acção, não pode julgar-se impropriedade a invocada excepção de caducidade.

Acórdão de 29-09-2022

Revista n.º 2172/17.6YLSB.S1 - 2.ª Secção

Relator: Rijo Ferreira

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a5852a-14d69a95eb802588d000309cb4?OpenDocument>

Palavras-chave: Revisão de sentença estrangeira, Divórcio, Registo civil, Excepção dilatória, Absolução da instância

Sumário:

- I A sentença estrangeira que regula os efeitos patrimoniais do divórcio de nacional português não pode ser revista em Portugal sem que se mostre previamente inscrito no registo civil português aquele divórcio.

- II A não ocorrência dessa circunstância constitui excepção dilatória a determinar a absolvição da instância.

Acórdão de 29-09-2022

Revista n.º 89/19.9T8VFX.L1.S1 - 2.ª Secção

Relator: Rijo Ferreira

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ba2e1d5cb4cb-d303802588d00030ba83?OpenDocument>

Palavras-chave: Processo de jurisdição voluntária, Critérios de conveniência e oportunidade, Poderes do Supremo Tribunal de Justiça, Regulação do exercício das responsabilidades parentais, Residências alternadas, Admissibilidade de recurso

Sumário:

- I O art. 988.º, n.º 2, do CPC determina que não é admissível recurso de revista para o STJ das decisões proferidas no âmbito de processos de jurisdição voluntária segundo critérios de conveniência ou de oportunidade.
- II Entre as decisões de que não é admissível recurso de revista estão aquelas em que sejam ou em que devam ser ponderadas as circunstâncias concretas da vida de um menor ou da vida dos seus progenitores para que seja tomada uma decisão sobre o regime de residência alternada, de acordo com critérios de adequação e de razoabilidade.

OUTUBRO**Acórdão de 11-10-2022**

Revista n.º 5508/19.1T8LRS.L1.S1 - 1.ª Secção

Relator: Jorge Arcanjo

Link: não publicado.

Palavras-chave: Direito real de habitação periódica; Casa de morada de família; Residência habitual; União de facto; Morte

Sumário:

- I O direito real de habitação e o direito de uso do recheio, atribuído pelo art. 5.º da Lei n.º 7/2001, de 11-05, na redacção da Lei n.º 23/2010, de 30-08, não pressupõe, como elemento constitutivo do direito, a necessidade de habitação do membro unido sobrevivente.
- II A casa de morada de família para efeitos do art. 5.º, n.º 1, da Lei n.º 7/2001 é aquela onde ambos os unidos viviam, tinham a sua residência habitual, à data do óbito.

Acórdão de 11-10-2022

Revista n.º 433/19.9T8PDL-A.L1.S1 - 1.ª Secção

Relator: Jorge Dias

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d-d8b980256b5f003fa814/04b7574b6af468e-b802588d9004d6051?OpenDocument>

Palavras-chave: Partilha da herança; Sentença homologatória; Trânsito em julgado; Simulação; Vícios da vontade; Inexistência da sentença; Emenda à partilha; Anulação da partilha; Recurso de revisão

Sumário:

- I Com o trânsito em julgado da sentença que homologou a partilha fixa-se o direito dos interessados no processo de inventário, apenas podendo haver alteração se verificados os pressupostos de emenda ou alteração da partilha.
- II Só à partilha amigável (extrajudicial) são aplicáveis as regras jurídicas de impugnação dos contratos como dispõe o art. 2121.º do CC e, só a esta forma de partilha é aplicável as regras de nulidade e anulabilidade dos negócios jurídicos, nos termos dos arts. 285.º e ss. do CC.
- III O processo de inventário é uma forma especial de processo, com regulamentação própria e específica, apenas sendo aplicáveis as normas gerais do direito civil substantivo, ou do processo comum quando expressamente previsto.

Acórdão de 13-10-2022

Revista n.º 26920/19.0T8LSB.L1.S1 - 7.ª Secção

Relator: Manuel Capelo

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cb296f749100f6d7802588da00572666?OpenDocument>

Palavras-chave: Processo de promoção e proteção; Interesse superior da criança; Medida de promoção e proteção; Processo de jurisdição voluntária

Sumário:

- I A indicação normativa do art. 35.º, n.º 1, als. a) e b), da LPCJ no sentido de privilegiar as medidas de promoção e proteção da criança junto dos pais ou junto de outro familiar como manifestação do princípio segundo o qual deve

dar-se prevalência a medidas que integrem a criança na sua família, deixará de justificar-se quando, através de juízo de prognose, formulado com base nos factos conhecidos, se conclua pela impossibilidade de satisfazer o superior interesse da criança com recurso a medida em que o menor continue integrado no seio da sua família, designadamente através de apoio junto dos pais ou de apoio junto de outro familiar;

- II Estando a criança desde o seu nascimento confiada aos pais que viviam em casa da avó materna e tendo depois, a partir do 42.º dia de vida, passado a estar institucionalizada, a existência de alternativa para “apoio junto de outro familiar” e dentro da família biológica alargada depende de existir declaração da vontade, notícia dela ou manifestação que a exprima por parte desse familiar, não havendo por parte do tribunal obrigação de, inexistindo essas declarações, notícias ou manifestações, indagar junto desses familiares que não a manifestaram, a sua disponibilidade para acolher em apoio a criança;
- III Não desconsidera a pretensão da avó paterna, a decisão que não atribuiu àquela a guarda e apoio da criança como medida de proteção, se a avó se limitou a demonstrar a sua disponibilidade para se constituir como alternativa familiar na condição de a paternidade do menor vir a ser confirmada e se realiza visitas semanais à criança, no período da manhã, durante cerca de 30 minutos;
- IV Na inexistência de qualquer alegação e prova sobre o modo como a avó paterna se posicionou perante o nascimento da criança; nem como acompanhou o processo de proteção que levou à institucionalização - sabendo-se apenas

que não há registo de que tenha intervindo no sentido de pedir a confiança do menor - a simples realização de visitas semanais de meia hora na instituição onde se encontra a criança, sem outra preocupação de acompanhar a evolução e crescimento da criança, sequer solicitação de maior proximidade no sentido de ter consigo a criança em sua casa, não é possível afirmar o estabelecimento de quaisquer laços que em termos de família biológica favoreçam a aplicação do art. 35.º, n.º I, al. b), da LPCJ.

Acórdão de 13-10-2022

Revista n.º 32/22.8T8BRG-A.G1.S1 - 7.ª Secção

Relator: Oliveira Abreu

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d-d8b980256b5f003fa814/ce134fea4f7e5e1a-802588da0056bc93?OpenDocument>

Palavras-chave: Acessão industrial; Pressupostos; Bem imóvel; Terreno; Bens próprios; Ex-cônjuge; Comunhão de adquiridos; Regime de bens; Bens comuns do casal; Boa-fé; Partilha dos bens do casal; Divórcio; Compensação; Determinação do valor

Sumário:

- I A acessão industrial enquanto causa de aquisição originária retroativa do direito de propriedade sobre determinada coisa, compreende, na sua noção legal, o conceito de incorporação de uma coisa da titularidade de uma pessoa, numa outra coisa da titularidade de outra, exigindo para o seu reconhecimento o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos substantivos: i) a incorporação da construção em terreno alheio; ii) com materiais pertencendo

- centes ao seu autor; iii) de boa fé; iv) e que o valor trazido pelas obras ao prédio seja maior do que o valor que este tinha antes.
- II A construção de uma moradia por ambos os cônjuges, na constância do matrimónio celebrado no regime da comunhão de adquiridos, num prédio composto por terreno destinado à construção, que é propriedade exclusiva de apenas um deles, não se subsume ao regime da acessão imobiliária por claudicar o requisito da boa-fé, mas também, ou sobretudo, porque o terreno não é coisa alheia em relação ao cônjuge que for o seu dono.
- III Edificada construção em terreno, enquanto bem próprio do ex-cônjuge, a expensas de ambos os cônjuges, importa reconhecer que o regime jurídico aplicável à aludida construção não pode ser encontrado à luz do instituto das benfeitorias quando não se demonstre terem sido realizados trabalhos no terreno, com vista a conservá-lo ou melhorá-lo.
- IV Estando em causa uma construção sobre um prédio composto por lote de terreno destinado à construção, tal importa inovação que altera substancialmente o prédio onde se edifica, provocando uma alteração substancial e jurídica deste, passando a constituir (lote de terreno e moradia) um todo uno e indivisível, dando origem a uma coisa nova, a uma nova realidade material e jurídica, constituindo um prédio urbano.
- V O regime jurídico aplicável à construção de uma moradia, edificada a expensas dos cônjuges, entretanto divorciados, sobre um prédio composto por lote de terreno destinado à construção, bem próprio de um dos ex-cônjuges, decorre do regime matrimonial do casamento do extinto casal, sem deixar de salvarguardar que estamos perante duas pessoas que foram casadas entre si e que, nessa medida, a relação matrimonial influencia a generalidade das relações obrigacionais ou reais de que os cônjuges são ou foram titulares, daí resultando um regime diferente daquele que decorrerá da aplicação isolada do direito comum.
- VI O espírito do sistema da comunhão de adquiridos é o de que ingressam no património comum todos os ganhos alcançados pelos cônjuges durante o casamento que não sejam excetuados por lei, daí que, sempre que os cônjuges, na constância do matrimónio, contraído no regime da comunhão de adquiridos, construam uma casa sobre um terreno que apenas é propriedade de um deles, momento em que o terreno deixou de ter individualidade própria, passando a ser um prédio urbano, impõe-se reconhecer que se a moradia mandada edificar pelos cônjuges for a parte mais valiosa comparativamente com o valor do terreno, esse prédio é bem comum de ambos os cônjuges, ficando sempre salva a compensação devida pelo património comum ao cônjuge proprietário do terreno, no momento da dissolução e partilha da comunhão.

Acórdão de 19-10-2022

Recurso para uniformização de jurisprudência n.º 151/21.8YRPRT.S1-A

Relator: Nuno Pinto de Oliveira

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/663734ea38a7e909802588ee-0056447f?OpenDocument>

Palavras-chave: Acórdão uniformizador de jurisprudência; União de facto; Revisão de sentença estrangeira; Escritura pública; Caso julgado; Decisão; Lei estrangeira

Sumário:

A escritura pública declaratória de união estável celebrada no Brasil não constitui uma decisão revestida de força de caso julgado que recaia sobre direitos privados; daí que não seja susceptível de revisão e confirmação pelos tribunais portugueses, nos termos dos arts. 978.º e ss. do CPC.

Acórdão de 25-10-2022

Revista n.º 721/18.1T8BRG.G2.S1 - 1.ª Secção
Relator: Pedro de Lima Gonçalves

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d6e032d812adf2d9802588e7003de763?OpenDocument>

Palavras-chave: Impugnação da matéria de facto; Poderes da Relação; Ato inútil; Dívida de cônjuges; Responsabilidade; Património do devedor; Terceiro; Direitos de terceiro; Impugnação pauliana; Propriedade privada; Boa-fé

Sumário:

- I O tribunal da Relação pode apreciar se a factuabilidade indicada pelos recorrentes é ou não relevante para a decisão da causa, sendo-lhe lícito, no caso de concluir pela sua irrelevância, deixar de apreciar, nessa parte, a impugnação da matéria de facto por tal se prefigurar como um ato inútil.
- II O património comum é responsável pelas dívidas comuns e só depois pelas dívidas próprias de cada um dos cônjuges (art. 1689.º, n.º 2, do CC).

- III Os bens do devedor respondem pelas suas dívidas (art. 601.º do CC) e da livre disponibilidade dos bens (com consagração expressa no art. 62.º, n.º 1, da CRP), uma vez que estão em jogo interesses de terceiros (com relevo para a propriedade e a autonomia privada), entendeu o legislador, em desvio àquelas regras, sujeitar o terceiro à impugnação pauliana, mas só o fazendo com um fundamento sério, relacionado com a violação de princípios fundamentais da ordem jurídica (*in casu*, a boa-fé).

NOVEMBRO

Acórdão de 10-11-2022

Revista n.º 3136/20.8T8FNC.L1.S1 - 2.ª Secção
Relator: Ana Paula Lobo

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4d6eb42b26974a39802588f6005ef44e?OpenDocument>

Palavras-chave: Inventário; Cônjuge sobrevivente; Conferência; Casa de morada de família; Direito de uso e habitação; Direito potestativo; Tempestividade

Sumário:

- I O momento da partilha a que se refere o art. 2103.º-A do CC é o momento da divisão dos bens e ela não ocorre na conferência preparatória quando não foi obtido acordo por unanimidade, por esta constituir apenas um dos actos preparatórios dessa futura e concreta divisão de bens.
- II Até que seja concretizada a partilha tem o cônjuge sobrevivente direito de ser encabeçado

114

no direito potestativo que lhe confere o art. 2103.º-A do CC, sendo, por isso, tempestivo o requerimento do cônjuge sobrevivente para exercício desse direito potestativo, quando apresentado no momento em que foi ouvida sobre a forma à partilha.

Acórdão de 10-11-2022

Revista n.º 1455/20.2T8GDM.P1.S1 - 7.ª Secção

Relator: Nuno Ataíde das Neves

Link: Não publicado

Palavras-chave: Processo de promoção e proteção; medida de confiança com vista à futura adoção; interesse superior da criança; filiação biológica; Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo; Responsabilidades parentais; Princípio da proporcionalidade; Princípio da atualidade; Revista excecional

Sumário:

- I Não tendo os progenitores cuidado de estabelecer e manter com a menor sua filha uma relação afetiva estável, também não lhe conferindo condições mínimas de segurança em termos de habitação, saúde, formação e educação, evidenciando irreversível e plena incapacidade de assumirem e cumprirem os seus poderes/deveres parentais, e não existindo outro familiar que deseje e tenha capacidades para exercer tais funções parentais de forma duradoura, segura e estável, encontram-se definitivamente comprometidos os vínculos afetivos próprios da filiação e definitivamente comprometida a guarda da menor pelos progenitores.
- II Impõe o princípio do superior interesse da criança que no caso de a criança se encontrar

colocada em perigo pela sua própria família biológica, nomeadamente pelos seus progenitores, sejam decretadas medidas de proteção que visem a sua segurança e saúde junto de uma terceira pessoa, seja junto de outro familiar ou de confiança a pessoa idónea, tendo em vista, quando a família se revelar impotente para cuidar da criança com carácter duradouro, afastando-a da situação de perigo, que a criança venha a ser confiada tendo em vista futura adoção, por esta via também se privilegiando o princípio da prevalência da família, agora adoptiva.

- III Verificando-se o condicionalismo ínsito no n.º 1, als. d) e e), do art. 1978.º do CC (por exigência do art. 35.º, n.º 1, al. g), da LPCJP, e do art. 38.º-A, al. b), do mesmo diploma), assim patente a falência da família, de origem ou alargada, a medida que mais se revela adequada à satisfação do superior interesse da criança e da prevalência da família, por ser a que mais se aproxima da família natural, é a do seu encaminhamento para a adoção, concedendo-se à criança a possibilidade de integrar um agregado familiar que a respeite enquanto ser humano em formação e lhe garanta uma vivência familiar pautada pelo equilíbrio aos mais diversos níveis, assim se observando a plena adequação e proporcionalidade da medida decretada à situação de perigo existente (art. 4.º da LPCJP).

Acórdão de 23-11-2022

Recurso para uniformização de jurisprudência n.º 758/12.4TMPRT.1.P2-A.S1-A - 1.ª Secção

A. Barateiro Martins (Relator)

Link: <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-supremo-tribunal-justica/1-2023-206800918>

Palavras-chave: Fundo de Garantia de Alimentos; Alimentos devidos a menores; Prazo de interposição do recurso; Processo tutelar; Alimentos; Incumprimento; Dever de solidariedade

Sumário:

O prazo de interposição dos recursos de decisões proferidas no procedimento previsto no art. 3.º da Lei n.º 75/98 de 19-11, é de 15 dias, nos termos do art. 32.º, n.º 3, do RGP-TC, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8-9.

Acórdão de 29-11-2022

Revista n.º 1530/20.3T8VNF.G1.S1 - 1.ª Secção

Relator: Jorge Arcanjo

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6a-d9dd8b980256b5f003fa814/d425985ce-c6fe6de8025891600572514?OpenDocument>

Palavras-chave: Partilha dos bens do casal; Terreno; Casa de habitação; Benfeitorias úteis; Bens próprios; Regime de comunhão de adquiridos; Ex-cônjuge; Bens comuns do casal; Crédito compensatório; Enriquecimento sem causa; Acesso industrial; Princípio da tipicidade; Direito real

Sumário:

A edificação de obra (casa) por dois cônjuges, casados no regime de comunhão de bens adquiridos, em terreno próprio de um deles, constitui benfeitoria e dá lugar a um crédito de compensação (um crédito do património comum sobre o património próprio) com vista à reposição do equilíbrio patrimonial, pois de outra forma haveria um injustificado enriquecimento sem causa.

Acórdão de 29-11-2022

Revista n.º 193/20.0T8VCT.G1.S1 - 7.ª Secção

Relator: Fátima Gomes

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6a-d9dd8b980256b5f003fa814/fe9c930e-43316f258025890a00391115?OpenDocument>

Palavras-chave: Processo de promoção e proteção; Medida de promoção e proteção; Medida de confiança com vista à futura adoção; Interesse superior da criança; Adoção; Requisitos; Filiação; Subsidiariedade; Perigo; Poderes de cognição; Critérios de conveniência e oportunidade; Poderes do Supremo Tribunal de Justiça

Sumário:

- I A aplicação da medida de confiança com vista à adoção pressupõe que se encontrem seriamente comprometidos os vínculos próprios da filiação, mercê da verificação objetiva de qualquer das situações previstas no n.º 1 do art. 1978.º do CC.
- II Essas situações são, entre outras, as dos pais, por acção ou omissão, mesmo que por manifesta incapacidade devida a razões de doença

mental, colocarem em perigo grave a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento da criança (al. d), e de os pais da criança acolhida por um particular, por uma instituição ou por família de acolhimento tiverem revelado manifesto desinteresse pelo filho, em termos de comprometer seriamente a qualidade e a continuidade daqueles vínculos, durante, pelo menos, os três meses que precederam o pedido de confiança (al. e)).

- III No recurso de revista de decisão de aplicação da medida de confiança com vista à adopção o STJ não determina o seu sentido de “superior interesse da criança”, enquanto juízo de conveniência ou oportunidade, limitando-se a aferir da observância dos requisitos normativos que balizam o indicado juízo.

Acórdão de 29-11-2022

Revista n.º 214/20.7T8LSB.L1.S1 - 7.ª Secção

Relator: Oliveira Abreu

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6a-d9dd8b980256b5f003fa814/bd5b7e43be-9071b48025890a0039670e?OpenDocument>

Palavras-chave: Processo de jurisdição voluntária; Critérios de conveniência e oportunidade; Poderes do Supremo Tribunal de Justiça; Regulação do exercício das responsabilidades parentais; Incumprimento; Admissibilidade de recurso; Revista excecional; Requisitos; Rejeição; Inadmissibilidade

Sumário:

- I O recurso de decisões proferidas em processo de jurisdição voluntária tem como limite re-

cursório a Relação, sem prejuízo de admissibilidade do recurso para o STJ, verificados que estejam os pressupostos gerais de recorribilidade da decisão do tribunal da Relação, a par de que estejam em causa questões de legalidade estrita.

- II O STJ, enquanto tribunal vocacionado para salvaguardar a aplicação da lei, está impedido de, nos recursos interpostos em processos de jurisdição voluntária, conhecer das medidas tomadas de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, pelo que, haverá que ajuizar sobre o cabimento e âmbito do recurso de revista das decisões proferidas nos processos de jurisdição voluntária, de forma casuística, em função dos respetivos fundamentos de impugnação, e não com base na mera qualificação abstrata de resolução tomada segundo critérios de conveniência ou de oportunidade.
- III A Formação apenas poderá conhecer da verificação dos pressupostos do n.º 1 do art. 672.º do CPC, cumpridos que esteja os exigidos ónus adjetivos, donde, não sendo admissível a revista, por motivo distinto da conformidade de julgados, encontra-se excluída a admissibilidade da revista excecional.

Acórdão de 30-11-2022

Revista n.º 208/21.5T8CBC.G1.S1 - 2.ª Secção

Relator: Ana Paula Lobo

Link: Não publicado

Palavras-chave: Inventário; Partilha dos bens do casal; Relação de bens; Valor; Bem imóvel; Beneficórias; Bens próprios; Valor de mercado

Sumário:

- I Na determinação do valor da benfeitoria constituída por uma casa construída em terreno bem próprio de um dos interessados no inventário há-de ter-se em conta o valor actual dessa casa.
- II Não há que deduzir a esse valor o valor de uma anterior construção ali existente que teve de ser demolida para construção da casa actual.

Acórdão de 30-11-2022

Revista n.º 37/22.9YRPRT.S1- 2.ª Secção

Relator: João Cura Mariano

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7cca9831cb3f15788025890a005df0ca?OpenDocument>

Palavras-chave: União de facto; Revisão de sentença estrangeira; Escritura pública; Decisão; Uniformização de jurisprudência

Sumário:

De acordo com a recente decisão uniformizadora proferida pelo pleno das secções cíveis do STJ (AUJ n.º 10/2022) a escritura pública declaratória de união estável celebrada no Brasil não constitui uma decisão revestida de força de caso julgado que recaia sobre direitos privados; daí que não seja suscetível de ser revista e confirmada pelos tribunais portugueses, nos termos dos arts. 978.º e ss. do CPC.

DEZEMBRO**Acórdão de 15-12-2022**

Revista n.º 1902/22.9YRLSB.S1 - 2.ª Secção

Relator: Ana Paula Lobo

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ac1f053f1f9f3544802588780057d42a?OpenDocument>

Palavras-chave: Acórdão uniformizador de jurisprudência; União de facto; Revisão de sentença; estrangeira; Pressupostos; Escritura pública; Decisão

Sumário:

De acordo com a recente decisão uniformizadora proferida pelo Pleno das Secções Cíveis do STJ (AUJ n.º 10/2022) a escritura pública declaratória de união estável celebrada no Brasil não constitui uma decisão revestida de força de caso julgado que recaia sobre direitos privados e, por isso não susceptível de ser revista e confirmada pelos tribunais portugueses, nos termos dos arts. 978.º ss. do CPC.

Acórdão de 15-12-2022

Revista n.º 276/21.0YRPRT.S1 - 2.ª Secção

Relator: Catarina Serra

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/518141b93f49e3498025891a003486ee?OpenDocument>

Palavras-chave: Acórdão uniformizador de jurisprudência; União de facto; Revisão de sentença; estrangeira; Pressupostos; Escritura pública; Decisão; Sentença homologatória, Aquisição de nacionalidade

Sumário:

- I Estando em causa, no caso *sub judice*, uma sentença homologatória de escritura pública declaratória, não tem aplicação o AUJ n.º 10/2022, em que se uniformizou jurisprudência relativamente a escritura pública declaratória de união estável.
- II Analisada a sentença à luz dos pressupostos (essencialmente formais) do art. 980.º do CPC e não se vislumbrando obstáculo à sua confirmação, deve a sentença ser confirmada.
- III Tal confirmação não confere, porém, à sentença quaisquer efeitos adicionais, mantendo ela, estritamente, o valor e o alcance que lhe é atribuído pelo ordenamento jurídico brasileiro.
- IV O facto de, além do mais, a sentença ser meramente homologatória reforça a conclusão de que esta confirmação não a converte em elemento suficiente para a aquisição da nacionalidade portuguesa por parte dos requerentes, não sendo o conceito de “união estável” do direito brasileiro rigorosamente equivalente ao conceito de “união de facto” do direito português, relevante, nomeadamente, para o efeito da aplicação do art. 3.º, n.º 3, da Lei da Nacionalidade (Lei n.º 37/81, de 3-10).

Acórdão de 15-12-2022

Revista n.º 802/20.1T8CLD.C1.S1 - 2.ª Secção

Relator: Fernando Baptista

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad-9dd8b980256b5f003fa814/204d5fbc038c-176d8025891a00362936?OpenDocument>

Palavras-chave: Medida de promoção e protecção; Decisão provisória; Decisão final; Fundamentos; Caso julgado; Autoridade do caso julgado; Processo de jurisdição voluntária

Sumário:

- I A decisão proferida em acórdão (de 29-06-2021) que, em processo de promoção e protecção, incidiu sobre uma medida cautelar provisória (cessação de medida de acolhimento residencial), adoptada interlocutoriamente, perante um quadro indiciário de perigo para a menor com contornos ainda mal definidos e sem elementos que apontassem para uma perspectiva de projecto de vida daquela menor, não faz caso julgado sobre um posterior acórdão (de 26-10-2021), cuja decisão, resultante da factualidade provada, permitiu traçar as linhas de construção do projecto de vida da menor (o afastamento da adopção, a manutenção dos vínculos parentais e a medida transitória de acolhimento residencial com vista a futura entrega da menor aos pais biológicos).
- II Com efeito, em tais circunstâncias, não há uma identidade fáctico-jurídica entre a situação indiciária pressuposta pelo primeiro acórdão e a situação resultante da factualidade provada, a final, de que se ocupou o acórdão posterior; pelo que a eficácia do caso julgado constituído pelo acórdão de 29-06-2021, proferido em sede cautelar, provisória e interlocutória, não alcança a situação contemplada pelo acórdão de 26-10-2021, não sendo aquela eficácia impeditiva do veredicto neste último prolatado, nem a título de excepção de caso julgado nem a título de autoridade de caso julgado.

119

Acórdão de 15-12-2022

Revista n.º 184/22.7YRPRT.S1 - 2.ª Secção

Relator: Fernando Baptista

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f-0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d5aa-821d116376bc8025891a0034e6ef?OpenDocument>

Palavras-chave: Acórdão uniformizador de jurisprudência; União de facto; Revisão de sentença; estrangeira; Pressupostos; Escritura pública; Decisão

Sumário:

De acordo com a recente decisão uniformizadora proferida pelo Pleno das Secções Cíveis do STJ (AUJ n.º 10/2022) a escritura pública declaratória de união estável celebrada no Brasil não constitui uma decisão revestida de força de caso julgado que recaia sobre direitos privados; daí que não seja susceptível de ser revista e confirmada pelos tribunais portugueses, nos termos dos arts. 978.º ss. do CPC.

Acórdão de 15-12-2022

Revista n.º 78/18.0T8SXL.L1.S1 - 7.ª Secção

Relator: Ferreira Lopes

Link: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/67b5270aa4a5ad5a8025891a003739bf?OpenDocument>

Palavras-chave: Processo tutelar; Processo de jurisdição voluntária; Recurso de revista; Admissibilidade de recurso; Interesse superior da criança; Critérios de conveniência e oportunidade; Rejeição de recurso

Sumário:

Porque proferida num processo de jurisdição voluntária, como é o processo tutelar cível, a decisão que, num juízo de conveniência e na ponderação do superior interesse da criança, determina que a menor fica a residir com a mãe e não em residência alternada, não admite recurso de revista para o STJ (art. 988.º, n.º 2, do CPC).

ESTATUTO EDITORIAL

1. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família” é uma publicação periódica semestral, do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que é responsável pela sua orientação científica, bem como pelas restantes obrigações editoriais.
2. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família” é uma publicação de carácter académico, que tem como objetivo a promoção e o desenvolvimento da investigação científica na área do Direito da Família, do Direito das Sucessões e do Direito das Pessoas, nomeadamente do Direito das Crianças e Jovens e dos Adultos Vulneráveis.
3. É também objetivo desta publicação fomentar o intercâmbio da cultura jurídica entre diversos ordenamentos jurídicos, nomeadamente entre países de expressão linguística portuguesa e do espaço europeu.
4. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família” destina-se à comunidade jurídica em geral, em especial a académicos, magistrados, advogados e outras profissões jurídicas que trabalhem no âmbito dos ramos de Direito que são objeto da publicação, bem como ao público em geral com interesse nas matérias em publicação.
5. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família” compromete-se a respeitar as normas deontológicas do Estatuto do Jornalista.

