Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família

Centro de Direito da Família

Ano 21 - n.º 42 - 2024
Publicação Semestral

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família

1 2 9 0

INSTITVTO IVRIDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Centro de
Direito da
Família

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

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

Ficha Técnica

Conselho Redatorial

Guilherme de Oliveira (Diretor Científico)
Professor Jubilado da FDUC
Centro de Direito da Família da FDUC

Ana Rita Alfaiate (Secretária Científica)
Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Centro de Direito da Família da FDUC

Geraldo Rocha Ribeiro
Centro de Direito da Família da FDUC

Paula Távora Vítor
Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Centro de Direito da Família da FDUC

Rosa Cândido Martins
Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Centro de Direito da Família da FDUC

Propriedade da Revista
Centro de Direito da Família (NIPC: 504140566)
Telf.: 239 821043
cdf@fd.uc.pt
www.centrodedireitodafamilia.org

Sede da Redação
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Pátio das Escolas
3004-528 Coimbra

Editor
Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Sede do Editor
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Pátio das Escolas
3004-528 Coimbra

Lex Familiae
Revista Portuguesa de Direito da Família
Ano 21 — n.º 42 — Julho a Dezembro 2024

Execução Gráfica
Ana Paula Silva

ISSN 1645-9660

Depósito Legal: 209 492/2004

Inscrição na ERC 127769

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

Sumário

Doutrina

Págs.

Ana Alvarez
Acolher para autonomizar. Asas para voar 5

Tiago Vitória Carvalho
O paradoxo do filho póstumo: a fattispecie do n.º 3 do artigo 23.º da LPMA 33

Maria João Afonso
A igualdade dos cônjuges no Direito da Família Português – uma perspetiva histórico-jurídica 53

Margarida Santos Ferreira
O destino da casa de morada da família em caso de divórcio – critérios de atribuição 69

Bárbara Aparecida Nunes Souza
A cessação da obrigação de prestar alimentos quando o credor viola gravemente os seus deveres para com o obrigado: breve análise da alínea c, do artigo 2013.º do Código Civil 85

Jurisprudência Crítica

Págs.

Rui Manuel Moura Ramos
Competência internacional e responsabilidades parentais - Acórdão do Supremo Tribunal de justiça (1.ª secção) de 4 de junho de 2024 95

O que diz o Supremo
Conselheira Ana Resende 125

Seleção de sumários de acórdãos proferidos pelas secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça relevantes para o direito da família (1.º semestre de 2024) 137

Estatuto Editorial 149

Doutrina

ACOLHER PARA AUTONOMIZAR-ASAS PARA VOAR

Ana Isabel Alvarez
Pós-graduada em Proteção de Menores, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Resumo: *O presente trabalho tem por objeto de estudo a análise, sob uma perspetiva teórico-jurídica, do processo de autonomização no âmbito da resposta social "apartamentos de autonomização" para o apoio e promoção de autonomia das crianças e jovens em perigo com medida de promoção e proteção de acolhimento residencial, em conformidade com o previsto na alínea f) do n.º 1 do artigo 35.º e na alínea c) do artigo 50.º, todos da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.*

Consubstanciando estruturas residenciais especializadas, face à natureza generalista das casas de acolhimento, os apartamentos de autonomização são pequenos espaços nos quais se preconiza uma vivência progressivamente mais responsável, independente, estável e harmoniosa, à qual subjaza o desenvolvimento progressivo de competências de autonomia pessoal e social dos jovens acolhidos porquanto o projeto de vida destes jovens é delineado com referência à aquisição de autonomização.

Palavras-chave: *jovens; acolhimento residencial; autonomia; apartamentos de autonomização; especialização;*

Abstract: *The purpose of this study is to analyze, from a theoretical and legal perspective, the process of autonomization within the social response of "autonomy apartments" for the support and promotion of autonomy of children and young people in danger with a promotion and protection measure of residential foster care, in accordance with subparagraph f) of paragraph 1 of article 35 and subparagraph c) of article 50, all of the Law for the Protection of Children and Young People in Danger.*

As specialized residential structures, compared to the general nature of foster homes, autonomy apartments are small spaces in which a progressively more responsible, independent, stable, and harmonious living is advocated, underlying which is the progressive development of personal and social autonomy skills of the young people in care since the life project of these young people is outlined with reference to the acquisition of autonomy.

Keywords: *young people; residential care; autonomy; autonomization apartments; specialization;*

Introdução

A escolha do tema em análise afigura-se pertinente, *per se,* pela necessidade emergente de promover e adequar respostas sociais à necessidade de autonomização dos jovens em acolhimento, objetivo preconizado[1] no âmbito da progressiva especialização e qualificação do modelo de acolhimento residencial atualmente vigente em Portugal.

A natureza da intervenção das Casas de Acolhimento (CA), cujo papel exige um processo de permanente análise crítica, atualização de conhecimentos, (re)organização das práticas (Carvalho, M. J. L. D., & Salgueiro, A. 2018) e o percurso legislativo nacional já trilhado consubstanciam matéria propícia a reflexão e reavaliação, considerando a "recente" publicação do Decreto-Lei n.º 164/2019, de 25 de outubro, que estabelece, após vinte anos da publicação da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP), o regime de

[1] Apresentação das Bases para a Qualificação do Sistema de Acolhimento de Crianças e Jovens (01.06.2023). Disponível em https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao/noticia?i=apresentadas-as-bases-para-a-qualificacao-do-sistema-de-acolhimento-de-criancas-e-jovens

execução do acolhimento residencial em Portugal, a lacuna sobre aspetos relevantes do acolhimento de crianças e jovens, objeto de Recomendação da Assembleia da República ao Governo (Resolução n.º 296/2021 de 25.11.2021) colmatada com a publicação da Portaria n.º 4250/2023, de 22 de dezembro de 2023, que estabelece o regime de organização, funcionamento e instalação das casas de acolhimento para crianças e jovens, e a constatação do reduzido número de jovens na resposta social "apartamentos de autonomização".

Elaborado numa perspetiva predominantemente teórica este breve estudo pretende, a partir do estado de arte sobre o acolhimento residencial, com enfoque no acolhimento em unidades de autonomização, instrumento assaz relevante na interpretação da realidade em estudo, conhecer o panorama jurídico nacional para, através de pontos de reflexão, identificar oportunidades jurídicas de atuação em futuras estratégias de intervenção.

As crianças e jovens em apartamentos de autonomização trilharam, na sua maioria, um percurso institucional que as vulnerabiliza socialmente pelo que, em fase de transição da adolescência para a adultez, se afigura crucial, na ausência de retaguarda familiar, a preparação para a futura desinstitucionalização com vista à integração plena na sociedade. Estruturas especializadas de cariz familiar constituem espaços propícios à criação de laços e à reconstrução de vinculações com adultos de referência, pressupostos do desenvolvimento progressivo de competências de autonomia pessoal e social

A aplicação da medida de promoção e proteção de acolhimento em apartamento de autonomização, ainda que diminuta, traduz o início da concretização da evolução de um padrão de institucionalização para um modelo de diferenciação e individualização.

I. Crianças e jovens em perigo

1. Enquadramento teórico/conceptual

1.1 ***Da infância e da juventude***

O homem deve ser compreendido não apenas na sua dimensão ontológica, mas também na sua dimensão relacional, i.e., como ser social que depende de todos os que o rodeiam. Tal como qualquer outro ser vivo, o ser humano encontra-se em permanente mudança atravessando vários estados evolutivos desde o momento da sua conceção até ao dia da sua morte. O grau de dependência relativamente aos outros apresenta-se mais elevado na fase inicial da vida.

1.1.1 *A criança*

A perceção sobre a criança e a infância ao longo da História foi desde sempre influenciada por fatores de índole familiar, social, económica e política, inerentes às reformas sociais e culturais implementadas em cada época.

Apesar da fragilidade que a caracteriza, somente a partir do início do século XX a criança é objeto de "cuidados especiais" e de um tratamento diferenciado, como um sujeito de direitos e deveres. Esta mudança na conceção da criança decorre dos primeiros estudos sobre maus tratos realizados em França por Ambroise Tardie, em 1860, e nos Estados Unidos da América por Henry Kempe, em 1962, uma vez que até finais do século XIX não lhe era reconhecida, pela sociedade, uma individualidade dotada de direitos e necessidades particulares. (Ariès, 1981). Desta feita, mais precisamente, a partir dos anos setenta, a evolução social do conceito de maus tratos a crianças, em diferentes dimensões (físicos, psicológicos, negligentes ou dolosos), vai enformando a conceção de infância.

O desenvolvimento da história universal é pautado pela figura da criança desamparada e vítima de crueldades socialmente aceites, vendida como escrava, abandonada, explorada sexualmente e no trabalho, e, até mesmo, sujeita à mendicidade. (Rodrigues, 2020).

A propósito da criança e do jovem na sociedade tradicional, Philippe Ariés refere que *"**essa sociedade via mal a criança, e pior ainda o adolescente**. A duração da infância era reduzida a seu período mais frágil, enquanto o filhote do homem ainda não conseguia bastar-se; a criança então, mal adquiria algum desembaraço físico, era logo misturada aos adultos, e partilhava de seus trabalhos e jogos. De criancinha pequena, ela se transformava imediatamente em homem jovem, sem passar pelas etapas da juventude, (…) e que se tornaram aspectos essenciais das sociedades evoluídas de hoje."*(Ariès, P. (1975). Flaksman, D. (1981)) (negrito nosso).

Na Roma Antiga, a figura do *pater familias* tinha um papel central na estrutura familiar e social com autoridade quase absoluta sobre os membros de sua família, incluindo os filhos. Nesse contexto, a criança era considerada propriedade dos pais. O Direito Romano, não atribuía à criança personalidade jurídica separada da do chefe de família. Assim, atos violentos cometidos contra crianças eram tolerados socialmente e não eram passíveis de punição.

Na Idade Média, a infância durava apenas sete anos durante os quais a criança beneficiava de cuidados especiais. Decorrido este tempo a criança era inserida no mundo adulto para aprender uma profissão (Shorter. E., 1995). Segundo Philippe Ariès, a criança era um pequeno adulto (Ariès, P., 1981).

No século XV, período do Renascimento, a infância é valorizada considerando que à criança lhe é reconhecida personalidade diferente da do adulto. Esta conceção foi-se consolidando durante os séculos XVI e XVII com a crescente relevância atribuída à figura da criança, objeto de afetos e de alguma preocupação (Shorter, E.,1995). A infância começa a ser encarada como uma fase diferenciada do desenvolvimento do ser humano, e, por isso, passível de estudo autónomo.

No período do Iluminismo, durante os séculos XVII e XVIII, a ideia da "criança inocente" surge como representação socio cultural da infância. Como defendido por Jean-Jacques Rousseau (Rousseau, 2023) a criança, distinta do adulto, é intrinsecamente boa, nasce pura, suscetível de ser corrompida pela sociedade.

A partir de finais do século XVIII, a família tradicional, caracterizada como uma unidade produtiva e reprodutora, destinada a transmitir património e posição social, reorganiza-se como uma unidade emocional, reforçando laços familiares e centrando-se em si própria, pilares que originam a família nuclear moderna. O bem-estar da criança constitui o centro da preocupação familiar (Shorter, E., 1995), legitimando os pais a educarem os seus filhos como entendessem, designadamente recorrendo a castigos violentos.

No início do século XIX, a família começa a focalizar a sua atenção na proteção da criança e, simultaneamente, são instituídas organizações educativas e sociais de assistência, com o propósito de propiciar melhores condições de vida às crianças. As primeiras leis de proteção à infância começam a surgir.

Na sequência do exposto, a criança como um ser único, sujeito de direitos é resultado da evolução do conceito de infância.

1.1.2 *A adolescência*

Os conceitos de criança, infância, adolescência e juventude divergem consoante o contexto social, económico, cultural e histórico a que respeitam.

Desta feita, a conceção da transição da infância para a idade adulta como uma fase delimitada do ciclo de vida, à qual subjazem características psicológicas, sociais e culturais diferenciadas, um estádio da vida com sentido em si mesmo, não consubstanciando apenas uma preparação para a vida adulta (Schoen-Ferreira, et al., 2010) corresponde ao conceito moderno de adolescência desenvolvido a partir do século XX na sociedade contemporânea ocidental.

Não obstante aquelas noções terem sido impulsionadas por influência de Jean-Jacques Rousseau, no século XVIII, e pelo impacto, no século XIX, da Revolução Industrial, as sociedades estavam organizadas em função de critérios sociais e económicos delimitadores daqueles conceitos, caracterizando-se a transição para a adultez pela atribuição de responsabilidades próprias dos adultos, como o exercício de uma profissão.

A adolescência é definida, em função do critério cronológico, pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como o período biológico, psicológico e social compreendido entre os 10 e 19 anos (*adolescents*) e pela Organização das Nações Unidas (ONU) entre os 15 e os 24 anos (youth), sendo um período de transição entre a infância e a idade adulta, caracterizado pelo desenvolvimento físico, mental e emocional, e pelos esforços no sentido de serem alcançados diferentes objetivos em consonância com a cultura em que se está inserido (Eisenstein, 2005). Os determinantes biológicos da adolescência podem considerar-se universais; porém, a duração e as características que definem este período podem variar ao longo do tempo e consoante a cultura e a situação socioeconómica.[2]

1.1.3 *O jovem e a autonomia*

"A transição de um estado de dependência e vulnerabilidade para um outro de auto-governo, é um padrão comum a todas as culturas, mas as características e vicissitudes da transição estão na dependência de um grande número de factores de ordem individual, familiar e social." (Fleming, 1988).

O termo "*autonomia*" deriva etimologicamente da palavra grega "*autos*" («próprio») e "*nomos*" («regra», «autoridade» ou «lei») e expressa o estado do indivíduo de ser autor da sua própria vida. Esta palavra começou por ser aplicada aos povos e estados e estendeu-se aos indivíduos (Ramos, 2008).

O conceito de autonomia é indissociável da noção de juventude porquanto esta é definida por vários autores como um período de transição para a vida adulta, no qual ocorre a formação da identidade (Erikson,1968. Durkheim, 1902), a preparação para a autonomia nas suas diversas vertentes (social, pessoal, emocional económica, profissional) e a construção das relações pessoais.

A autonomia é um conceito de natureza multidimensional *(*Douvan & Adelson,1966. Fleming,1988) que se manifesta nas vertentes de caráter emocional, através da capacidade de expressar e entender emoções de forma independente, por abandono dos laços infantis aos pais; comportamental, expressa pela capacidade de agir e tomar decisões independentes; e de valores, referindo-se à capacidade de formar uma opinião própria, tendo em mente valores pessoais, éticos e morais.

O jovem adolescente tenta encontrar a sua identidade, definindo objetivos e batalhando pela sua independência social e pela concretização do desejo de autonomização multidimensional *(*Fleming, 1988).

[2] Rede Interinstitucional para a Educação em Situações de emergência. Informação disponível em https://inee.org/pt/eie-glossary/adolescencia

II. Enquadramento jurídico do Sistema de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens

1. Breve resenha histórica

1.1 *Contexto internacional*

No final do século XIX, em França, surge na Constituição de 1791 a referência à criação de estabelecimentos de assistência a crianças abandonadas. Em 1831, é regulamentado o trabalho das crianças. Em 1884, no Reino Unido, é fundada a Sociedade de Prevenção em relação à violência nas crianças. Outras organizações são criadas nos EUA, em 1889, e na Austrália, em 1894 (Ramos, 2008). Em 1899, surge o primeiro Tribunal Tutelar de Menores, em Chicago. As leis de proteção de menores começam a propagar-se ao longo do século XX.

Em 1919, é criado o Comité de Proteção da Infância pela Sociedade das Nações e, em 1921, a Associação Internacional para a Proteção da Infância. A Declaração dos Direitos da Criança é elaborada em 1923, em Genebra. Em 1924, a Assembleia da Sociedade das Nações, reunida em Genebra, aprova a Carta das Crianças da Sociedade das Nações, sendo a primeira vez que uma Organização de Estados adota um texto internacional sobre direitos da criança. Em 1946, surge a Criação do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). Em 1959, a ONU aprovou a Declaração dos Direitos da Criança na qual se contemplam os princípios para proteção e desenvolvimento da criança como sujeito de direitos. Em 1989 foi aprovada a Convenção dos Direitos da Criança (CDC) (Ramos, 2008), instrumento jurídico mais completo em matéria de direitos da criança.

1.2 *Contexto nacional*

Em Portugal, a problemática das crianças abandonadas começou a ser objeto de atenção por parte do Poder, no século XVI, pela Rainha D. Leonor, que cria as Misericórdias, instituições de caridade e assistência social aos necessitados. No século XVIII, durante o reinado de D. José, foi criada a Roda, onde eram colocadas as crianças abandonadas por pessoas desconhecidas. No século XIX, é reconhecido à criança o direito à educação, até então descurado, como forma de diminuir a criminalidade. A partir do início do século XX, o Estado Português, consciente de que a opressão exercida sobre menores não defendia a sociedade, iniciou uma prática cujo objetivo consistia na reintegração de crianças vítimas ou delinquentes – não fazendo, ainda, a distinção entre as duas categorias – de modo a viabilizar a sua regeneração e a sua proteção.

Em 27 de maio de 1911, surge a Lei de Proteção à Infância (Lei das Tutorias da Infância), que deu início à organização de um sistema judicial de proteção às crianças e jovens, instituindo as Tutorias da Infância, os primeiros Tribunais de Menores antecessores dos atuais Tribunais de Família e Menores.

Em 1991, são criadas as Comissões de Proteção de Menores, dependentes do Ministério da Justiça, com sede nas autarquias locais, cuja atuação era de cariz administrativo. Em 2001, ao abrigo da LPCJP, estas Comissões são reestruturadas, passando a ser designadas como Comissões de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ).

2. O Sistema de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens

O Sistema de Proteção de Crianças e Jovens tem como objetivo a promoção e proteção de crianças e jovens em perigo e cujo superior inte-

resse cumpre acautelar. Os pilares enquadradores deste sistema são as Convenções e Pactos Internacionais, as declarações de princípios internacionais, a Constituição da República Portuguesa (CRP) e a legislação ordinária, com destaque para a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

2.1 *Convenções e Pactos Internacionais*

As disposições decorrentes da Convenção dos Direitos das Crianças (1989)[3] têm carater vinculativo (n.º 2 do artigo 8.º da CRP) e aplicam-se diretamente no ordenamento jurídico dos estados signatários que devem acautelar o seu cumprimento. Estas normas destacam-se das normas de outros instrumentos jurídicos internacionais por plasmarem, entre outros, direitos fundamentais atribuídos à criança para sua proteção, os princípios do interesse superior da criança e o direito à sua autonomia de acordo com a respetiva idade e maturidade. Ressalta-se a necessidade de orientação dos pais ou representantes legais no exercício dos direitos da criança, harmonizando a proteção e o respeito pela autonomia.

Portugal ratificou este tratado em 21 de setembro de 1990, decorrendo para o Estado Português, organizações e pessoas que atuam nestas áreas obrigações que exigem políticas integradas para a infância e família.[4]

2.2 *Declarações de Princípios Internacionais*

As declarações de princípios internacionais emitidas pela ONU e pelo Conselho da Europa, não obstante o caráter não vinculativo das mesmas, dado que não impõem obrigações legais aos seus destinatários, incutem linhas de conduta e influenciam a legislação e inerente intervenção (cfr. n.º 2 do artigo 16.º da CRP). Releva a Declaração Universal dos Direitos do Homem, com especial enfoque para os seus artigos 3.º – "*Todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*" – e 5.º – "*Ninguém pode ser submetido a tortura nem a penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*" –, objeto de publicação em Portugal no Diário da República, I Série A, n.º 57/78, de 9 de março de 1978. Nos termos da Resolução do Conselho de Ministros n.º 21/2019, de 29 de janeiro, determina-se a adoção da expressão universalista «Direitos Humanos» por parte do Governo e de todos os serviços, organismos e entidades sujeitos aos seus poderes de direção, superintendência ou tutela. (Leão, A. et al., (2019).

O artigo 5.º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos emitida pela Unesco, em outubro de 2005, declara, sob a epígrafe "*Autonomia e responsabilidade individual*", que "*A autonomia das pessoas no que respeita à tomada de decisões, desde que assumam a respectiva responsabilidade e respeitem a autonomia dos outros, deve ser respeitada. No caso das pessoas incapazes de exercer a sua autonomia, devem ser tomadas medidas especiais para proteger os seus direitos e interesses*"[5].

2.3 *Constituição da República Portuguesa (Decreto-Lei de 10 de abril de 1974, redação conferida pela Lei n.º 1/2005, de 12/08)*[6]

A Constituição Portuguesa, pilar do ordenamento jurídico nacional, encontra-se alicerçada

[3] Disponível em https://www.unicef.pt/media/2766/unicef_convenc-a-o_dos_direitos_da_crianca.pdf

[4] Informação Disponível https://www.seg-social.pt/documents/10152/13326/acolhimento_residencial_criancas_jovens/40a9198f-3ce5-44b3-b98a-b1ccdd8bf1c8/40a9198f-3ce5-44b3-b98a-b1ccdd8bf1c8

[5] Informação disponível em https://www.ufp.pt/app/uploads/2019/06/declara%C3%A7%C3%A3o-universal-sobre-bio%-C3%A9tica-e-direitos-humanos.pdf

[6] Informação disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis

sobre o valor da dignidade humana, pressuposto do reconhecimento jurídico do ser humano (Ramos, 2008). À criança, como sujeito autónomo de direitos, em conformidade com o teor do seu artigo 18.º, são diretamente aplicáveis os Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais contemplados no Capítulo I, Títulos I e II, da Parte I, *in casu*, nos artigos 13.º (Princípio da igualdade), 24.º (Direito à vida), 25.º (Direito à integridade pessoal), 26.º (Outros direitos pessoais), 36.º (Família, casamento e filiação); 43.º (Liberdade de aprender e ensinar). No que aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais concerne, mormente os estabelecidos no Capítulo II do Título III, dá-se enfoque ao teor dos artigos 67.º (Família), 68.º (Paternidade e maternidade), 69.º (Infância) e 70.º (Juventude), cuja aplicabilidade carece de efetivação da legislação ordinária.

2.4 *Legislação Ordinária*

2.4.1 *Código Penal (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, redação conferida pela Lei n.º 54/2023, de 04/09)*[7]

O Código Penal vigente protege penalmente as crianças e jovens através da criminalização da conduta do agressor (Ramos, 2008). Evidenciam-se no Livro II – Parte especial – Título I (Dos crimes contra as pessoas) – Capítulo I (Dos crimes contra a vida), os crimes previstos nos artigos 131.º (Homicídio), 132.º (Homicídio Qualificado), 136.º (Infanticídio) e 138.º (Exposição ou abandono). No capítulo III (Dos crimes contra a integridade física) destacam-se os crimes previstos nos artigos 143.º (Ofensa à integridade física simples), 144.º (Ofensa à integridade física grave), 144.º-A (Mutilação genital feminina), 145.º (Ofensa à integridade física qualificada), 152.º (Violência doméstica) e 152.º-A (Maus tratos). Ao teor desta norma deve ser dado particular enfoque considerando que a mesmo contempla maus-tratos físicos ou psíquicos infligidos a menores ao cuidado de quem detém "*a responsabilidade da sua direção ou educação*", i.e., representantes legais, responsáveis por estabelecimentos no âmbito da resposta social de acolhimento residencial, entidades patronais. O início do procedimento criminal não carece de queixa do ofendido atenta a natureza pública do crime em apreço.

No capítulo V (Dos Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual) ressaltam os previstos nos artigos 163.º (Coação sexual), 164.º (Violação), 165.º (Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência), 166.º (Abuso sexual de pessoa internada), 167.º (Fraude sexual), 169.º (Lenocínio), 170.º (Importunação sexual), 171.º (Abuso sexual de crianças), 172.º (Abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável), 173.º (Atos sexuais com adolescentes), 174.º (Recurso à prostituição de menores), 175.º (Lenocínio de menores), 176.º (Pornografia de menores), 176.º-A (Aliciamento de menores para fins sexuais), 177.º (Agravação) e 178.º (Queixa).

2.4.2 *Código Civil (Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, redação conferida pela Lei n.º 54/2023, de 04/09)*[8]

O Código Civil Português define no seu artigo 122.º (Menores) o conceito de menor "*É menor quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade*" em consonância com a Convenção sobre os Direitos da Criança que dispõe que "*criança é*

[7] Informação disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis

[8] Informação disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_assunto_diploma.php?buscajur=crian%E7a&artigo_id=&pagina=1&ficha=1&nid=775&tabela=leis

todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo". A menoridade termina, conforme o teor do artigo 129.º (Termo da incapacidade dos menores), ao atingir os 18 anos, idade em que o jovem *adquire plena capacidade de exercício de direitos e fica habilitado a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens",* ao abrigo do disposto no artigo 130.º (Efeitos da maioridade), pelo que a incapacidade jurídica dos menores é suscetível de ser suprida pelas responsabilidades parentais ou subsidiariamente a tutela legal, ao abrigo da conjugação do disposto no artigo 124.º (Suprimento da incapacidade) com o previsto no artigo 1878.º (Conteúdo das responsabilidades parentais). Destaca-se no n.º 2 desta norma que os pais, "(…) ***de acordo com a maturidade*** *dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e* ***reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.*** "(negrito nosso).

Evidenciam-se os artigos previstos na Secção III (Meios de suprir o poder paternal), destacando-se os artigos 1921.º (Menores sujeitos a tutela), 1923.º (Carácter oficioso da tutela e da administração), 1925.º (Atribuições do tribunal de menores), 1927.º (Pessoas a quem compete a tutela). Da Subsecção II (Tutela), assume especial relevância, entre os artigos integrados na Divisão VI (Tutela de menores confiados a estabelecimento de educação ou assistência), o artigo 1962.º (Exercício da tutela), ao dispor no n.º 1 "*quando não exista pessoa em condições de exercer a tutela, o menor é confiado à assistência pública, nos termos da respectiva legislação, exercendo as funções de tutor o director do estabelecimento público ou particular onde tenha sido internado*"

A breve referência aos dispositivos legais supramencionados permite aferir que a criança ou o jovem têm personalidade jurídica porquanto são sujeitos de direito, i.e., suscetibilidade de titularidade de direitos e obrigações, mas não podem exercer esses direitos pessoal e livremente (capacidade jurídica de exercício) como os adultos. "*Esta fase em que a criança e o jovem se encontram na condição de deficiência transitória, em relação ao desempenho da sua liberdade, não pode ser confundida com outra limitação inerente ao direito à sua autonomia. Assim, durante esta fase de desenvolvimento, os pais, ou qualquer outro representante, terão que assumir esse papel, que é o de exercer a autonomia dos filhos."*(Ramos, 2008, p.23).

2.4.3 *Lei de Proteção Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, na redação conferido por Lei n.º 23/2023, de 25 de maio)*[9]

Aprovada pela lei n.º 147/99 de 1 de setembro, a LPCJP foi objeto de alterações, implementadas pelas Leis n.º 31/2003, de 22 de agosto, n.º 142/ 2015, de 8 de setembro, n.º 23/ 2017, de 23 de maio, n.º 26/ 2018, de 5 de julho e n.º 23/2023, de 25 de maio, esta última em vigor com o Orçamento do Estado (OE) subsequente à sua publicação, i.e., com o OE do ano de 2024.

Em 1 de janeiro de 2001, entrou em vigor em Portugal um novo sistema de promoção e proteção de crianças e jovens, o qual consubstancia uma rutura face ao anterior modelo de intervenção unitária, patente na Organização Tutelar de Menores (OTM) de 1978.

A aprovação, pela Assembleia da República, em 1999, de duas leis sobre a infância e juventude, a Lei de Proteção de Crianças Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99 de 1 de setembro) e a Lei Tutelar Educativa (Lei n.º 166/99 de 14 de setembro), dita um enquadramento legal adequado e respostas a situações geradoras de problemáticas distintas. A ambos os diplomas subjaz um novo paradigma

[9] Informação disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis

relativamente à natureza diferenciada da intervenção tutelar, i.e., a proteção das crianças em perigo atribuída aos sistemas de segurança social, distinta da responsabilização centrada na "educação para o direito" (Leote de Carvalho, M.J., 2013, p.9), direcionada para as situações decorrentes de factos tipificados como crime, ao abrigo da lei penal, perpetrados por menores entre os 12 e os 16 anos, da responsabilidade do Ministério da Justiça (Instituto de Reinserção Social).

Cumpre ressaltar a substituição do termo "menor" pelo conceito de criança e jovem, designação consonante com o teor do art.º 1.º, da CDC. O conceito é definido no artigo 5.º da LPCJP "(…) *a) Criança ou jovem – a pessoa com menos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes de atingir os 18 anos, e ainda a pessoa até aos 25 anos sempre que existam, e apenas enquanto durem, processos educativos ou de formação profissional;"*

2.4.3.a *Das situações de perigo*

A LPCJP delimita o conceito de perigo, restringindo-o face à ideia de "risco" presente no anterior modelo preconizado pela OTM, tipificando as situações em que se identificam ameaças a direitos (cívicos, sociais, económicos e culturais) individuais da criança ou do jovem, que legitimam a intervenção do sistema de proteção de crianças e jovens em perigo, i.e., do Estado e da Sociedade, na sua vida, autonomia e família, "*em substituição ou complemento da atitude parental face a situações em que a criança seja confrontada com obstáculos possíveis de colocar em risco o seu desenvolvimento*" (Ramos, 2008, p.45).

Desta feita, o objeto da LPCJP (artigo 1.º) consiste na *"promoção dos direitos e a proteção das crianças e dos jovens em perigo, por forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral,"* constatando-se que *"nem todas as situações de perigo decorrem de uma situação anterior de risco; não existe um determinismo social e há casos de perigo identificados no sistema de promoção e proteção português que não estão ligados a fatores prévios de risco. Esta diferenciação é fundamental pois dela decorre o estabelecimento dos vários níveis de responsabilidade e de legitimidade na intervenção no âmbito deste sistema."* (Leote de Carvalho, 2013, p.10).

Os pressupostos de legitimidade de intervenção encontram-se fixados no n.º 1 do artigo 3.º, justificando a intervenção da Sociedade quando a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento da criança estão em perigo por ação ou omissão dos pais, representantes legais, de quem tem a guarda de facto, de terceiros ou da própria criança.

O n.º 2 tipifica, a título exemplificativo, situações de perigo a que a criança ou jovem podem estar expostos e que, categoricamente, configuram situações de abandono, maus tratos (físicos, psicológicos e abuso sexual), negligência, exploração do trabalho infantil, mendicidade, abandono escolar, comportamentos prejudiciais ao seu desenvolvimento, tais como:"

a) Está abandonada ou vive entregue a si própria;
b) Sofre maus-tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais;
c) Não recebe os cuidados ou a afeição adequada à sua idade e situação pessoal;
d) Está aos cuidados de terceiros, durante período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais;
e) É obrigada a atividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade,

dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento;

f) Está sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional;

g) Assume comportamentos ou se entrega a atividades ou consumos que afetem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de forma adequada a remover essa situação;"

2.4.3.b *Dos princípios orientadores*

A intervenção tutelar para a promoção dos direitos e proteção da criança e jovem deve ser orientada pelos princípios constantes do artigo 4.º da LPCJP:

a) Interesse superior da criança – a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, constituindo este princípio o pilar da intervenção e "da adoção das medidas, sendo os restantes princípios concretizados em sua função" (Leote de Carvalho, 2013, p.14);

b) Privacidade – a promoção dos direitos da criança e do jovem deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

c) Intervenção precoce – a intervenção deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;

d) Intervenção mínima – a intervenção deve ser desenvolvida exclusivamente pelas entidades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do jovem em perigo;

e) Proporcionalidade e atualidade – a intervenção deve ser a necessária e ajustada à situação de perigo em que nesse momento se encontra e só pode interferir na sua vida e na vida da sua família na medida em que for estritamente necessário a essa finalidade;

f) Responsabilidade parental – a intervenção deve ser efetuada de modo a que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o jovem;

g) Primado da continuidade das relações psicológicas profundas – intervenção deve respeitar o direito da criança à preservação das relações afetivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento, devendo prevalecer as medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante;

h) Prevalência da família – na promoção dos direitos e na proteção da criança e do jovem deve ser dada prevalência às medidas que os integrem na sua família ou que promovam a adoção;

i) Obrigatoriedade da informação – a criança e o jovem, os pais, o representante legal ou a pessoa que tenha a guarda de facto têm direito a ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

j) Audição obrigatória e participação – a criança e o jovem, bem como os pais, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e proteção;

k) Subsidiariedade – a intervenção deve ser efetuada sucessivamente pelas entidades com competência em matéria de infância e

juventude, pelas CPCJ e, em última instância, pelos tribunais.[10]

2.4.3.c *Das entidades com legitimidade de intervenção*

a) As entidades com competência em matéria de infância e juventude (ECMIJ), constituem a rede informal comunitária (ISS, I.P., IPSS, Hospitais, entidades policiais, autarquias, escolas) que, atendendo ao fator de proximidade, intervém numa primeira fase do processo (cfr. n.º 1 do art.º 7.º da LPCJP), de forma consensual, com os responsáveis da criança ou jovem *(*cfr. n.º 3 e alínea a) do n.º 4, todos do artigo 7.º da LPCJP) e com a criança e/jovem com idade igual ou superior a 12 anos (art.º 10.º, n.º 1 da LPCJP). Caso não consigam acautelar a proteção da criança ou do jovem devem comunicar a situação às comissões de proteção (cfr. art.º 65.º da LPCJP);
b) As CPCJ integram a rede formal de intervenção, num segundo nível de atuação (artigo 8.º) que "tem lugar quando não seja possível às entidades com competência em matéria de infância e juventude atuar de forma adequada e suficiente a remover o perigo em que se encontram."[11] São entidades não judiciárias, que são orientadas pelo Ministério público e procuram dar resposta aos municípios onde têm sede. As CPCJ são acompanhadas, apoiadas e avaliadas pela Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens (CNPDPCJ), que contribui para a planificação da intervenção do Estado e para a coordenação, acompanhamento e avaliação da ação dos organismos públicos e da comunidade na promoção dos direitos e proteção das crianças e jovens. As CPCJ têm como objetivo a contratualização de acordos de promoção e proteção que integram as medidas aplicadas, através de planos que visam remover o perigo identificado. (cfr. art.º 36.º da LPCJP);
c) O Ministério Público e os Tribunais constituem as instâncias formais que intervém num terceiro nível de atuação, após se terem esgotado todos os recursos no âmbito das entidades de primeira e segunda linha de intervenção (cfr. art.º 73.º da LPCJP).

2.4.3.d *Das Medidas de Promoção e Proteção*

Em conformidade com o disposto no artigo 35.º da LPCJP, as medidas de promoção dos direitos e proteção das crianças em perigo, da competência exclusiva das CPCJ e dos tribunais, têm como objetivo, plasmado no artigo 34.º da LPCJP, afastar o perigo em que estas se encontram, proporcionar-lhes as condições que permitam proteger e promover a sua segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral e garantir a sua recuperação física e psicológica caso se trate de crianças vítimas de qualquer forma de exploração ou abuso.

Nos termos do n. º 1 do art.º 35.º da LPCJP, as medidas de promoção e proteção são:

a) apoio junto dos pais;
b) apoio junto de outro familiar;
c) confiança a pessoa idónea;
d) apoio para a autonomia de vida;
e) acolhimento familiar;
f) acolhimento residencial;
g) confiança a pessoa selecionada para a adoção, a família de acolhimento ou a instituição com vista a futura adoção;

[10] Informação disponível em https://www.cnpdpcj.gov.pt/o-que-sao

[11] Informação disponível https://www.cnpdpcj.gov.pt/o-que-sao

2.4.3.e *Da aplicação e execução das medidas de promoção e proteção*

As medidas de promoção e proteção são aplicadas, exclusivamente, pelas CPCJ e pelos Tribunais (cfr. art.º 38.º da LPCJP), no âmbito de processo judicial de jurisdição voluntária (cfr. art.º 100.º da LPCJP), "constituído pelas fases de instrução, decisão negociada, debate judicial, decisão e execução da medida" (cfr. art.º 106.º da LPCJP).

As medidas aplicadas por decisão negociada, i.e., "desde que resultem de negociação"[12], alcançada pelas CPCJ ou pelos Tribunais, integram um processo de promoção e proteção (PPP) (cfr. art.ºs 36.º, 55.º, 56.º, 57.º e 113.º, todos da LPCJP), organizado individualmente para cada criança ou jovem (cfr. art.º 78.º da LPCJP), sendo da competência exclusiva dos Tribunais a medida prevista na alínea g) do n.º 1 do art.º 35.º da LPCJP.

As medidas definidas podem ser executadas em meio natural de vida (apoio junto dos pais, apoio junto de outro familiar, confiança a pessoa idónea, apoio para a autonomia de vida e confiança a pessoa selecionada para a adoção) ou em regime de colocação (acolhimento familiar, acolhimento residencial, confiança a família de acolhimento ou a instituição com vista a futura adoção), conforme dispõe o n.º 3 do art.º 35.º da LPCJP.

A responsabilidade pelo acompanhamento da execução das medidas aplicadas no âmbito do PPP é de um técnico gestor do caso, nas situações da competência da CPCJ, ou das equipas multidisciplinares de Assessoria aos Tribunais (EMAT), da competência do ISSIP, ou das equipas multidisciplinares de assessoria ao Tribunal de Família e Menores de Lisboa (EATTL), da competência da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (SCML), nos casos de jurisdição direta dos tribunais. O n.º 4 do artigo 35.º da LPCJP remete para legislação própria o regime de execução das medidas, assumindo neste breve estudo particular relevância o Decreto-Lei n.º 164/2019, de 25 de setembro, no que à medida de acolhimento residencial em AA concerne.

III. O acolhimento residencial em apartamentos de autonomização

1. Acolhimento residencial

1.1 ***Breve enquadramento legal***

1.1.1 *Da LPCJP*

A entrada em vigor da Lei n.º 142/2015, de 08 de setembro, representa a evolução e a integração de um modelo de acolhimento institucional, de caráter generalista, para um paradigma mais especializado e individualizado, de natureza familiar, no qual as especificidades de cada criança e jovem encontram resposta: a alteração da terminologia "acolhimento institucional" para "acolhimento residencial" e "instituição de acolhimento" para "casa de acolhimento", a possibilidade de revisão das medidas, cuja duração pode manter-se até ao 25 anos de idade (cfr. nº 3 do art.º 63.º), espelham, a título exemplificativo, a natureza protetiva das medidas.

Perante uma situação de perigo, ao qual subjaz a necessidade de afastamento, temporário ou definitivo, da criança ou jovem do seu meio familiar, a LPCJP prevê, como última das respostas definidas legalmente, a intervenção sob a forma de acolhimento, familiar ou residencial, (cfr. alíneas e) e f) do art.º 35.º), suscetível de execução através de respostas sociais distintas, consoante a respetiva natureza e duração, i.e., acolhimento de emergência, com duração até 48 horas a executar em unidades de emergência, acolhimento temporário,

[12] Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Guimarães em 16.11.2010, disponível em https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/8E00757CB5B5060B802577F200582F35;

com duração até seis meses, a executar em centros de Acolhimento Temporário (CAT) ou em família de Acolhimento e o acolhimento prolongado e definitivo esgotados os meios de intervenção junto da família, a executar em Casas de Acolhimento, anteriormente designadas por Lares de Infância e Juventude.

O acolhimento residencial consubstancia uma medida de promoção e proteção das crianças e jovens em perigo, de duração superior a seis meses, prevista na alínea f) do n.º 1 do artigo 35.º, nos artigos 49.º a 51.º e 55.º a 58.º, todos da LPCJP, que determina a sua colocação ao cuidado de uma entidade que disponha de equipamentos e recursos humanos adequados à satisfação das suas necessidades (n.º 1 do art.º 49.º da LPCJP) "promovendo a sua educação, bem-estar e desenvolvimento integral." (n.º 2 do art.º 49.º da LPCJP).

1.1.2 Do Regime de execução da medida de acolhimento residencial (Decreto-Lei n.º 164/2019, de 25 de outubro)[13]

À aplicação da medida do acolhimento residencial, de natureza temporária, subjaz a previsibilidade do regresso da criança ou jovem à família, a confiança para adoção ou apadrinhamento civil, ou a preparação para autonomia de vida considerando a respetiva idade e grau de maturidade (cfr. n.ºs 2 e 3 do art.º 2.º), preconizando-se objetivos de natureza social, educativa e familiar (cfr. art.º 3.º), norteados pelos princípios da individualização (cfr. art. 10.º), da adequação às necessidades da criança ou jovem, da normalização do seu quotidiano, que se pretende provido de relações afetivas familiares, da participação audição, da privacidade, da intervenção diligente, da preservação dos vínculos parentais (cfr. alíneas k) e m)) do n.º 1 do artigo 21.º), da corresponsabilização da família de origem e colaboração interinstitucional (Barbosa, D. et al., 2020).

1.1.3 Regime de organização, funcionamento e instalação das casas de acolhimento para crianças e jovens (Portaria n.º 450/2023, de 22 de dezembro)[14]

A publicação da Portaria em referência decorre do novo programa de Bases para a Qualificação do Sistema de Acolhimento de Crianças e Jovens, lançado em junho de 2023, em consonância com os objetivos preconizados pelo Governo, a alcançar até 2030, designadamente a qualificação e individualização do sistema de acolhimento residencial. Este diploma, em conformidade com o disposto no n.º 3 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 164/2019, de 25 de outubro, regulamenta o regime de organização e funcionamento das CA, requalificando-as na sequência de novas regras que estabelecem uma intervenção mais especializada, resultante de respostas particulares adaptadas às necessidades de cada criança e jovem.

Assim, de entre as novas medidas aprovadas ressalta-se o enfoque conferido à definição e execução dos projetos de vida das crianças e jovens (cfr. n.º 1 do artigo 11.º), plasmado no acompanhamento mais personalizado de cada plano individual através do **interlocutor de referência** (cfr. n.º 2 do artigo 13.º e alínea h) do artigo 25.º), elemento destacado da equipa técnica ou educativa, "em função das relações de vinculação estabelecidas."

A determinação de **limites máximos** quanto ao número de crianças e jovens a acolher afigura-

[13] Informação disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3213A0031&nid=3213&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=S&nversao=

[14] Informação disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis

-se assaz relevante no âmbito da **regulação das unidades residenciais das CA**: as unidades de apoio e promoção de autonomia, designadamente, os apartamentos de autonomização, devem acolher, no máximo, **sete** jovens "com 15 ou mais anos de idade, com projeto de promoção e proteção de autonomização para preparação para a vida ativa "(cfr. art.º 9.º e n.º 1 do art.º 10.º), "sendo o referencial preferencial de **três jovens**" (cfr. n.º 2 do art.º 10.º). As unidades que respondem a problemas específicos (deficiências, doença complexa e incapacidade, comportamentos disruptivos e crianças e jovens estrangeiros não acompanhados) devem acolher até **dez crianças e jovens** com medida de promoção e proteção de acolhimento residencial, ascendendo a **quinze** o número de crianças nas restantes unidades. Os jovens acolhidos que frequentam o ensino superior com aproveitamento académico beneficiam de uma bolsa mensal destinada ao pagamento de despesas relacionadas com propinas, material escolar, alojamento, e transporte e alimentação (cfr, n.º 1 do art.º 38.º). A qualificação dos trabalhadores das CA é assegurada pela definição de formação inicial e contínua (cfr. n.º 1 do art.º 17.º) e pela determinação de número mínimo de elementos integrados nas equipas técnicas, educativas e de apoio (cfr. art.º 12.º). A participação no processo das crianças e jovens junto do Governo é garantida através da criação de uma assembleia constituída por uma criança ou jovem de cada CA e de um Conselho Consultivo, integrado por trinta crianças e jovens (cfr. n.º 1 do art.º 30.º).

O princípio da não separação de fratrias e de "jovens com relações psicológicas profundas, ainda que não sejam irmãos" é consagrado neste diploma (n.º 3 do art.º 4.º).

As CA serão sujeitas a acompanhamento, avaliação e fiscalização pelo Instituto da Segurança Social, I.P. (cfr, n.º 1 do art.º 34.º) e "devem garantir supervisão externa" com o objetivo de promover a qualidade do acolhimento (cfr, n.º 1 do art.º 35.º). A qualificação de equipamentos será apoiada pela criação de uma linha de financiamento (cfr, n.º 9 do art.º 39.º).

2. O acolhimento residencial em Apartamentos de Autonomização

2.1 Enquadramento legal

2.1.1 *Da LPCJP*

No âmbito da aplicação da medida de promoção e proteção em regime de colocação, o acolhimento residencial, ou apoio para a autonomia de vida, é possível à criança ou jovem, com idade superior a 15 anos, o acolhimento em resposta social "*Casa de acolhimento com unidade de apoio e Promoção de Autonomia dos Jovens*" desenvolvida em equipamentos integrados na comunidade local (apartamentos de autonomização (AA)) com o propósito de a preparar para a vida ativa em período de transição para a adultez (cfr. alínea c) do n.º 2 do art.º 50.º).

As competências específicas de caráter pessoal, a demonstração de responsabilidade e as potencialidades da criança ou do jovem consubstanciam pressupostos para a efetivação desta medida cuja execução deve acautelar a sua individualidade e privacidade num percurso gradual no que à aquisição da autonomia de vida concerne (Direção Geral da Segurança Social (2022). Nomenclaturas-Respostas sociais (p.20)). Assim, a integração em AA pressupõe a autonomização como pilar da definição de um projeto de vida, através da prossecução de objetivos genéricos preconizados:

a) Reforçar as competências específicas dos jovens em determinadas áreas (bem-estar e desenvolvimento integral), relações familiares e pessoas de referência em termos afetivos;

b) Estabelecer, através da participação ativa, relações com o próximo e com a comunidade, minimizando riscos de exclusão social;
c) Promover competências em áreas distintas (rotinas, educação, formação, trabalho, cultura, lazer), através da dinamização de uma rede social de suporte ao jovem com a colaboração de diversos serviços e entidades.

2.1.2 *Do Regime de execução da medida de acolhimento residencial em AA (Decreto-Lei n.º 164/2019, de 25 de outubro)*

O regime de execução da medida de acolhimento residencial em AA resulta do disposto no n.º 2 e da alínea c) do n.º 3, ambos do art.º 11.º e do previsto no n.º 2 do artigo 12.º, todos deste diploma legal, em conjugação com o disposto na alínea d) do n.º 1 do art.º 35.º e no art.º 45.º, ambos da LPCJP. Algumas disposições genéricas assumem particular relevância para melhor compreensão desta resposta social pelo que destacamos o art.º 6.º (Instituições de Acolhimento), o art.º 8.º (Gestão de Vagas), o art.º 9.º (PPP) e o art.º 10.º (Plano de intervenção individual).

O n.º 1 do artigo 6.º prevê o acolhimento residencial em CA, i.e., equipamentos de apoio social que podem integrar unidades residenciais ou unidades residenciais especializadas, como as Unidades de Apoio e Promoção da Autonomia dos Jovens, atendendo às especificidades do público a acolher. Destacamos o Decreto-Lei n.º 64/2007, de 14 de março, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 33/2014, de 4 de março, que define as respostas sociais como as atividades e serviços do âmbito da segurança social, relativos a crianças, jovens, pessoas idosas ou pessoas com deficiência, bem como os destinados à prevenção e reparação das situações de carência, disfunção e marginalização social. Em suma, são equipamentos que concorrem para a promoção e para o desenvolvimento da proteção social, direcionados sobretudo para os grupos mais vulneráveis.[15] A criação de uma CA pressupõe, de acordo com o n.º 2, a celebração de um acordo de cooperação entre a entidade gestora (de natureza cooperativa, social ou privada) e o Estado, representado pelo ISSIP, sendo que a SCML e a CPL podem ser proprietárias de CA, o que se verifica, *in casu,* quanto ao AA, decorrente de informação extraída da Carta Social.[16]

O disposto no n.º 3 do artigo 6.º (regime de organização e funcionamento das CA), em conjugação com o previsto no n.º 5 do artigo 11.º (A caracterização, os objetivos específicos, os modelos de intervenção e os cuidados a prestar pelas unidades), assume especial relevância considerando que a regulamentação destes aspetos fundamentais foi diferida para Portaria, conforme disposto no artigo 34 .º, sob a epígrafe Regulamentação, -"*No prazo de 90 dias a contar da data de publicação do presente decreto-lei, os termos e as condições de instalação, organização e funcionamento das casas de acolhimento são aprovados por portaria* (…)"–, cuja publicação ocorreu em 22 de dezembro de 2023. Este vazio legal repercutiu-

[15] Informação disponível em https://www.cartasocial.pt/documents/10182/764563/Respostas+Sociais+-+Nomenclaturas+e+Conceitos-BKR70J8q.pdf/afaeaf60-9a45-4112-895a-afb88c4d2839

[16] Informação disponível em https://www.cartasocial.pt/inicio
O processo de atualização da informação que integra a Carta Social consta do Despacho do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social (MTSSS), estando atribuídas competências ao Gabinete de Estratégia e Planeamento (GEP) do MTSSS e ao Instituto da Segurança Social (ISS, IP). O processo de atualização conta, também, com a colaboração da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (SCML), da Casa Pia de Lisboa (CPL, IP) e das entidades que desenvolvem respostas sociais no âmbito da Rede de Serviços e Equipamentos. Atendendo ao volume de serviços e equipamentos sociais existentes e ao facto da Carta Social não se constituir como registo cadastral dos mesmos, a metodologia de atualização adotada poderá conduzir a eventuais discrepâncias entre os dados disponibilizados e o universo existente, pelo que, tal constrangimento deverá ser tido em conta na consulta e análise da informação.

-se, por um longo período, diretamente na ausência de conceito de unidade residencial passível de integrar as CA, na indefinição do número de unidades residenciais em cada uma das CA (cfr. n.º 2 do art.º 11.º), e na omissão quanto à organização e constituição dos espaços (tipologia dos equipamentos, número de divisões), primacial para o desenvolvimento das competências de cada jovem acolhido. O n.º 1 do artigo 12.º define o número máximo de 15 (quinze) jovens por unidade residencial, refletindo o caráter especializado destas unidades. O n.º 2 prevê um número máximo de 7 (sete) jovens para as unidades especializadas de apoio e promoção à autonomia dos jovens, como os AA, o que claramente reflete o objetivo último de aquisição gradual de competências para a autonomia de vida, também presente na redação dos números 1 e 3 do artigo 8.º ao atribuir às equipas dos Centros Distritais do ISSIP a competência para gerir as vagas nas CA em consonância com o perfil de cada criança ou jovem. A elaboração do PPP (autonomia de vida para os jovens em AA) e a constituição do respetivo Plano de Intervenção Individual competem à equipa técnica da CA, em articulação com o gestor do processo e com a participação do jovem (cfr. n.º 2 do art.º 9.º e artigo 10.º).

2.2 Viver em Apartamentos de Autonomização

A sistematização de alguns aspetos relacionados com as CA, decorrente de análise documental referente a entidades com unidades de autonomização[17] registadas na Carta Social, afigura-se relevante para melhor entendimento desta medida:

a) Os apartamentos de autonomização consubstanciam equipamentos, institucionalmente descaracterizados, inseridos na comunidade em contexto de proximidade com uma realidade semelhante àquela com que o jovem se deparará aquando da cessação da medida de promoção e proteção;
b) Natureza jurídica das entidades proprietárias dos AA: Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, Casa Pia de Lisboa, Associação de Solidariedade Social, Fundação de Solidariedade Social, Associação Mutualista, Associação de Solidariedade Social;
c) Enquadramento da medida: inexistência de rede familiar, conflito familiar, ausência de suporte social;
d) Os critérios de admissão de jovens são da competência das Direções das CA e processa-se de acordo com as orientações das Equipas de Gestão de Vagas dos Centros Distritais de Segurança Social, CPCJ e Tribunais de Família e Menores;
e) Modelo de intervenção: resposta social que garante alojamento, alimentação, saúde e educação propiciando ao jovem ambiente estável e seguro, promovendo a construção de rotinas, aquisição de competências e aprendizagens para autonomia de vida e de participação ativa de jovens, que o habilitem a viver por si, minimizando riscos de exclusão social, (Pereira, 2013) com o acompanhamento de uma equipa técnica multidisciplinar que supervisiona o percurso de cada jovem;
f) Destinatários: jovens com idade igual ou superior a 15 (quinze) anos, sem retaguar-

[17] Aldeias de Crianças SOS; Cruz Vermelha Portuguesa; Adolescere – Associação de Apoio à Criança e ao Adolescente; Associação Amigos criança e família "Chão dos Meninos"; Fundação Casa de Trabalho Doutor Oliveira Salazar; Fundação O Século; Santa Casa da Misericórdia de Lisboa; Casa Pia de Lisboa; Casa São Francisco de Assis – Antiga casa do Gaiato de Lisboa; AIPAR – Associação de Proteção à Rapariga e à Família; Lar Maria Droste; Instituto Profissional do Terço; Oficina de S. José (OSJ).

da familiar, que tenham demonstrado maior empenho e motivação para a vida autónoma, com competências pessoais e sociais específicas, que lhes permitem viver num modelo menos apoiado e adquirir progressivamente a autonomia de vida, através de um projeto integrado de educação e formação tecnicamente orientado;

g) Gestão do quotidiano: divisão de tarefas domésticas entre os habitantes dos AA, gestão de dinheiro; pagamento de contas; abertura de conta bancária;

Afigura-se pertinente destacar o documento "Recomendações Nacionais: processo de autonomia em jovens acolhidos e ex-acolhidos" resultado do projeto Outogether – Promoting Children's Autonomy on Alternative Care, co-financiado pela União Europeia, coordenado pela APDES (Portugal) em parceria com a PAJE (Portugal), SIRIUS (Croácia) e SAPI (Bulgaria), do qual decorrem recomendações direcionadas a jovens acolhidos nas CA e a jovens que cessaram o acolhimento residencial no âmbito do processo de autonomia de vida. Identificadas "*limitações no que se refere à preparação do processo de autonomia dos jovens, na desinstitucionalização, no apoio institucional especializado após a saída do acolhimento, no estabelecimento de normas a nível nacional e na divulgação de boas práticas"* (Pimentel, F. et al., 2017, p.17) sugerem-se, de entre outras, as seguintes mudanças:

i. A composição das CA deve ser mista, evitando a transição de jovens;
ii. Variável de género na composição das equipas/ técnica, educativa e de apoio;
iii. Elaboração de um código de ética nas CA;
iv. Garantia de que o art.º 58.º LPCJP (direitos da criança e do jovem em acolhimento) consta no regulamento interno das CA;
v. Supervisão externa à Segurança Social das CA;
vi. Garantia de que as crianças/jovens acolhidos têm acesso a espaços de diálogo nas CA;
vii. Acolhidos na vida social visando o sentido de responsabilidade coletiva;
viii. Garantia de que todos os jovens têm acesso a um programa de preparação para autonomia de vida nos campos da gestão funcional, gestão de tempo, gestão pessoal e gestão interpessoal;

Cumpre ressaltar que a publicação da Portaria n.º 450/2023, de 22 de dezembro, consagra medidas no âmbito da implementação das mudanças elencadas, nomeadamente as referidas nos pontos i, iv, v, vi, vii e viii.

IV. O estado de arte

1. CASA 2022 - Relatório de Caracterização Anual da Situação de Acolhimento das Crianças e Jovens

O relatório CASA 2022, apresentado anualmente pelo Governo à Assembleia da República, apresenta o panorama da situação das crianças e jovens em acolhimento na sequência de trabalho articulado entre a Casa Pia de Lisboa, I. P. (CPL), o ISSIP, o Instituto da Segurança Social da Madeira, RAM (ISSM), o Instituto da Segurança Social dos Açores, IPR (ISSA) e a SCML pelo que constitui a fonte dos dados que consubstanciam o estado de arte em análise neste capítulo.

2. Caracterização das respostas sociais de acolhimento

A 01 de novembro de 2022 a rede social de respostas sociais de acolhimento, localizadas no continente e nas regiões autónomas, integra as res-

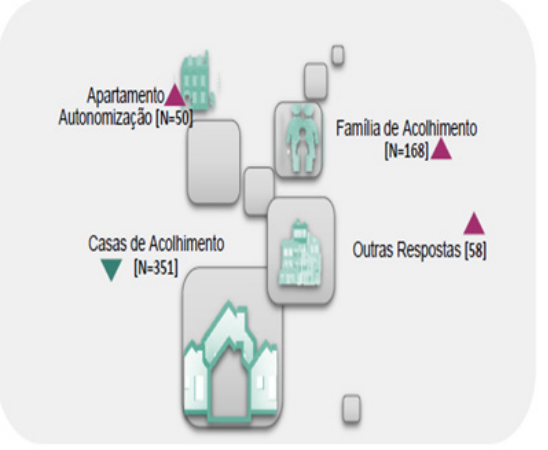
postas desenvolvidas, diretamente ou por acordo de cooperação, pelo ISS, I.P., pelo ISSM, pelo ISSA, pela SCML e pela CPL, bem como as respostas direcionadas a problemáticas específicas (Educação e Saúde).

Figura n.º 1 · Rede de Respostas Sociais

Famílias de Acolhimento	
Casas de Acolhimento (Contabilizadas nesta categoria as respostas):	Lar de Infância e Juventude, Centro de Acolhimento Temporário, Acolhimento de Emergência, Lar de Infância e Juventude Especializado e Apartamento de Autonomização.
Outras respostas da rede (Contabilizadas nesta categoria as respostas):	Centro de Apoio à Vida, Casa Abrigo, Lar de Apoio, Lar Residencial, Colégio de Educação Especial, Unidade e Equipa Prestadora de Cuidados Continuados Integrados de Saúde Mental, Hospitais, Comunidade de Inserção e Comunidade Terapêutica.

Fonte: CASA 2022

Figura n.º 2 · Rede de 627 respostas de acolhimento a 01.11.2022



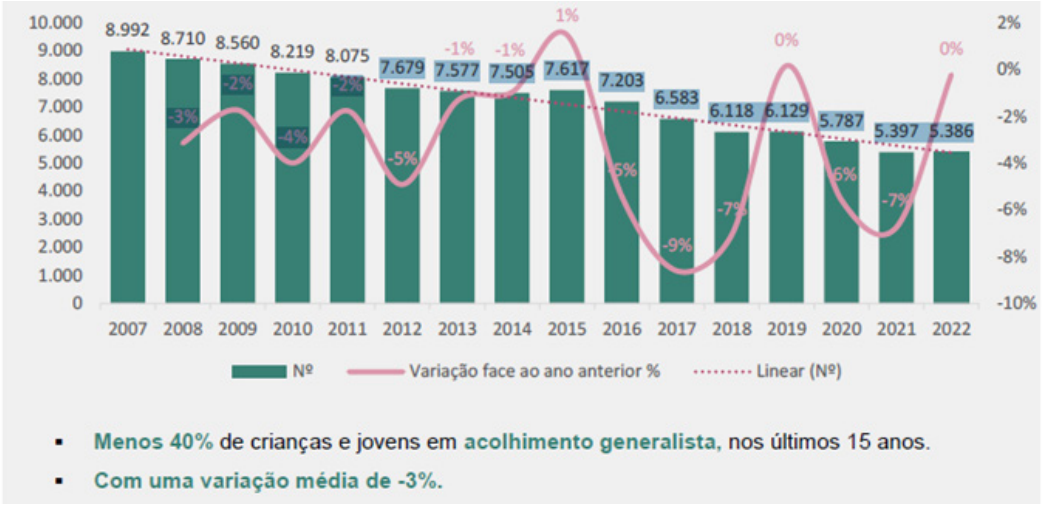
Fonte: CASA 2022

2.1 Do Acolhimento Residencial

Em consonância com os dados publicados pelo Relatório CASA 2022 (ISSIP, junho, 2023), referentes a 1 de novembro de 2022, vivem em acolhimento, em Portugal, **6.347** crianças e jovens entre os 0 e os 24 anos (inclusive), das quais, mais de metade "*se encontra na fase da adolescência ou início da idade adulta*." e **84%** estão em acolhimento residencial.

Destas, **5.386** crianças e jovens estão em acolhimento residencial de cariz **generalista**, o que representa um decréscimo de 40% considerando o período de 2007 a 2022 (Figura 3)

Figura n.º 3 · Evolução da situação das crianças e jovens em acolhimento generalista a 1 de novembr



Fonte: CASA 2022

Das **medidas aplicadas**, pela CPCJ ou Tribunal, a crianças e jovens no âmbito de PPP, **89,9%** respeita à colocação em Acolhimento Residencial, medida que se afigura como a prevalente entre as demais (cfr. Figura n.º 4).

Figura n.º 4 · Distribuição das crianças e jovens por tipologia de resposta social de acolhimento (análise comparativa 2021- 2022)

Tipologia de resposta	Nº absolutos		Variação (%)	Nº relativos		
	2021	2022		2021	2022	
Lar de Infância e Juventude	3.719	3.651	-1,8%	58,4%	57,5%	↓
Centro de Acolhimento Temporário	1.636	1.693	3,5%	25,7%	26,7%	↑
Famílias de Acolhimento	224	227	1,3%	3,5%	3,6%	↑
Apartamento de Autonomização	143	164	14,7%	2,2%	2,6%	↑
Lar Residencial	118	123	4,2%	1,9%	1,9%	↑
Lar de Infância e Juventude Especializado	161	122	-24,2%	2,5%	1,9%	↓
Comunidade Terapêutica	102	111	8,8%	1,6%	1,7%	↑
Lar de Apoio	60	60	0,0%	0,9%	0,9%	→
Centro de Apoio à Vida	69	58	-15,9%	1,1%	0,9%	↓
Colégio de Ensino Especial	58	56	-3,4%	0,9%	0,9%	↓
Acolhimento de Emergência	42	42	0,0%	0,7%	0,7%	→
Comunidade de Inserção	23	19	-17,4%	0,4%	0,3%	↓
Casa Abrigo	9	15	66,7%	0,1%	0,2%	↑
Unidade Hospitalar / CCISM	5	6	20,0%	0,1%	0,1%	↑
Total	6.369	6.347	-0,3%			

Fonte: Relatório CASA 2022

Da análise comparativa entre os dados de 2021 e 2022 ressalta a **"***tendência crescente do acolhimento familiar (3,6%) e dos apartamentos de autonomização (2,6%)***"** (CASA, 2022)**.** Dos jovens com idade igual ou superior a 15 anos cerca de 5% vive em AA.

No âmbito do projeto de promoção e proteção, das 93,7% de crianças e jovens acolhidos com projeto de vida determinado 40% tem delineada a (re)integração familiar, 34% a autonomização, 9% a adoção e 9% o acolhimento permanente, verificando-se que o projeto predominante para crianças entre os 0 e os 11 anos é a "*(Re)integração na família nuclear e/ou alargada, seguido da adoção; Para os jovens entre os 12 e os 17 anos o projeto predominante continua a ser a (Re)integração na família nuclear e/ou alargada, seguido da autonomização. Para os* ***jovens com 18 ou mais anos o projeto predominante é a autonomização*** *seguido do acolhimento permanente*. "(CASA, 2022).

2.1.1 *Dos Apartamentos de Autonomização*

O número de crianças e jovens que vive em apartamentos de autonomização ascende a **164,** verificando-se, no ano em referência, 35 entradas e 62 saídas no que a esta resposta social concerne. Dos jovens com idade igual ou superior a 15 anos cerca de 5% vive em AA (cfr. Figura n.º 5).

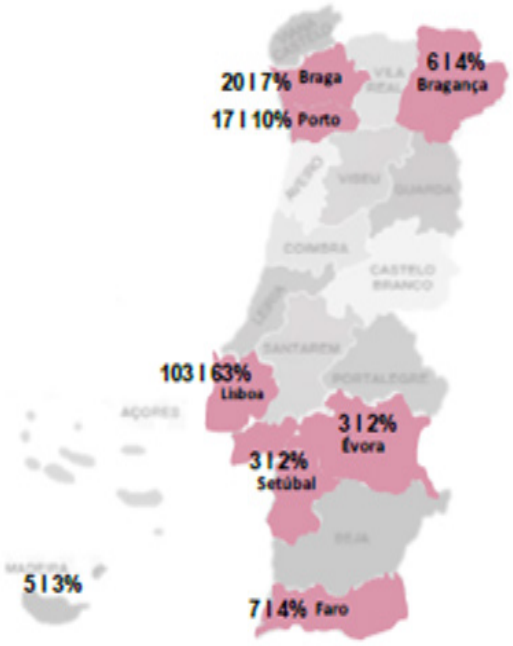
Figura n.º 5 · Distribuição de jovens com idade igual ou superior a 15 anos por local de acolhimento

Fonte: Relatório CASA 2022

Desde 2011 verifica-se, no âmbito desta resposta social, um aumento (300%) de jovens a que corresponde uma variação média de 15%.

Os AA situam-se em Portugal Continental, nos distritos de Bragança, Braga, (distrito com o maior incremento no número de jovens acolhidos), Porto, Lisboa (distrito com o maior número de unidades), Évora, Setúbal, Faro, e na região autónoma da Madeira (cfr. Figura n.º 6). Dos jovens que residem nestas unidades 77% tem idade superior a 18 anos e 63% são do sexo masculino.

Figura 6 · Caracterização dos apartamentos de autonomização por território nacional e jovens



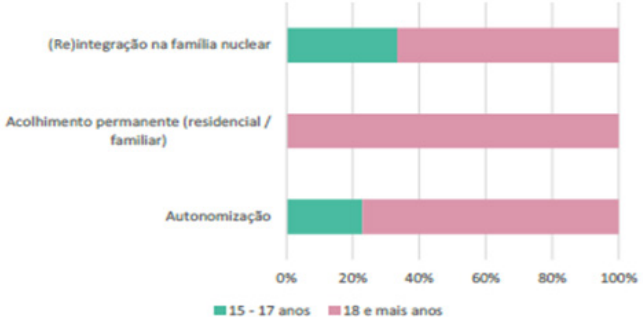
Fonte: Relatório CASA 2022

Em conformidade com o Relatório Casa 2022 foram identificadas situações referentes a acompanhamento psicológico regular, abrangendo 29 (17,7%) jovens, situações de medicação (pedopsiquiátrica/psiquiátrica), abrangendo 18 (11,0%) jovens. Igualmente foram identificadas 18 (11,0%) situações referentes a jovens com acompanhamento pedopsiquiátrico regular. Resulta deste relatório que 38 jovens apresentam determinadas características particulares (problemas de comportamento, deficiência mental, doença física, perturbação mental e perturbação mental clinicamente diagnosticadas).

No que à situação escolar concerne 95% dos jovens estão integrados em respostas educativas e formativas, sendo que 1 em cada 17 jovens com idade igual ou superior a 18 anos terminou o seu percurso escolar e exerce uma profissão ou procura trabalho, e metade dos jovens desta faixa etária frequenta o ensino secundário.

De acordo com o relatório em apreço, todos (100%) os jovens têm PPP definido consubstanciando a autonomização um peso de 95% atendendo a que 96% se encontra em processo de autonomização (cfr. Figura n.º 7).

Figura n.º 7 · Definição de Projeto de promoção e Proteção



Fonte: CASA 2022

Do CASA 2022 resulta que o tempo médio de acolhimento dos jovens nesta resposta social é de 2,4 anos sendo que mais de metade se encontra integrado no sistema de acolhimento há mais de quatro anos, tendo experienciado distintas respostas.

Relativamente aos 62 jovens que saíram dos AA, 39 (63%) são rapazes, 39 (63%) foram viver para casas/quartos arrendados, e 16 (26%) regressaram à família (nuclear ou alargada) ou a pessoa idónea.

Dos dados analisados, conclui-se que no período decorrido entre 2017 a 2022 ocorreu um aumento (variação média de 1,5%) de jovens acolhidos em AA, o que manifesta a orientação no sentido de especialização, considerando que estes apartamentos são pequenas unidades residenciais destinadas aos jovens com idade igual ou superior a 15 anos com projeto de vida de autonomização (CASA 2022), espaços onde desenvolvem competências necessárias para uma vida adulta autónoma, praticando no quotidiano as aprendizagens adquiridas em anteriores experiências de acolhimento.

3. Breve análise reflexiva

Aqui chegados, cumpre realizar uma breve análise reflexiva sobre alguns pontos que se afiguram relevantes no âmbito do tema em apreço.

Os AA propiciam aos jovens acolhidos um espaço seguro e acolhedor no processo de transição para a vida adulta e independente. Todavia, alguns jovens, demonstram arrependimento após terem saído do sistema de acolhimento e solicitam o reingresso através da reversão da decisão. Este regresso é possível porquanto o jovem "tem o direito de solicitar de forma fundamentada a sua reversão, com a continuação da intervenção até aos 21 anos, desde que iniciada antes de atingir os 18 anos, e até aos 25 anos sempre que existam, e apenas enquanto durem, processos educativos ou de formação profissional." (cfr. n. º 1 do art.º 63.º- A da LPCJP).

Alguns fatores subjazem ao aumento gradual deste fenómeno relevando como principal motivo o impacto das dificuldades próprias da vida real, em completa autonomia, discrepante da expetativa do jovem, imbuída de um certo idealismo, e o "confronto" com o abandono, por vezes precoce, de um ambiente estruturado e protetor do AA.

As dificuldades financeiras associadas a um contexto de crise económica, mormente o elevado custo de vida, o desemprego, os salários baixos, os preços no mercado da habitação, os desafios associados ao início do percurso profissional e a inexperiência na gestão e planeamento das finanças pessoais e da organização doméstica constituem para os jovens desafios que se revelam complexos. Ademais, as dificuldades de adaptação a uma nova realidade repleta de responsabilidades, muitas vezes desprovida de suporte social, *in casu*, família, amigos ou figuras de referência, constitui para alguns jovens um desafio para o qual ainda não estão preparados.

Deste modo, constata-se que a autonomização, processo difícil para a maioria dos jovens, apresenta-se mais difícil para os jovens com percursos de institucionalização na medida em que o suporte familiar é mais frágil e os apoios do Estado são claramente insuficientes (Alves, 2022).

Ademais, "parece conseguir-se fazer aqui uma relação entre os jovens que entram mais cedo e que aos 18 anos pretendem continuar no local que os viu crescer e os jovens que entram mais tarde e fazem dos 18 anos o limite para permanecerem na instituição, saindo logo após o momento em que completam a maioridade" (Pereira, 2016, p.59). O desconhecimento e a precipitação que por vezes pauta a decisão de saída do sistema de acolhimento impele estes jovens para uma vida no mundo de adultos sem o apoio da instituição que os acolheu.

De acordo com a Plataforma de Apoio a Jovens (Ex)acolhidos (PAJE), registam-se em Portugal situações de jovens que, depois de atingirem a maioridade, não obstante a ausência um projeto de vida ou de uma rede de apoio, deixam o sistema de acolhimento. "A rua, o desespero, a ideação suicida, a prisão, o álcool, a prostituição a aceitação de maus tratos ou mesmo violência eram as consequências mais prováveis." (P.A.J.E., s.d.)

A preparação atempada da autonomia, a avaliação da aquisição das inerentes competências e a consolidação de uma estrutura de apoio aquando da saída do jovem do sistema de acolhimento afiguram-se essenciais a uma plena transição para a vida adulta.

Acresce ao sobredito que os jovens acolhidos em AA integram a faixa etária compreendida entre os 15 e os 21 anos, podendo este intervalo estender-se até aos 25 anos no caso de jovens em "processos educativos ou de formação profissional" (cfr. art.º 9.º e n.º 1 do 10.º da Portaria n.º 450/2023 de 22 de dezembro). Considerando que o objetivo subjacente a esta medida de acolhimento consiste na "preparação dos jovens para a vida ativa, de forma autónoma "(cfr. alínea c) do n. º 3 do art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 164/2019, de 25 de outubro), através da "aquisição ou a melhoria de competências para a gestão da própria vida" (Barbosa-D., et al., 2020) cumpre refletir se as idades legalmente estabelecidas para o acolhimento em AA se afiguram alinhadas com os objetivos preconizados e se as mesmas devem configurar referenciais na saída do sistema de acolhimento. Não obstante o prolongamento da medida de acolhimento consubstanciar um fator de planeamento e organização dos jovens aquando da saída dos AA, é de salientar que o desenvolvimento do processo de autonomia de cada jovem é único e o percurso de cada um é

distinto dos demais (Alves, 2022). A aquisição de competências e de maturidade depende do tempo de aprendizagem que difere de jovem para jovem pelo que "*a idade limite da permanência nos acolhimentos residenciais pode prejudicar o desenvolvimento do projeto de autonomia dos jovens*" (Alves, 2022, p. 56). Considerando as características especificas e o ritmo distinto do desenvolvimento individual a idade legalmente estabelecida para a saída do sistema de acolhimento e consequente assunção de responsabilidades inerentes a vida independente pode, em muitas situações, revelar-se discrepante face às competências e ao grau de maturidade individual do jovem. Assim, é de salientar que "*a idade não deve ser o único fator a considerar na transição para a autonomia e é necessário ter em conta outros fatores, como a maturidade, as competências, as circunstâncias e os interesses*" (Cantwell, N. et al., 2017, p. 30).

Atenta a especificidade dos jovens que acolhe os AA são unidades residenciais de natureza especializada no apoio e promoção de autonomia de jovens (cfr. alínea c) do n.º 3 do art.º 5.º da Portaria n.º 450/2023, de 22 de dezembro, doravante Portaria), com idade igual ou superior a 15 anos, num limite máximo de sete, com projeto de promoção e proteção de autonomização para preparação para a vida ativa, de forma autónoma com acordo de promoção e proteção ou através de decisão judicial que determine ser esta a resposta mais adequada à situação específica do jovem (cfr. art.º 9.º da Portaria). Esta medida "destina-se aos jovens que revelem a maturidade e as competências necessárias para uma vida independente e autónoma, desde que apoiada no quadro das suas necessidades específicas" (cfr. n.ºs 1 e 3 do art.º 10.º da Portaria). O acompanhamento destes jovens afigura-se assim um constante desafio porquanto a aquisição ou a melhoria de competências e aprendizagens necessárias à aquisição de autonomia plena visando a inserção social na comunidade, pressupõe um percurso que se constrói sobre relações de confiança, entre os técnicos e os jovens, para as quais o tempo constitui um fator crucial. Os jovens que beneficiam deste tipo de resposta social devem possuir um grau de responsabilidade, de autonomia e de maturidade ao nível do relacionamento interpessoal, i.e., um conjunto de aptidões pessoais e sociais que lhes permita viver em consonância com as regras instituídas nos AA, na medida em que o modelo de intervenção nestes apartamentos é menos sustentado.

Considerando as diferentes necessidades e características dos jovens e o número de vagas disponíveis, o acolhimento em AA deverá ocorrer numa fase mais precoce do desenvolvimento da vida do jovem, não obstante o nível de inexperiência e imaturidade, uma vez que é maior o período de tempo para trabalhar e consolidar as competências pessoais e sociais no âmbito da autonomia e transição para a vida adulta.

Ademais, cumpre ressaltar que entre os profissionais e os jovens "(…) os processos de confiança demoram muito tempo" (Alves, 2022, p.69), o que, por vezes, não é compatível com o tempo de duração da medida de promoção e proteção.

V. CONCLUSÃO

1. A relevância da resposta social em AA

Atingida a fase final deste breve estudo afigura-se este o momento de reflexão sobre a análise teórico-jurídica da matéria referente à resposta social apartamentos de autonomização para o apoio e promoção de autonomia dos jovens no âmbito da medida de promoção e proteção acolhimento residencial, aferindo se os dados analisados

podem consubstanciar um ponto de partida para futuras estratégias de intervenção, dando primazia às questões de regulação jurídica sobre aspetos do acolhimento residencial, os quais diretamente respeitam à medida em apreço. Da análise ao panorama legislativo nacional sobre o acolhimento residencial, do estudo efetuado aos dados vertidos no CASA 2022 sobre o estado de arte nacional do acolhimento (familiar e residencial), priorizando neste último os dados sobre os AA, da realização de duas entrevistas e da pesquisa documental e bibliográfica resultou um conjunto de informação que permite identificar alguns pontos passíveis de mudança. Neste sentido procedeu-se à análise dos dados recolhidos, efetuou-se a respetiva interpretação e constatou-se a existência de uma realidade complexa, que contempla aspetos positivos e negativos. Relativamente às lacunas identificadas devem as mesmas ser encaradas como oportunidades de melhoria e como estímulo a debates de natureza diversa (jurídica, social, psicológica, médica).

A consciência de que a realização deste estudo sucinto, efetuado numa perspetiva teórica, condicionou a abordagem ao tema proposto, porquanto apenas alguns aspetos considerados relevantes foram focados, permite constatar que a resposta social AA merece ser objeto de um estudo mais aprofundado, porventura numa vertente mais pragmática, proporcionado uma melhor compreensão dos fatores condicionantes e dos instrumentos utilizados para o reforço das competências necessárias à autonomização dos jovens.

A implementação desta medida, cuja aplicação se reconhece fundamental para dotar os jovens de aptidões necessárias para enfrentarem a vida ativa, revela-se manifestamente reduzida face ao número de jovens em acolhimento residencial de caráter generalista. Não obstante a residual aplicação desta medida, constata-se um aumento de jovens em AA pelo que este facto expressa o gradual caminhar no sentido de um novo sistema de promoção e proteção de crianças e jovens, instituído em 2001 com a entrada em vigor da LPCJP e da Lei Tutelar Educativa, o qual, progressivamente, vem concretizando a mudança de paradigma de um modelo institucional, despersonalizado, "cego" às particularidades da criança e do jovem acolhido, para um modelo especializado de cariz familiar, cujo pilar é a criança, sujeito autónomo de direitos, com necessidades específicas. Este estatuto jurídico da criança e do jovem decorre de uma evolução cultural do conceito de infância para a qual releva o contributo multidisciplinar das ciências sociais e humanas, (Pascual, 2000) tornando-se o seu superior interesse o pilar da atuação interventiva.

Alguns autores, como o historiador Philippe Ariès e o sociólogo Iván Rodriguez-Pascual, contribuíram para esta mudança de paradigma, assente na centralidade da infância, resultante de mudanças nos modelos de interpretação dos problemas sociais que afetam as crianças, na representação social da infância e na transição de um modelo assistencialista (Ariès,1981) para um modelo de participação social da criança (Pascual, 2007). A infância é "um campo de estudo multi e interdisciplinar" (Tomás, 2002, p. 131), com uma base pluriparadigmática, porque desde sempre se tem adotado enfoques parciais e muito específicos, o que tornou a infância um objeto de análise compartimentado (Tomás, 2002).

O período temporal decorrido entre a publicação do Decreto-Lei n.º 164/2019, de 25 de outubro e a publicação da Portaria n.º 450/2023, de 22 de dezembro, que regulamenta o acolhimento residencial, foi pautado por um vazio legislativo quanto à concretização de aspetos essenciais do acolhimento (conceito de unidade residencial, nú-

mero de unidades residenciais, modelo de gestão e funcionamento) na sequência da inexequibilidade da implementação do regime jurídico definido naquele Decreto-Lei por ausência daquela Portaria.

A recente publicação deste diploma veio, indubitavelmente, suprir, num plano teórico, inúmeras lacunas que se propunha colmatar no que ao regime de organização e funcionamento das CA concerne, salientando-se como positivo o enfoque nas necessidades de cada criança ou jovem acolhido, ínsito na personalização preconizada no âmbito da execução do projeto de promoção e proteção e do plano de intervenção individual de cada criança ou jovem, em consonância com o modelo de intervenção de referência focado "na definição e concretização, em tempo útil, do projeto de vida das crianças e jovens, atendendo à sua situação e especificidades à promoção dos seus direitos e à satisfação das suas necessidades individuais". A promoção de maior "participação, intervenção e decisão", das crianças e jovens "sobre todas as matérias que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade (…)" (cfr. alínea g) do n.º 1 do artigo 6.º) e a criação do Conselho nacional consultivo e assembleia de jovens acolhidos, cuja primeira sessão foi realizada em 28 de janeiro do corrente, a qual "vem, deste modo, garantir o direito à participação das crianças e jovens em acolhimento e desenvolver a sua capacidade de liderança e empreendedorismo."[18]

Todavia, no reduzido período temporal de vigência da Portaria, afigura-se precoce aferir se as medidas previstas colmataram, na prática, as lacunas identificadas considerando que a implementação de muitas das alterações preconizadas, designadamente, as atinentes à gestão de recursos humanos e à requalificação dos espaços nos edifica-

dos poderão constituir, na prática, constrangimentos financeiros para as instituições, muitas das quais necessitarão de despender montantes pecuniários, porventura avultados, pelo que carecerão de apoio financeiro.

Acresce, que a Portaria em referência representa um progresso na efetivação do princípio da igualdade de oportunidades relativamente aos jovens acolhidos que pretendem prosseguir estudos superiores. As medidas de apoio pretendem promover o sucesso académico visando a integração profissional e a autonomização. Cumpre ressaltar, quanto ao desafio que constitui a implementação do estabelecido na Portaria, o teor dos n.º s 1, 3 e 4 do artigo 39.º da Portaria em apreço, que dispõem: "1-Os centros de acolhimento temporário, lares de infância e juventude e apartamentos de autonomização que se encontrem em funcionamento devem adequar-se ao estabelecido na presente Portaria, no prazo máximo de 36 meses, a contar da data da sua entrada em vigor, ou da constituição das equipas previstas no n.º 5, caso o sejam em data posterior.(…) 3-Findo o prazo de 36 meses, o mesmo pode ser prorrogado pelo ISS, I. P., mediante pedido fundamentado de casa de acolhimento, até duas vezes, pelo prazo de 12 meses cada uma das prorrogações. 4-A prorrogação prevista no número anterior apenas é admitida em situações excecionais (…)".

Acresce ao supra exposto que, em conformidade com o CASA 2022, "O acolhimento em Portugal tem vindo a evoluir positivamente nos últimos 16 anos, mantendo-se a tendência de decréscimo do número de crianças e jovens no sistema, e têm vindo a aumentar, sobretudo a partir de 2019, as respostas de cuidados alternativos de caráter não residencial, como é o caso dos apartamentos de autonomização e das famílias de acolhimento."

[18] Informação disponível em https://www.seg-social.pt/tema-de-capa034

Por último, cumpre, como reflexão final, salientar a constatação positiva face ao decréscimo verificado de crianças e jovens no sistema. Todavia, dá-se nota da referência, no Relatório CASA 2022, à integração dos AA nos cuidados de caráter não residencial considerando que a LPCJP, na alínea c) do n.º 2 do artigo 50.º, tipifica esta medida como acolhimento residencial. À disparidade na tipificação dos AA subjaz o diferente enfoque atribuído a características de natureza distinta desta resposta social, i.e., no que concerne ao Relatório CASA 2022 é conferida relevância ao processo gradual de desenvolvimento das capacidades de autonomia e independência dos jovens em transição sustentada para a vida adulta, em espaços que se diferenciam das CA generalistas; no contexto da LPCJP releva o cariz protetor da medida atendendo a que a colocação em CA tradicionais decorre da necessidade de providenciar o afastamento da criança ou jovem em perigo da sua família. Afigura-se pertinente debater sobre a natureza dos AA, no âmbito das medidas de promoção e proteção, no sentido de avaliar as dificuldades e os benefícios associados a um possível enquadramento legal distinto do atual.

2. Perspetivas futuras de intervenção

Na sequência do percurso realizado e com referência à matéria analisada, identificam-se algumas situações suscetíveis de melhoria e que carecem de atuação dentro do quadro jurídico e normativo.

Assim, a publicação da Portaria estabelece o regime de organização, funcionamento e instalação das casas de acolhimento para crianças e jovens do acolhimento residencial e define os requisitos e modelos de intervenção e cuidados a prestar pelas unidades residenciais, garantindo maior qualidade no acompanhamento dos jovens acolhidos, pelo que a célere implementação deste diploma é fundamental na medida em que as intervenções têm como referência projetos de vida de crianças e jovens desprovidos de uma rede familiar e social cujo risco de exclusão social cumpre acautelar.

Afigura-se de suma importância promover a multidisciplinaridade dos recursos humanos nas CA, conforme preconizado no artigo 50.º da LPCJP, atendendo às especificidades e diferentes perfis dos jovens acolhidos, promovendo adultos de referência para os jovens acolhidos, vulneráveis pelos motivos que os conduziram ao acolhimento.

A promoção de acordos de cooperação entre o Estado e as instituições particulares de solidariedade social ou legalmente equiparadas, assume fulcral relevância ao nível do desenvolvimento de equipamentos sociais, *in casu*, para os Apartamentos de Autonomização.

A criação de matrizes ou modelos de atuação, ao nível da aplicação de instrumentos utilizados para a formação de competências para a autonomia no sentido de uniformizar atuações designadamente, para os AA, é fundamental.

Considerando a relevância desta resposta social, que proporciona aos jovens espaços seguros para o desenvolvimento de competências necessárias a uma vida autónoma e independente, é possível concluir que as medidas no âmbito da autonomização devem ser reforçadas através da disponibilização de um maior número de AA, de maior intervenção legislativa para qualificação do sistema de acolhimento, que acautele os direitos da criança e do jovem e da promoção dos meios necessários à efetivação de uma transição para a vida ativa dos jovens em plena autonomia.

Ora, não obstante a publicação da Portaria n.º 450/2023, de 22 de dezembro, consubstanciar uma etapa capital na requalificação e reestruturação do sistema de respostas de acolhimento resi-

dencial, constata-se que alguns aspetos carecem de concretização, designadamente, os temas objeto da formação inicial e contínua a ministrar aos profissionais das CA, a definição de indicadores de qualidade do acolhimento a monitorizar, "a fixar através de despacho do membro do Governo responsável pela área governativa do trabalho, solidariedade e segurança social, ouvidos os representantes do setor social.", (cfr. n.º 1 do artigo 18.º da Portaria), e a supervisão externa das CA.

A elaboração de programas e projetos de apoio à educação, emprego e formação profissional, o conhecimento das experiências vividas por jovens anteriormente acolhidos no sistema de acolhimento residencial e respetiva adaptação após a saída da CA, constituem instrumentos essenciais que podem integrar referenciais na criação de projetos de apoio após a saída das CA, obviando as situações de insucesso.

Decorrente do exposto, afigura-se crucial a elaboração de projetos de autonomia mais consistentes o que pressupõe um planeamento atempado das ações (tarefas domésticas, gestão do dinheiro, horários) a implementar com os jovens cujas capacidade pessoal e social cumpre treinar de modo a adquirirem ferramentas que lhes permitam ultrapassar adversidades que surjam aquando da transição para a vida ativa na comunidade em que se insiram. Assim, compete aos técnicos que integram as equipas das CA avaliar o grau de desenvolvimento das competências de autonomia dos jovens, considerando que estas constituem requisitos para a uma plena integração social. A necessidade de formação aos profissionais, "cujo perfil deve ser adequado às funções a desempenhar" (cfr. art. n.º 1 do art.º 16.º da Portaria), deve ser articulada com o apoio psicológico que propicie "uma adequada gestão emocional por parte dos elementos da equipa" (cfr. n.º 4 do art. 35.º da Portaria).

De acordo com o Guia Prático, Preparar para a Autonomia, elaborado, em 2017, em conjunto pela SOS Children's Villages International e o CELCIS – Centre for Excellence for Children's Care and Protection (2017): "A criação de um sistema de promoção e proteção à infância que inclua o acompanhamento na transição do acolhimento para a autonomia, que promova, respeite e defenda os seus direitos, requer o investimento contínuo em legislação, planeamento estratégico, estruturas e formação daquelas e daqueles que são responsáveis pela sua implementação: as/os profissionais e prestadoras/es de cuidados. Apoiar os direitos das crianças e jovens acolhidas em sistemas de promoção e proteção é uma prioridade para a ONU, a União Europeia (UE) e o Conselho da Europa (CE). Esta inclui um apelo aos países no sentido de desenvolverem uma força de trabalho intersectorial, capaz de implementar uma abordagem baseada nos direitos" (Cantwell N., et al., 2017, p.9).

O apuramento das medidas a implementar no âmbito da autonomização dos jovens em acolhimento residencial, mormente em AA, pressupõe uma reflexão sobre as políticas públicas em vigor aferindo se as mesmas efetivamente promovem a transição dos jovens em acolhimento, para uma vida ativa, em total autonomia.

A resposta social AA, inseridos na comunidade, e a respetiva difusão como medida prevalente de preparação para a autonomia, configura um valioso instrumento para os jovens em processo de transição para a vida adulta porquanto permite uma consolidação dos respetivos projetos de promoção e proteção de autonomização constituindo, indubitavelmente, uma etapa relevante e uma oportunidade de empoderamento dos jovens, no caminho para a aquisição da plena autonomia.

O PARADOXO DO FILHO PÓSTUMO: A FATTISPECIE DO N.º 3 DO ARTIGO 23.º DA LPMA

Tiago Vitória Carvalho

Jurista e Mediador Familiar. Pós-graduado em Direito das Crianças, Família e Sucessões pelo Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Resumo: *No presente estudo, propomo-nos indagar sobre o caso paradoxal em que a paternidade do filho póstumo é estabelecida a favor do novo marido ou companheiro da beneficiária supérstite e não em relação ao falecido que forneceu o material genético. É nosso vital desiderato deslindar, ao arrimo do direito ao conhecimento das origens genéticas, a possibilidade de reverter a circunstância em apreço quando o filho sente a necessidade de tomar as rédeas sobre a sua historicidade pessoal.*

Palavras-chave: *Direito ao conhecimento das origens genéticas; Direito da Filiação; Filho póstumo; Impugnação da Filiação; Investigação da Filiação, Procriação medicamente assistida post mortem.*

Abstract: *In this study, we propose to investigate the paradoxical case in which the paternity of the posthumous child is established in favor of the new husband or partner of the surviving beneficiary and not in relation to the deceased who provided the genetic material. It is our vital aim to uncover the possibility of reversing this circumstance when the child feels the need to take control of their personal history, based on the right to know their genetic origins.*

Keywords: *Right to knowledge of genetic origins; Right of filiation; Posthumous child; Impugnation of filiation; Investigation of filiation, Post-mortem medically assisted procreation.*

1. Considerações introdutórias

O advento da procriação medicamente assistida (daqui adiante PMA) *post mortem* é carimbado pela singular imunidade ao consenso da doutrina, em grande medida, patrocinada pelo abrasado sem número de problemas jurídicos que suscita. Quanto a nós, na impossibilidade de dedicarmos o nosso estudo a um leque alargado de reflexões, centraremos a nossa atenção no filho póstumo quando investido no seu direito ao conhecimento das origens genéticas.

Dispõe o proémio do n.º 1 do art. 23.º da Lei da Procriação Medicamente Assistida (doravante LPMA)[1] [2]: "Se, em virtude da inseminação realizada nos termos previstos nos artigos anteriores, resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido."[3]. Isto é, nos casos de PMA homóloga *post mortem,* o vínculo genético paterno corresponderá ao vínculo jurídico, mesmo nos casos em que se viole os ditames definidos na lei para a PMA *post mortem* (n.º 2 do art. 23.º).

Se por aqui ficássemos, não se vislumbraria o porquê de convocar à liça o direito ao conhecimen-

[1] A regulamentação legal da procriação medicamente assistida em Portugal encontra consagração na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com alterações introduzidas pelas Leis n.º 59/2007, de 4 de setembro; n.º 17/2016, de 20 de junho; n.º 25/2016, de 22 de agosto; n.º 58/2017, de 25 de julho; n.º 49/2018, de 14 de agosto; n.º 48/2019, de 8 de julho, n.º 72/2021, de 12 de novembro, e n.º 90/2021, de 16 de dezembro.

[2] Doravante todas as disposições legais, sem outra menção, reportar-se-ão à Lei da Procriação Medicamente Assistida.

[3] Não podemos deixar de sublinhar o facto de a LPMA, nas várias normas em que disciplina a procriação medicamente assistida *post mortem*, utilizar indiscriminadamente a expressão "inseminação" quando, na verdade, também regula a transferência de embriões e demais técnicas de PMA *post mortem* (arts. 26.º e 47.º da LPMA). Nessa senda, ao longo do presente estudo adotaremos a expressão "PMA *post mortem*" para nos referirmos a todas as técnicas.

to das origens. Todavia, na eventualidade de a beneficiária supérstite se submeter a um procedimento de PMA *post mortem*, após ter contraído novo casamento ou constituído união de facto com outro homem, haverá a possibilidade de este novo marido ou companheiro desvirtuar o projeto parental[4] do falecido e estabelecer algum vínculo paterno-filial com a criança que vier a nascer? A resposta encontra-se crismada no n.º 3 do art. 23.º – se, à data da técnica de PMA *post mortem*, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do art. 14.º, dê o seu consentimento a tal ato, aplicar-se-á o disposto no n.º 3 do art. 1839.º do Código Civil (daqui adiante CC)[5]. Neste caso, o vínculo genético paterno da criança não terá correspondência com o vínculo jurídico, tratando-se, assim, o falecido como um mero dador. O n.º 4 do art. 23.º assegura à criança, contudo, o "direito de conhecimento da identidade genética"[6] do falecido.

Destarte, o n.º 3 do art. 23.º catalisa e chancela a metamorfose do falecido de "pretenso pai" a dador. Pese embora o preceito passe despercebido para a grande maioria da doutrina, a doutrina que o mirou não se poupou em alvejá-lo com as suas críticas[7]. Naturalmente, não somos alheios a juízos de censura e assumimos a nossa manifesta perplexidade em compreender como é que um projeto parental, concebido e nutrido a dois em vida, possa ser *in toto* funcionalizado e executado em exclusivo pela mulher aquando da morte do membro masculino do casal. Esta cripto-prerrogativa da mulher, por si só, poder eclipsar a vontade do seu coautor no projeto parental, contamina-o desde a sua conceção e condena a vontade do falecido a uma enorme indeterminação relativamente ao seu acatamento.

Cremos que a norma visada terá como *ratio* blindar a criança póstuma de uma prematura "orfandade" delegando, para isso, na mãe a escolha do superior interesse daquela – fazendo um paralelo com a dialética *hegeliana*, poderemos dizer que caberá à mãe, depois de analisar a tese e a antítese, chegar à síntese, que se consubstanciará numa filiação biológica ou não. Naturalmente, é também deixado nas mãos da mãe a inclusão ou exclusão

[4] Cfr. n.º 1 do art. 22.º e art. 22.º – A da LPMA.

[5] "Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu.".

[6] Neste sentido, chancelamos a critica de Rafael Vale e Reis – "(…) não se afigura correcta a utilização da expressão "identidade genética", pois o que está em causa não é o conhecimento do *genoma*, mas sim das *origens genéticas* ou *biológicas*.", cfr. REIS, Rafael Vale e, *Procriação medicamente assistida – Gestação de substituição, anonimato do doador e outros problemas*, Coimbra, Gestlegal, 2022, 181.

[7] Jorge Duarte Pinheiro censura a disposição legal pelo facto de se ignorar a vontade do falecido em "homenagem a uma biparentalidade" que o legislador secundarizou ao instituir a PMA *post mortem*. Advoga ainda que "(…) prejudica o projeto parental do falecido, biologicamente ligada à criança, e até a eventual vontade de esta ser tida como filha da pessoa cuja intenção de ser pai veio a ser *post mortem* desqualificada.", cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, Coimbra, Gestlegal, 2023, 265.

Para Alberto José Abreu Figueiredo, "A permissão de "escolha" através de consentimento do companheiro atual da mulher aquando da inseminação de quem constará no registo da criança nascida na situação acima descrita como pai da mesma poderá levantar também questões ao nível de direitos sucessórios. Quem será a entidade responsável pela manutenção do superior interesse da criança? Além do direto à sua entidade genética também não deveriam ser assegurados os interesses patrimoniais da criança que vier a nascer nessa situação? Pode uma escolha da mulher (relação amorosa/novo casamento/união de facto) prevalecer sobre a vontade expressa pelo homem que vem a morrer, mas que lhe deixa entregue o desejo de lhe dar um filho, filho esse de quem expressou vontade de ser pai, deixando-lhe para tal a única coisa possível *post mortem*, a sua herança genética e a sua herança material?", cfr. FIGUEIREDO, Alberto José Abreu, "O valor de dar vida – Direito e Bioética" em *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, *Ano 8, n.º 2*, 1026.

Rafael Vale e Reis propugna que a solução legal é violadora dos direitos de personalidade do falecido, bem como, "(…) apresenta-se tributária de um desequilíbrio imenso, na medida em que o legislador não reconhece, *prima facie*, um *projecto parental* estabelecido entre a beneficiária e o marido ou companheiro falecido, para dele retirar o estabelecimento do vínculo de filiação, e, até antes disso, para permitir a técnica (por muito que esse *projecto parental* seja inequívoco, expresso e documentado), mas admite, com toda a facilidade, e com base num consentimento envolto nas maiores desconfianças, o estabelecimento de uma filiação totalmente contra-biologista.", cfr. Vale e Reis, (nota 7), 170 e 171.

da criança numa sucessão já aberta[8]. Todavia, tememos que esta *ratio* possa ser hipostasiada de tal modo que acabe por descaracterizar fatalmente o falecido e obnubilar a hipótese de a criança querer ver a sua filiação estabelecida num quadro biologista e de acordo com a vontade do falecido.

Vejamos uma hipótese académica ilustrativa da realidade sufragada pela norma em análise: **A** é casada com **B**. **B** é diagnosticado com uma enfermidade que importa uma futura esterilidade e encurta consideravelmente a sua longevidade. Nesse seguimento, o casal recorre aos mecanismos previstos na LPMA para concretizar um projeto parental claramente estabelecido e consentido; sendo devidamente prestado o consentimento a que aludem os arts. 14.º e 22.º – A. **B** falece antes de haver lugar à inseminação de **A**. Por sua vez, **A**, por longas e densas animosidades com a família de **B**, decide "aproveitar" o momento para afastá-la *ab initio* do parentesco do seu futuro filho; para isso, em conluio com o seu melhor amigo **C**, constituem uma união de facto (o n.º 5 do art. 22.º dá margem temporal suficiente para o efeito). **C**, à data da inseminação de **A** com sémen do falecido **B**, presta o seu consentimento para que lhe seja atribuída a paternidade da criança nos termos e para os efeitos dos arts. 14.º, 20.º e n.º 3 do art. 23.º; que por força do n.º 3 do art. 1839.º do CC será inimpugnável. Sete meses após o nascimento da criança, **A** e **C** dão por terminada a sua união de facto, permanecendo incólume a sua amizade afiançada pela assunção de uma monoparentalidade por parte de **A**.

Na hipótese descrita ou noutra congénere, perguntar-se-á: o conhecimento pelo filho dos factos que vedaram a sua inserção num quadro biológico da paternidade não o motivarão a ir ao encontro da "verdade"? Não quererá este filho estabelecer a sua paternidade em relação aquele que o desejou num projeto parental inequívoco, expresso e documentado? Não quererá construir a sua historicidade junto da família biológica que conspirou a favor do seu projeto parental? Em caso afirmativo, não duvidamos que tal será concretizado sob os bastiões do direito ao conhecimento das origens genéticas[9].

[8] O art. 2033.º do CC, na redação dada pela Lei nº 72/2021, de 12 de novembro, alarga a capacidade sucessória às pessoas concebidas (ou a conceber), nos termos da lei, no quadro de um procedimento de PMA *post mortem*. Evidentemente que o chamamento destas pessoas concebidas ou a conceber estará sujeito ao estabelecimento da filiação em relação ao falecido. Como nos ensina Cristina Dias, "(…) o legislador não quis referir-se, na nova redação dada ao artigo 2033º, nº 1, do Código Civil, apenas às pessoas já concebidas (nascituros) no momento da morte do autor da sucessão – o que nenhuma novidade a procriação medicamente assistida traria neste contexto, uma vez que a transferência *post mortem* de embrião já era admitida –, mas também aos nascituros ainda não concebidos e cujo nascimento resultará de uma inseminação com sémen da pessoa falecida (ocorrida depois da abertura da sucessão).", cfr. DIAS, Cristina, "Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida – algumas reflexões em torno dos novos artigos 22º e ss. da lei da procriação medicamente assistida (na redação dada pela lei nº 72/2021, de 12 de novembro)", em *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie Volume I*, Braga, UMinho Editora, 2022, 325.

[9] Atendendo aos limites de espaço impostos ao presente texto, não iremos escalpelizar uma matéria já sobejamente estudada, assim, veja-se na doutrina de forma exaustiva: REIS, Rafael Luís Vale e, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

Para um epítome das manifestações do direito ao conhecimento das origens nos diferentes institutos *vide* MELO, Helena Gomes de, "O direito ao conhecimento da origem genética", em *Revista do Ministério Público 142, Abril-Junho, 2015,* 35 a 57.

Considere-se ainda RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Coimbra, Livraria Almedina, 2014, 798 a 812.

A respeito do direito à identidade pessoal (n.º 1 do art. 26.º da Constituição da República Portuguesa) e a sua osmose com o direito ao conhecimento das origens: Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada Volume I*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, 440 a 460; J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Anotada Volume I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, 462.

No ordenamento jurídico macaense tome-se nota de SANTOS, Hugo Luz dos, "A Verdade Biológica, o Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas e o Direito à Historicidade Pessoal, à Luz dos Art.º 1656.º, 1677.º e 1722.º, do Código Civil de Macau: Crónica de (3) Três Disposições Legais Modelares e Avançadas", em *Revista de Administração Pública de Macau, N.º 111, Volume 29, março, 2016*, 153 a 167.

Na jurisprudência *vide* o Ac. STJ, de 09-11-2022, P.º 26/19.0T8BGC.G1.S1, in www.dgsi.pt, que de forma meticulosa inventariou, até à sua data, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos a favor e contra do juízo de (in)

Podemos considerar, de forma segura, que o ponto nevrálgico deste direito de matriz jusfundamental[10] reside num sistema bimodal: por um lado, é ancorado na "(…) faculdade que deve ser reconhecida a todo o ser humano de, sem entraves injustificáveis, aceder à identidade dos respectivos progenitores e, eventualmente, ver essa ligação biológica reconhecida juridicamente."[11], por outro lado, "(…) implica, também, a tutela da possibilidade de impugnação pelo filho dos vínculos jurídicos de filiação estabelecidos se eles não corresponderem à verdade biológica, naquilo que corresponde a um direito à "eliminação da mentira" relativamente à historicidade pessoal."[12].

Como é sabido, na PMA heteróloga o filho que logre o acesso à identidade do dador de material genético esgota, nesse mesmo acesso, o seu direito ao conhecimento das origens biológicas na vertente de acesso à sua progénie – n.º 2 do art. 10, n.ºs 2 e 5 do art. 15, n.º 3 do art.º 20.º e arts. 21.º e 27.º[13]. Já no que concerne à vertente de impugnação dos vínculos, a doutrina diverge relativamente ao seu exercício no âmbito da PMA. Sem prejuízo de concretizarmos este aspeto com a devida atenção i*nfra*[14], adiantamos de antemão que perfilhamos do entendimento de que, mesmo em sede de PMA, é possível impugnar os vínculos que não correspondam à verdade biológica.

Por seu turno, conforme veremos em maior detalhe, os casos de PMA heteróloga *post mortem* (n.º 3 do art. 23.º)[15] são marcados por uma peculiaridade – o falecido que fornece o material genético não se encontrar escudado, nos termos do n.º 2 do art. 10 e dos arts. 21.º e 27.º, contra uma eventual ação de investigação da paternidade. Isso significa que o direito do filho ao conhecimento das origens, na vertente de acesso à sua progénie, não se esgota no n.º 4 do art. 23.º. Nessa senda, a des-

constitucionalidade da fixação de prazos de caducidade nas ações de investigação da paternidade ou maternidade; onde, inexoravelmente, os arestos desenvolvem e fundamentam o direito ao conhecimento das origens.

De valia indesmentível, recomendamos a leitura do Ac. n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional, Processo n.º 95/17, Relatado por Pedro Manchete, que deixou claro e cristalino o *core* deste direito e o seu impacto na PMA.

Por último, para uma perspetiva histórica *vide* Vale e Reis (nota 7), 303 a 318.

[10] De facto, em Portugal, não encontramos consagração expressa do direito ao conhecimento das origens genéticas na Constituição da República Portuguesa. Contudo, nem por isso deixa de ser possível fundá-lo através do n.º 1 do art. 16.º da CRP e de um processo aglutinador dos arts. 1.º, 13.º, n.º 1 do art. 25.º, n.º 1 do art. 26.º e n.ºs 1 e 4 do art. 36.º do mesmo diploma legal.

Perspetivamos ainda este direito como um verdadeiro direito de personalidade: "A par da natureza de direito fundamental, o direito ao conhecimento das origens caracteriza-se como um verdadeiro e próprio direito de personalidade por visar a tutela de bens jurídicos intrínsecos à pessoa humana e essenciais ao desenvolvimento da personalidade individual enquanto direito concretizador dos direitos à integridade e à identidade pessoais e ao livre desenvolvimento da personalidade, direitos fundamentais e de personalidade que têm como fundamento último a dignidade da pessoa humana. De facto, estes direitos fundamentais assumem, em concomitância com a natureza jusfundamental, o caráter de direitos de personalidade, consubstanciando direitos subjetivos absolutos oponíveis *erga omnes*." – ABREU, Madalena Pinto de, "O direito ao conhecimento das origens," em *Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 19, n.º 37 (2022)*, 41.

[11] Vale e Reis, (nota 10), 13.

[12] Vale e Reis, (nota 7), 321.

[13] "Com efeito, quando uma mulher recorra às técnicas de PMA sozinha, isto é, não enquanto membro de um casal de pessoas casadas entre si ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, de acordo com a lei em apreço, a sua gravidez só se torna possível mediante a utilização de gâmetas masculinos doados. Poderá também recorrer à doação de embriões, mas, em qualquer caso, o esperma inevitavelmente necessário para gerar um filho pertencerá a um terceiro, que a ela não se encontre unido, de facto ou pelo casamento. Cria-se, assim, através do recurso à ciência, uma família voluntariamente monoparental, *ab initio*. Assim sendo, afigura-se como inteiramente desprovida de sentido a averiguação oficiosa da paternidade, uma vez que, ainda que pudesse ser conhecida a identidade do dador, este não poderia ser tido como progenitor da criança nascida. Desta forma, e no caso presente, o legislador limitou-se a estabelecer uma exceção à regra da averiguação oficiosa da paternidade, evitando os transtornos para a mãe e a criança daí necessariamente decorrentes, bem como a mobilização de meios públicos para um processo sem qualquer propósito. Dada a especificidade desta situação – evidentemente distinta da dos filhos de "mães solteiras" que não recorreram a técnicas de PMA e que terão sempre, portanto, um *pai* biológico e jurídico, cuja identidade é determinável (…)" – Ac. n.º 225/2018 do TC, Proc. n.º 95/17, Relatado por Pedro Manchete.

[14] Ponto 3.1.

[15] Na falta de melhor expressão, denominaremos assim a realidade impressa no n.º 3 do art. 23.º, para que esta não seja confundível com a PMA heteróloga ao longo do presente texto.

truição do vínculo jurídico que une o filho ao novo marido ou companheiro da beneficiária comporta no seu horizonte, é nosso entendimento, um último resgate da vontade do falecido, operado pela personificação do seu projeto parental – o seu filho póstumo. Ora concretizemos.

2. A constituição do vínculo: brevíssima nótula

Antes de indagarmos pela aniquilação de qualquer vínculo jurídico, torna-se necessário, ainda que com alguma brevidade, compreender a sua constituição[16].

De facto, o princípio da verdade biológica[17] é a medula do Direito da Filiação – "(…) pais e filhos devem, antes de mais, estar ligados por laços de sangue (…)"[18]. Porém, este princípio não é uma ditadura, admite, pois, exceções – como é o caso do instituto da adoção e da PMA[19].

Com efeito, diz-nos os n.ºs 1 a 3 do art. 20.º que a parentalidade[20] decorrente de PMA (homóloga ou heteróloga) é constituída pelo consentimento a que alude o art. 14.º. Portanto, "o consentimento para a constituição da filiação decorrente de PMA pressupõe dupla intenção: uma intenção de utilizar as técnicas de PMA e uma intenção de constituição do vínculo de filiação."[21].

In concreto, o consentimento em sede de PMA heteróloga *post* mortem, do qual nos ocuparemos daqui adiante, agrega ainda a assunção de um projeto parental alheio. À luz do n.º 3 do art. 23.º, o consentimento do novo marido ou companheiro da beneficiária supérstite tem a virtualidade de preterir o consentimento do falecido (quando prestado), transmutando uma arquitetada PMA homóloga *post mortem* em uma PMA heteróloga *post mortem*. Com esta transmutação, dá-se a substituição do falecido no seu projeto parental e impede-se o mesmo de constituir o vínculo paterno-filial em relação à criança que vier a nascer com os seus gâmetas.

Se a LPMA nos n.ºs 1 e 2 do seu art. 23.º atribui ao falecido a paternidade da criança que vier a nascer, quer se respeite ou não o *quid* regulatório dos arts. 22.º e 22.º – A[22], em bom rigor, tal só se verificará se não se fizer uso do n.º 3 do mesmo artigo.

O nosso estudo partirá da premissa de que os requisitos dos arts. 22.º e 22.º – A são satisfeitos.

[16] Para um aprofundamento e crítica da constituição dos vínculos jus-filiais em sede de PMA, considere-se: PEDRO, Rute Teixeira, "Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida" em *Actas do Seminário "Debatendo a procriação medicamente assistida"*, Porto, FDUP/CIJE, 2017, 149 a 167.

Na jurisprudência *vide* Ac. Ac. STJ, de 06-11-2018, P.º 2790/16.0T8V-FX.L1.S1, in www.dgsi.pt.

[17] "Para além dos princípios constitucionais do direito da família, em geral, e do direito da filiação, em particular, podemos identificar outros princípios que, apesar de não terem dignidade constitucional, são estruturantes de todo o regime legal, constituem as traves-mestras sobre que assentam as regras da legislação ordinária. O princípio da verdade biológica exprime a ideia de que o sistema de 'estabelecimento da filiação' pretende que os vínculos biológicos tenham uma tradução jurídica fiel, isto é, pretende que a mãe juridicamente reconhecida e o pai juridicamente reconhecido sejam realmente os progenitores, os pais biológicos do filho." – cfr. Guilherme de Oliveira/Rui Moura Ramos, *Manual de Direito da Família*, Coimbra, Livraria Almedina, 2021, 437.

[18] PIMENTA, José da Costa, *Filiação*, Lisboa, Petrony Editora, 2001, 23.

[19] A este respeito *vide* Carlos Pamplona Corte-Real/Jéssica Souza Esmeraldo, "O Direito da Família: biologismo *versus* afetividade", em *Revista de Direito Civil, n.º 2, 2019*, 277 a 295, e OLIVEIRA, Guilherme de, "Critérios jurídicos da parentalidade", em *Textos de Direito da Família — para Francisco Pereira Coelho (coordenação de Guilherme de Oliveira)*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, 271 a 306.

[20] Com o advento da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, surge a terminologia "parentalidade" na epígrafe do art. 20.º da LPMA que se reporta tanta à paternidade como à dupla maternidade.

[21] Duarte Pinheiro, (nota 8), 258.

[22] Isto é: (*i*) um projeto parental claramente estabelecido e consentido; (*ii*) sémen recolhido com base em fundado receio de futura esterilidade, em que tenha sido prestado consentimento para a inseminação *post mortem*; (*iii*) consentimento para a PMA *post mortem* reduzido a escrito ou registado em videograma e precedido da prestação de informação quanto às consequências jurídicas; (*iv*) acatamento da dilação temporal demarcada para a tomada de decisão e início dos procedimentos, (*v*) concretização de uma única gravidez da qual resulte nascimento completo e com vida.

Na verdade, até nos casos de PMA *post mortem contra legem*, as considerações que aqui teceremos não serão completamente antagónicas para com essa factualidade – desde logo, pela solução crismada no n.º 2 do art. 23.º – mas o seu itinerário argumentativo sofre alguns desvios que não poderemos explorar atendendo aos limites de espaço impostos ao presente texto.

3. Impugnação da parentalidade: rasgar o véu da "farsa biológica"

Ora, dada a relação umbilical entre a impugnação da filiação e a investigação da filiação – ações ligadas entre si por uma relação de prejudicialidade, uma vez que não é admitido o reconhecimento em contrário da filiação que conste do registo de nascimento enquanto este não for retificado, declarado nulo ou cancelado (art. 124.º do Código do Registo Civil e n.º 1 do art. 1848.º do CC) – lograr a destruição dos vínculos jurídicos eivados de inverdade biológica, é condição de ingresso no recinto da investigação da filiação. A impugnação da filiação é, incontestavelmente, uma eloquente expressão do direito ao conhecimento das origens biológicas, impedindo a diluição do desenvolvimento da personalidade em verdades turvas.

Na LPMA, a "impugnação da parentalidade" foi consagrada no n.º 4 do art. 20.º, que dispõe: "O estabelecimento da parentalidade pode ser impugnado pela pessoa casada ou que viva em união de facto com a pessoa submetida a técnica de PMA, se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.".

Relativamente à impugnação da paternidade do novo marido ou companheiro da beneficiária supérstite decorrente de PMA heteróloga *post mortem,* temos algumas reservas quanto ao seu regimento, uma vez que o n.º 3 do art. 23.º não remete para o n.º 4 do art. 20.º, mas antes para o n.º 3 do art. 1839.º do CC. Será que esta remissão implica que para a impugnação deste vínculo se siga, forçosamente, os ditames dos arts. 1839.º e seguintes do CC? Urge reacender a querela doutrinária em torno do n.º 3 do art. 1839.º do CC e a (im) possibilidade de o filho impugnar esse laço jurídico? Ou será que, em nome de uma incompatibilidade axiológica, a fragmentação deste vínculo cai na alçada do n.º 4 do art. 20.º? Façamos uma análise detida que nos permita responder cabalmente às interrogações adiantadas e, essencialmente, ajuizar pela possibilidade e *modus operandi* da impugnação deste vínculo pelo filho.

3.1. A legitimidade do filho impugnante

Comecemos por analisar o n.º 3 do art. 1839.º do CC ao qual somos remetidos pelo n.º 3 do art. 23.º da LPMA: "Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu". Uma leitura da norma alicerçada no direito ao conhecimento das origens implica a seguinte questão: a proibição de impugnação abrange o direito de impugnar do filho[23]?

Esta é deveras uma questão que assoma vozes dissonantes[24]. No nosso entender, o direito de o filho impugnar um vínculo jurídico que o cristaliza

[23] A versar sobre o mesmo assunto e com uma redação semelhante à do n.º 3 do artigo 1839.º do CC, o §1600 (4) do BGB concede ao filho legitimidade para utilizar o mecanismo impugnatório.

[24] Na doutrina, a favor da impugnação pelo filho, veja-se nomeadamente: Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil Anotado – Volume V (Artigos 1796.º a 2023.º)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 188; PEREIRA, Joana Cabral, "Considerações sobre o artigo 1839.º n.º 3 do Código Civil (Implicações ético-jurídicas da inseminação artificial heteróloga)", em *Scientia Iuridica, n.º 292, 2002,* 151 a 175; João de Castro MENDES/Miguel Teixeira de SOUSA, *Direito da Família*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990/1991, 288 e 289; Lúcia Raposo, (nota 10), 851;

numa colocação biologicamente errada no sistema de parentesco deverá ser sempre exercitável e imprescritível (expressão de cómoda e comum utilização, embora sem grande precisão técnica). Se nos debruçarmos sobre a génese da norma, constatamos que esta é movida pela proteção da parte mais vulnerável da relação – visa retirar da disponibilidade daqueles que consentiram no recurso à PMA com gâmetas de dador, o poder de dispor livremente do estatuto pessoal do filho, salvaguardando-o de uma grave mutabilidade. Esta proteção do filho entronca com a proibição de abuso de direito (art. 334.º do CC) na modalidade de *venire contra factum proprium* que o preceito patrocina. Ademais, do teor da norma não se vislumbra qualquer extensão dos efeitos do consentimento dos membros do casal ao filho. Se é o próprio filho que pretende prescindir da relação filial à qual não deseja ser associado, não há razão aparente para o censurar; mais, o desígnio na cisão da "família afetiva" pode ainda evidenciar a prostração do cimento socioafetivo que une os respetivos membros[25].

Não se olvide que a impugnação dos vínculos biológicos falsos é uma das dimensões do direito ao conhecimento das origens genéticas. Qualquer restrição injustificada é atentatória da sua constitucionalidade[26]. Os valores da segurança jurídica e da proteção da família constituída[27], do interesse social da estabilidade dos vínculos de filiação ou dos "estados de família", que são invocados recorrentemente por alguma doutrina como *ratio legis* da constrição da legitimidade do filho em impugnar, não são suficientemente fortes para prevalecer sobre o reconhecimento do direito à verdade biológica (na vertente de "eliminação da mentira"[28]) enquanto contributo nuclearmente constitutivo e definidor da identidade pessoal. E nem aqueles valores, pelo menos não da forma como têm sido entendidos, encontram respaldo no *ethos* do reforço da natureza fundamental e pessoalíssima do direito à identidade pessoal, tributário da tutela desta dimensão da individualidade que não se coaduna com a fabricação de sujeitos "reféns" de uma vontade

Costa Pimenta, (nota 19), 104 e 105; Guilherme de Oliveira/Moura Ramos, (nota 18), 534; Vale e Reis, (nota 10), 228.

Vide contra a impugnação pelo filho: OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira, *Entre a mística do sangue e a ascensão dos afetos: O conhecimento das origens biológicas,* Coimbra, Coimbra Editora, 2011, 84; DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas? – A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei,* Coimbra, Livraria Almedina, 2003, 63; CORTE-REAL, Carlos Pamplona, "Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A)", em *Estudos de Direito da Bioética*, *José de Oliveira Ascensão (Coord.),* Coimbra, Livraria Almedina, 2005, 102 e 103; ASCENSÃO, Oliveira, "Procriação assistida e Direito", em *AA.VV., Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez, Vol. I,* Coimbra, Livraria Almedina, 2000, 664; CHABY, Estrela, *Código Civil Anotado – Volume II*, Ana Prata (Coord.), Coimbra, Livraria Almedina, 2019, 764; Duarte Pinheiro, (nota 8), 262-263.

[25] Sobre a impugnação da maternidade decorrente de técnicas de PMA, uma breve palavra – ainda que provavelmente a despropósito –, perfilhamos dos ensinamentos de Guilherme de Oliveira quando preconiza que: "(…) é preciso discutir se esta impugnação da maternidade genética é admissível, pelo menos em casos onde a existência do parto é duvidosa (cfr. art. 248.º CP). E também é preciso superar a ideia de que o regime previsto no art. 1807.º (impugnação da maternidade) pressupõe que se impugna necessariamente a existência do parto, como pode resultar dos seus termos que sugerem a ideia de que a maternidade ("…estabelecida nos termos dos artigos anteriores…") resulta sempre e apenas do parto; um dia mais tarde se verá se o vínculo genético que, entretanto, se tornou tecnicamente acessível, importa no momento de uma eventual impugnação (sublinhado nosso).", cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, "O parto mostra a mãe e … a mãe casada mostra o pai", em *Estudos de Direito da Família II – Passear os dogmas*, Coimbra, Livraria Almedina, 2022, 66.

[26] Este é o argumento primordial invocado pela doutrina citada que vê no filho legitimidade para impugnar.

[27] Sobre a "proteção da família constituída" enquanto óbice às ações de investigação e impugnação da paternidade *vide* a análise e crítica de OLIVEIRA, Guilherme de, "«Proteção da família constituída» – para além das palavras", em *Estudos de Direito da Família: 4 Movimentos em Direito da Família*, Coimbra, Livraria Almedina, 2020, 35 a 51.

[28] "Deste modo, do *direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas* desdobra-se e autonomiza-se uma decorrência que labora, também ela instrumentalmente, no âmbito hermenêutico daquele, a saber, um "*direito à eliminação da mentira*" relativamente à *historicidade pessoal do investigante*, o qual traduz-se na consagração de mecanismos legais (*maxime* processuais) que permitam, neste caso ao investigante, esclarecer a sua *condição biológica* relativamente à progenitor(a) juridicamente reconhecida como tal, e/ou a tutela da possibilidade de impugnação pelo filho dos vínculos jurídicos de filiação estabelecidos se eles não corresponderem à *verdade biológica*." – Luz dos Santos, (nota 10), 155.

alheia na conformação da sua identidade. O véu da "farsa biológica" não pode despojar estes filhos do direito a tomar as rédeas sobre a sua "verdade", obrigando a que diluam a sua identidade em proveito de um procedimento para o qual não foram tidos nem achados e daqueles que o concretizaram – numa lógica reacionária de aniquilação do "eu" em prol de um turvo "nós"[29] [30].

Mais, "(…) se é certo que a realização dos projectos a ter filhos cabe nas faculdades inseridas no direito ao desenvolvimento da personalidade, não pode desconhecer-se que esse direito se realiza mediante a geração de uma pessoa e que é intolerável que a protecção dos direitos da pessoa nascida esteja avassalada aos direitos de quem decidiu que ela havia de nascer (…)"[31], privando-a de um direito que se assume como uma pedra angular da sua identidade. A chancela de uma filiação contra-biologista (que *prima facie* poderia não sê-lo) pelas mãos da beneficiária e do seu novo marido ou companheiro, deverá acarretar a possibilidade de impugnação da paternidade, uma vez que, nascido o filho, mais cedo ou mais tarde, tomando este conhecimento das circunstâncias antepostas ao seu nascimento manifestará a sua vontade que não foi considerada aquando da decisão tomada[32].

Para além do direito ao conhecimento das origens genéticas, um princípio com assento constitucional é invocável – o princípio da igualdade (art. 13.º da Constituição da Républica Portuguesa (doravante CRP)). Conforme teremos oportunidade de verificar com maior detalhe *infra*[33], somos convictos que no âmbito da PMA *post mortem*, o filho que logre a impugnação da paternidade estabelecida por consentimento do novo marido ou companheiro da beneficiária, poderá estabelecer a sua paternidade em relação ao falecido.

Tendo em vista esta possibilidade ulterior à impugnação, concluímos que o interesse dos sujeitos que se enquadram neste prisma fáctico em impugnar a paternidade, é idêntico ao daqueles cuja paternidade biologicamente inverídica se estabeleceu por via de presunção[34] ou perfilhação[35] – ambos buscam através da impugnação esvaziar a sua estirpe paterna para a preencher de volta, desta vez, de

[29] "(…) o desejo de definição e reconhecimento da verdade biológica relativa à ascendência por parte do filho (saber de onde venho, ou, no caso, começar por saber que daqui não venho), essencial à caracterização da identidade pessoal (saber quem sou), (…), não deve ficar sujeita (…) em nome da segurança jurídica e da proteção da família constituída, do interesse social da estabilidade das relações familiares, ou da reserva da vida privada, que, no caso, fazem operar uma restrição desproporcionada ao direito à identidade pessoal (violadora do artigo 18.º, n.º 2, da CRP). Há, efetivamente, uma diferença entre não querer ser pai ou mãe, e não querer ser filho. (sublinhado nosso)" – cfr. Declaração de voto da Conselheira Catarina Sarmento e Castro ao Ac. n.º 309/2016 do TC, Proc. nº 1000/14, Relatado por Lino Rodrigues Ribeiro.

[30] No seguimento da posição adotada por nós, repugnamos, pois, o entendimento de que o direito a impugnar um vínculo biologicamente inverídico não é "(…) dotado de exactamente a mesma carga valorativa do que quando accionado pelo filho com vista à investigação de paternidade (…)" e que "(…) não tem (…) o mesmo significado para a esfera pessoal do interessado, a mesma projecção radicalmente empobrecedora da personalidade." – cfr. Ac. n.º 446/2010 do TC, Proc. n.º 195/10, Relatado por Joaquim de Sousa Ribeiro.

Entendimentos desta compleição pressupõem que o direito ao conhecimento das origens biológicas "(…) apenas se revela numa dimensão positiva e que os direitos constitucionais que o ancoram não demandam igualmente a possibilidade de eliminar uma paternidade geneticamente fictícia, não nos parecendo que se possa afirmar que a manutenção de uma paternidade inverídica que o filho deseja impugnar e com a qual não deseja viver não atinja os direitos fundamentais à integridade e à identidade pessoais e ao livre desenvolvimento da personalidade do impugnante." – cfr. Pinto Abreu, (nota 11), 57.

[31] Declaração de voto do Conselheiro Benjamim Rodrigues ao Ac. n.º 101/2009 do TC, Proc. n.º 963/06, Relatado por Carlos Fernandes Cadilha.

[32] Uma "(…) eventual violência que pode representar para um pai "sociológico" ver destruídos os vínculos jurídicos (que sabia, aliás, serem falsos) relativamente ao filho não é comparável com aquela que pode resultar para este de uma inelutável limitação da faculdade de eliminação de uma mentira na sua história pessoal. Esta posição está em conformidade com a Lei da Procriação Medicamente Assistida, que em momento algum impede a impugnação dos vínculos, apenas consagrando limitações quanto ao seu estabelecimento relativamente ao dador.", cfr. Vale e Reis, (nota 10), 230.

[33] Ponto 4.

[34] Cfr. art. 1826.º do CC.

[35] Cfr. art. 1847.º do CC.

acordo com a verdade biológica. Então, se assim o é, dita o princípio da igualdade que o grau de tutela deste interesse deva ser o mesmo, permitindo, assim, e independentemente do consentimento do novo marido ou companheiro da beneficiária, a impugnação do vínculo paterno-filial pelo filho – a impugnação é "(…) um mecanismo essencial no *iter* processual que o impugnante-investigante tem de percorrer de forma a alcançar a definição e estabelecimento da verdade biológica da sua ascendência."[36]. O princípio da igualdade é um corolário da igual dignidade de todas as pessoas, é exatamente nos cânones da dignidade que assumimos uma intocada convicção de que ninguém deve ser sacrificado a viver contrariamente àquilo que realmente é. Viver com dignidade também passa por podermos completar, construir ou transformar a nossa identidade através do sangue, ainda para mais, quando o sangue que nos corre nas veias materializa um inequívoco projeto parental, nutrido até ao último suspiro, pelo nosso genitor.

Reforçando o supra elencado, não resistimos em identificar uma similitude material entre a situação prevista no n.º 3 do art. 23.º e a dita "perfilhação de complacência"[37]. É certo que a perfilhação é ulterior à conceção (arts. 1854.º e 1855.º do CC), mas não é menos certo que o consentimento do novo marido ou companheiro da beneficiária possa ser prestado posteriormente à conceção – a LPMA permite a transferência *post mortem* de embrião (alínea *a)* do n.º 1 do art. 22.º). Não se olvide que a qualificação como nascituro dá-se a partir da conceção, seja ela *in vivo* ou *in vitro*. Outrossim, somos cientes de que a perfilhação não motiva uma conceção, ao contrário de um "tradicional" consentimento em sede de PMA. Acontece que, atendendo às especificidades da PMA *post mortem*, temos para nós que o consentimento do novo marido ou companheiro da beneficiária supérstite possa ser irrelevante para a aplicação da técnica de PMA *post mortem*, mas antes, visto como um *plus* por parte da beneficiária. Ou seja, a beneficiária pode tomar a decisão de dar início aos tratamentos, sendo insignificante para essa decisão a intenção do seu novo marido ou companheiro assumir a paternidade em relação à criança que vier a nascer. A intenção de aderir ao projeto parental da beneficiária com o falecido, poderá partir da iniciativa do novo marido ou companheiro que, uma vez ponderado por aquela, considera ser a melhor decisão (atendendo, por exemplo, a interesses patrimoniais e/ou emocionais da criança, na partilha das responsabilidades parentais e, em cenários mais nebulosos, no afastamento da criança em relação à família e herança do falecido). Assim, o consentimento do novo marido ou companheiro assume um único significado – estabelecer o vínculo paterno-filial em relação à criança, acarreando com os efeitos jurídicos inerentes a esse vínculo. O seu consentimento não motiva a conceção da criança (nos casos de inseminação com sémen do falecido), nem a transferência de embrião existente. Ou, numa moldura mais obscura, este pretende através do estabelecimento do vínculo uma vantagem estranha às relações familiares – dita "perfilhação de conveniência".

Nessa senda, se a nossa ordem jurídica admite que numa "perfilhação de complacência" – o perfilhante sabe, a priori, que não nutre qualquer laço biológico com a criança – o perfilhado impugne a sua paternidade estabelecida por via de perfilha-

[36] *Vide* Ac. n.º 609/2007 do TC, Proc. n.º 563/07, Relatado por José Borges Soeiro.

[37] "De certo modo, parece regressar triunfante a noção de "perfilhação de complacência", que assentava na vontade de assumir o estatuto de pai, porventura para disfarçar o velho estigma da ilegitimidade; hoje, o desejo tem de ser acompanhado de uma relação de cuidado ou, pelo menos, de uma promessa de cuidado.", cfr. Guilherme de Oliveira, (nota 20), 302 e 303.

ção[38] para, posteriormente, lançar mão de uma ação de investigação da paternidade[39] contra o presumido pai, porventura, já falecido; então, na factualidade que ora nos ocupa, a solução não poderá ser diferente, sob pena de se claudicar o princípio da igualdade[40]. Pelo exposto, parece-nos discriminatório entender que o novo marido ou companheiro da beneficiária seja imune a uma impugnação da paternidade intentada pelo filho, ao passo que o perfilhante, que perfilha igualmente sabendo a dissonância biológica, seja alvo de tal pretensão a qualquer momento (n.º 2 do art. 1859.º do CC). E é-o, pelos seguintes motivos: (*i*) o fulcro da legitimidade em paralisar a impugnação do filho póstumo teria por base o seu nascimento resultante da utilização de técnicas de PMA (o que também contende com o disposto no n.º 2 do art. 3.º); (*ii*) a possibilidade de a prerrogativa do n.º 3 do art. 23.º poder ser empregue antes de uma conceção ou poder motivar esta, é, todavia, um argumento débil e difuso para justificar a existência de soluções legais radicalmente divergentes – demasiado artificioso para afastar, por si só, a nossa suspeita de discriminação.

O nosso entendimento relativamente à legitimidade do filho para a impugnação que temos vindo a tecer na esteira do n.º 3 do art. 1839.º do CC, é igualmente transportado para o n.º 4 do art. 20.º da LPMA, uma vez que este preceito nada mais é do que uma atualista reprodução do primeiro *a contrario sensu*. Em ambas as normas não há qualquer vedação expressa acerca da impugnação do vínculo pelo filho, não podendo tal omissão ser interpretada como proibição tácita.

Chegados à conclusão de que o direito a impugnar a paternidade do novo marido ou companheiro da beneficiária supérstite orbita na esfera jurídica do filho póstumo, coloca-se o dilema de saber qual o regime aplicável. Procuremos indagar por um soluto.

3.2. Do regime aplicável e os seus fundamentos

O art. 1838.º do CC determina que a paternidade presumida, nos moldes do art. 1826.º, só pode ser impugnada nos casos previstos no art. 1839.º e seguintes.

De facto, o consentimento a que alude o art. 14.º não consubstancia uma presunção legal de pa-

[38] Cfr. art. 1859.º do CC.

[39] Cfr. art. 1817.º do CC (*ex vi* do art. 1873.º do mesmo diploma legal)

[40] Segundo o Tribunal Constitucional: "Numa perspetiva de igualdade material ou substantiva – aquela que subjaz ao artigo 13.º, n.º 1, da Constituição e que se traduz na igualdade através da lei –, *a igualdade jurídica* corresponde a um conceito relativo e valorativo assente numa comparação de situações: estas, na medida em que sejam consideradas iguais, devem ser tratadas igualmente; e, na medida em que sejam desiguais, devem ser tratadas desigualmente, segundo a medida da desigualdade. Tal implica a determinação prévia da igualdade ou desigualdade das situações em causa, porquanto no plano da realidade factual não existem situações absolutamente iguais. Para tanto, é necessário comparar situações em função de um certo ponto de vista (destaque nosso). Por isso, a comparação indispensável ao juízo de igualdade exige pelo menos três elementos: duas situações ou objetos que se comparam em função de um aspeto que se destaca do todo e que serve de termo de comparação (*tertium comparationis*). Este termo – o «terceiro (elemento) da comparação» – corresponde à qualidade ou característica que é comum às situações ou objetos a comparar; é o pressuposto da respetiva comparabilidade. Assim, o juízo de igualdade significa fazer sobressair ou destacar elementos comuns a dois ou mais objetos diferentes, de modo a permitir a sua integração num conjunto ou conceito comum (*genus proximum*)." – Ac. n.º 362/2016 do TC, Proc. n.º 16/16, Relatado por Pedro Machete.

Além deste critério de comparabilidade, não se pode perder de vista que "Estando em causa (…) um determinado tratamento jurídico de situações, o critério que irá presidir à qualificação de tais situações como iguais ou desiguais é determinado diretamente pela *ratio* do tratamento jurídico que se lhes pretende dar, isto é, funcionalizado pelo fim a atingir com o referido tratamento jurídico. A *ratio* do tratamento jurídico é, pois, o ponto de referência último da valoração e da escolha do critério." – GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, *Estudos sobre o princípio da igualdade*, Coimbra, Livraria Almedina, 2005, 51.

No fundo, como bem sintetiza o Acórdão n.º 157/88 do Tribunal Constitucional – "(…) tudo estará em saber se essa desigualdade se revela como "discriminatória" e arbitrária, por desprovida de fundamento racional (ou fundamento material bastante), atenta a natureza e a especificidade da situação e dos efeitos tidos em vista (e, logo o objectivo do legislador) e, bem assim, o conjunto dos valores e fins constitucionais (i. é, a desigualdade não há-de basear-se num "motivo" constitucionalmente impróprio)." – Ac. n.º 157/88 do TC, Proc. n.º 53/85, Relatado por Cardoso da Costa.

rentalidade, mas antes uma *fictio juris*, uma determinação legal ou formal. Já o art. 1826.º do CC é, insofismavelmente, uma presunção de paternidade fundada num juízo de probabilidade biologista. Ora, sendo este consentimento arquitetado, nos casos de PMA heteróloga: (*i*) num reconhecimento da dimensão social e afetiva da parentalidade; (*ii*) uma consciente contradição ao biologismo; e, nos casos de PMA homóloga: (*i*) na substituição do ato sexual – este consentimento cria um escudo excludente de qualquer conexão com o regime previsto para a impugnação da paternidade presumida (arts. 1839.º e seguintes do CC), cujo biologismo e a procriação por ato sexual são a sua génese. Singrando por esta rota, do fito do consentimento resulta que a remissão do n.º 3 do art. 23.º para o n.º 3 do art. 1839.º do CC não implica que para a impugnação do vínculo se siga, forçosamente, os ditames dos arts. 1839.º e seguintes do CC, mormente o art. 1842.º que estipula prazos de caducidade para o efeito. Antes, o n.º 4 do art. 20.º chama até si a impugnação da paternidade a que se refere o n.º 3 do art. 1839.º do CC[41], há como que um efeito "*boomerang*" de volta para a LMPA ficcionado pela incompatibilidade axiológica entre a LPMA e o protótipo de impugnação da paternidade crismado no Código Civil.

Repare-se que se assim não fosse, estaria a admitir-se que as famílias não assentes no casamento, tão-só por via de PMA heteróloga *post mortem*, ficassem sujeitas a um arquétipo de impugnação da paternidade que foi concebido numa lógica discriminatória de proteção da família "matrimonializada"[42].

Parece-nos ainda que não seja propositada a remissão do n.º 3 do art. 23.º para o n.º 3 do art. 1839.º do CC. Acreditamos que a não remissão do n.º 3 do art. 23.º para o n.º 4 do art. 20.º seja veiculada por pura inércia legislativa, ou, quiçá, por não se ter contemplado uma eventual não heterossexualidade da beneficiária em sede de PMA heteróloga *post mortem* – o que impede a harmonização do preceito com as recentes alterações à LPMA. Concretizemos.

Constata-se que o teor do atual n.º 3 do art. 23.º mantém-se inalterado desde a sua instituição pela Lei n.º 32/2006 de 26/07, altura em que constava no n.º 2 do mesmo artigo e aí se manteve até às alterações operadas pela Lei n.º 72/2021, de 12/11[43]. A ausência de labor legiferante que impregna a norma em apreço, leva-nos a acreditar que o legislador com o seu torpor forjou o ponto de cristalização e de estabilização da mesma. Não descuramos, contudo, o entendimento de que se o

[41] Parece-nos que Guilherme de Oliveira e Rui Moura Ramos propugnam por um entendimento diverso quando declaram que o filho, nos termos do n.º 3 do art. 1839.º do CC e n.º 4 do art. 20.º da LPMA, mantém o direito de impugnar "nos termos gerais", isto é – se bem entendemos –, pelo disposto nos arts. 1839.º e seguintes do CC. Cfr. Guilherme de Oliveira/Moura Ramos, (nota 18), 534.

Na esteira da nossa posição, Jorge Duarte Pinheiro preconiza que "Sendo o regime de extinção retroativa da filiação moldado pelo da constituição do vínculo, as regras previstas para a filiação decorrente de ato sexual não se adequam à filiação decorrente de PMA.", Duarte Pinheiro, (nota 8), 360.

[42] Os prazos de caducidade crismados no art. 1842.º do CC para a impugnação da paternidade presumida são justificados pela "(…) necessidade de *proteção a família constituída*, a qual ficaria em risco se colocada numa situação de permanente incerteza, por sujeita a extinguir-se por ação, exercitável a todo o tempo, do filho presumido. Razões objetivas de certeza e segurança jurídicas, ditadas pelo interesse social na estabilidade das relações familiares estabelecidas, justificam que o direito de impugnar a paternidade presumida seja exercido durante certo prazo (destaque nosso), (…)", cfr. Ac. n.º 309/2016 do TC, Proc. nº 1000/14, Relatado por Lino Rodrigues Ribeiro.

Sobre a discriminação potenciada pela previsão de prazos de caducidade para a impugnação da paternidade presumida e a possibilidade de impugnação da perfilhação a todo o tempo *vide* na doutrina, Guilherme de Oliveira, (nota 28), 43 a 51; e na jurisprudência Ac. n.º 308/2018 do TC, Proc. n.º 411/2017, Relatado por Gonçalo de Almeida Ribeiro – "(…) não há hoje razões para crer que a impugnação da paternidade presumida do marido da mãe é geralmente mais perturbadora da «harmonia e paz familiar» do que a impugnação da perfilhação.".

[43] Permanecendo incólume com as alterações introduzidas pelas Leis n.º 59/2007, de 4 de setembro; n.º 17/2016, de 20 de junho; n.º 25/2016, de 22 de agosto; n.º 58/2017, de 25 de julho; n.º 49/2018, de 14 de agosto, n.º 48/2019, de 8 de julho.

legislador aquando da Lei n.º 72/2021, de 12/11, tendo oportunidade de o fazer – isto é, ao transitar o n.º 2 do art. 23.º para o n.º 3 do mesmo preceito, concomitantemente, poderia remetê-lo para o n.º 4 do art. 20.º – não o fazendo, foi porque quis que se mantivesse a remissão para o n.º 3 do art. 1839.º do CC. Todavia, não acolhemos este entendimento uma vez que, o art. 20.º ao ter consagrado a figura geral da filiação por PMA e a sua respetiva impugnação, dispensou qualquer extensão do regime do n.º 3 do art. 1839.º do CC[44], não sendo exceção as técnicas de PMA heterólogas *post mortem*.

O facto de o preceito ainda exigir a heterossexualidade da beneficiária – "(…) a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem (…)" – é um outro argumento que nos projeta para a desconsideração da remissão para o n.º 3 do art. 1839.º do CC. Não acreditamos que o legislador exija, somente em sede de PMA heteróloga *post mortem*, a heterossexualidade da beneficiária, uma vez que a Lei n.º 17/2016, de 20/06 expurgou esse "requisito" da LPMA[45]. Assim, embebida numa tónica antidiscriminatória e no respaldo do princípio da igualdade (art. 13.º da CRP), a atual LPMA não pode vedar que se a beneficiária supérstite, no período que medeia a tomada de decisão e o início dos procedimentos, casar ou constituir uma união de facto com outra mulher, havendo o consentimento desta nos termos do art. 14.º, se estabeleça uma dupla maternidade em relação à criança provinda de PMA heteróloga *post mortem*. Não permitir uma dupla maternidade em relação à criança póstuma, para além de altamente discriminatório e violador do princípio da igualdade, seria legitimar uma biparentalidade se e apenas erigida numa relação heterossexual; um caminho que a LPMA não permita trilhar hodiernamente. Do espetro da impugnação da dupla maternidade, fica patente a inadequação da remissão para o n.º 3 do art. 1839.º do CC que se refere taxativamente a "paternidade", ao passo que o n.º 4 do art. 20.º, de forma exegética, consigna "parentalidade".

Atendendo ao exposto, sugerimos, pois, uma alteração legislativa no sentido de remeter o n.º 3 do art. 23.º para o n.º 4 do art. 20.º.

No que concerne a matéria de prazos para o exercício desta impugnação, salvo melhor opinião, da letra da lei (n.º 4 do art. 20.º) não se extrai qualquer requisito de índole temporal, pelo que, presume-se que possa ser levada a cabo a todo o tempo[46] [47].

4. A *vis sanguinis*: uma simbiose para além da vida

Apurada a legitimidade do filho póstumo em impugnar a paternidade estabelecida a favor do novo marido ou companheiro da beneficiária supérstite, bem como, desmistificado o seu regime; torna-se necessário apreciar o que sucede após a neutralização deste vínculo.

[44] Cfr. Duarte Pinheiro, (nota 8), 264.

Ana Raquel Pessoa questiona mesmo se o n.º 3 do art. 1839.º do CC ainda se encontra em "vigor", tendo em conta o art. 20.º da LPMA, cfr. PESSOA, Ana Raquel, *Código Civil Anotado – Livro IV – Direito da Família, Clara Sottomayor (Coord.)*, Coimbra, Livraria Almedina, 2020, 755.

[45] "Com o alargamento do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida é premente assegurar o princípio da igualdade de tratamento entre os novos beneficiários e os beneficiários que reúnam os requisitos previstos nos artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na sua versão original, favorecendo-se a equidade no acesso às técnicas de PMA. Pretende-se assim, através do presente decreto regulamentar, concretizar esse acesso sem exclusão, assegurando uma prestação de serviços adequada, segura e não discriminatória, conforme plasmado na Lei n.º 17/2016, de 20 de junho." – Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro.

[46] No mesmo sentido propugna Helena Gomes de Melo, cfr. Gomes de Melo, (nota 10), 53, nota de rodapé n.º 29.

[47] O que figura uma discriminação entre o filho havido por PMA e aquele nascido por procriação natural de casal casado, que não conta com o benefício de impugnar a paternidade a todo o tempo (cfr. art. 1842.º do CC).

Como temos vindo a anunciar através de esporádicas reminiscências ao longo do nosso estudo, acreditamos que a destruição deste laço jurídico não é uma sentença que condene o filho a um vazio parental, muito pelo contrário. Esta é a via através da qual o filho reconfigura a sua historicidade, conectando-se com as raízes familiares, geográficas, culturais e genéticas do falecido. Investido na *vis sanguinis*, alcança uma representação plena de si mesmo e exerce a sua capacidade de autocompreender-se e de autodesignar-se[48], e, concomitantemente, dá cumprimento à última vontade do falecido.

A nossa convicção na possibilidade de o filho estabelecer a sua paternidade em relação ao falecido, nasce da premissa de que, o facto de a beneficiária e o seu novo marido ou companheiro poderem transmutar a posição do falecido de "pretenso pai" para "dador", não o qualifica, necessariamente, enquanto verdadeiro dador de material genético nos termos e para os efeitos concebidos pela LPMA. O n.º 3 do art. 23.º não encerra em si a virtualidade de tratar eternamente o falecido como um tradicional dador de gâmetas em sede de PMA heteróloga. Ora vejamos.

4.1. De pai a dador e de dador a pai?

Quem são os dadores e o qual o seu papel na PMA?

Os dadores de material genético são "(…) pessoas que colocam ao serviço de outrem que não conhecem, no quadro de um processo da PMA, a sua capacidade procriativa, os seus gâmetas, a fim de gerar uma criança."[49].

Como bem nos diz o Tribunal Constitucional[50]: "O estatuto do dador não é, do ponto de vista legal, o de *pai* ou *mãe*, da pessoa assim nascida, uma vez que o artigo 10.º da LPMA proíbe o estabelecimento de laços de filiação entre eles. Em consequência, a possibilidade de conhecimento da identidade dos dadores de gâmetas e/ou embriões não implica, de forma alguma, o reconhecimento de qualquer vínculo legal de ordem filial: é, efetivamente, distinto revelar a identidade dos dadores e investi-los nos direitos e obrigações correspondentes à paternidade ou maternidade, o que mal se compreenderia face à inexistência, por parte daqueles, de qualquer projeto de parentalidade (destaque nosso).".

Com efeito, a intervenção do dador no projeto parental dos beneficiários é tanto instrumento ou meio, como condição necessária e suficiente para a concretização daqueles em constituir família. O dador não deseja, pois, ter filhos dos beneficiários nem concretizar o projeto parental de alguém ou casal em específico[51]. Por isso mesmo, ao doar os seus gâmetas, o dador não assume um projeto parental próprio, visa antes possibilitar a concretização de projetos parentais alheios ou obter contrapartidas monetárias decorrentes da doação. Dessa forma, apesar de o seu material genético imiscuir-se no projeto parental dos beneficiários, propiciando o seu resultado – gerar vida –, o dador não é — nem passa a sê-lo por essa razão — coprotagonista de tal projeto, pois este assenta na vontade de assumir o papel e o estatuto, de pai ou de mãe. É com base nesta divergência de vontades (e no avanço da ciência) que a lei prevê um regime especial de estabelecimento da filiação que afasta as

[48] Cfr. Declaração de voto da Conselheira Joana Fernandes Costa ao Ac. n.º 394/2019 do TC, Proc. n.º 471/2017, Relatado por João Pedro Caupers e Maria Clara Sottomayor.

[49] Ac. n.º 225/2018 do TC, Proc. n.º 95/17, Relatado por Pedro Manchete.

[50] *Idem*.

[51] Os dadores nem sequer têm acesso aos dados relativos à PMA (cfr. art. 16.º da LPMA, n.º 1 do art. 18.º e n.º 1 do art. 19.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro).

regras gerais do Código Civil, *rectius*, o princípio da verdade biológica. Em decorrência do afastamento das regras gerais do Código Civil, admite-se que se reconheça uma diferença existente entre o direito ao conhecimento da ascendência biológica e o direito ao estabelecimento do vínculo jurídico da filiação, "(…) enquanto *dimensões autónomas* do direito à identidade pessoal, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição."[52].

Em bom rigor, e já reforçando demasiado a nota, a doação do dador encapsula a legítima expetativa de não ser associado aos sujeitos que, graças à sua contribuição, partilhem do seu património genético; daí que o seu anonimato tenha sido a regra durante anos.[53]

Pelo exposto, deflui que a posição e as motivações do dador são completamente antagónicas àquelas que caracterizam o falecido, a começar, desde logo, pelo facto de o falecido possuir o estatuto de beneficiário nos termos do art. 6.º. Quando o beneficiário se submete à recolha do seu material genético, fá-lo não com intuito de o doar, mas com o *animus* de beneficiar das técnicas de PMA disponíveis à concretização do seu projeto parental – prestando para isso o seu consentimento nos termos do art. 14.º. Talqualmente, quando o beneficiário presta o seu consentimento para técnicas de PMA *post mortem* (art. 22.º – A), este não o faz na pele de um "convencional" dador, pois sabe que, à partida, essa técnica será homóloga e concretizadora do seu projeto parental. O n.º 1 do art. 22.º – A *in fine*, ao utilizar (erroneamente) a palavra "dador", invoca-a num sentido lato, dado que não há dadores com projetos parentais (como reiteradamente temos vindo a realçar) e porque o consentimento do art. 22.º – A é acessório ao consentimento previsto no art. 14.º, sendo este último condição *sine qua non* daqueloutro. Portanto, é nas vestes de beneficiário, que a LPMA estipula nos n.ºs 1 e 2 do seu art. 23.º a paternidade a favor do falecido; contrariamente àquilo que acontece com um dador, blindado pelo n.º 2 do art. 10.º e pelos arts. 21.º e 27.º contra o estabelecimento de laços jurídicos com aqueles concebidos através do seu genoma. Aliás, o n.º 2 do art. 23.º evidencia que pese embora se esteja no âmbito de um procedimento de PMA, as regras referentes ao estabelecimento da filiação aplicáveis ao falecido não se apartam da génesis do Código Civil – o facto constitutivo da relação jurídica de progenitura paterna assenta na derivação biológica (arts. 1576.º, 1578.º e 1582.º do CC), independentemente de um ato de volição.

Repare-se ainda que, no caso de PMA heteróloga *post mortem*, o filho poderá nem ter de recorrer ao n.º 4 do art. 23.º, podendo ter acesso à identidade do falecido, em qualquer idade, por parte da própria beneficiária e até da família do falecido, nos casos em que a beneficiária fomente contactos entre o filho e aquela. Neste caso, há um espectro alargado de elementos que envolvem a identidade

[52] Ac. n.º 225/2018 do TC, Proc. n.º 95/17, Relatado por Pedro Manchete.

[53] No sentido das nossas considerações, *vide* na doutrina: "Tão-pouco é pai jurídico o mero dador de gametas, zigotos ou embriões, porque através da dação ele não manifesta a vontade de assumir um projecto parental." – PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, Coimbra, Livraria Almedina, 2016, 217 a 218.

"O anonimato do dador parece exprimir bem a irrelevância da sua identidade e do seu papel social no processo da fecundação (…)", cfr. OLIVEIRA, Guilherme de,"Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida", em *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, 18.

"O fornecedor de esperma age na expectativa legítima de jamais ser reconhecido socialmente como o *pater*, ou mesmo como o simples *genitor* de um certo indivíduo que acabou por nascer graças à sua participação.", cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, *Critério Jurídico da Paternidade*, Coimbra, Livraria Almedina, 2003, 500.

"Uma vez prestado esse consentimento, gera-se *ope legis* um escudo excludente de responsabilidade do dador perante as obrigações que o ordenamento jurídico reserva, em princípio, aos progenitores biológicos.", Vale e Reis, (nota 10), 446.

Os dadores "(…) são meros actores secundários (e, sobretudo, voluntários) neste filme.", Lúcia Raposo, (nota 10), 796 e 797.

do falecido ao qual o filho poderá ter acesso – fotografias, cartas, vídeos, bens materiais, *inter alia*. Já no caso de uma PMA heteróloga, o acesso à identidade do dador é efetuado somente pelo disposto no art. 15.º, desde que o interessado possua idade igual ou superior a 18 anos, sendo que a identidade do dador se reporta ao seu nome completo (n.ºs 2 e 4 do art. 15.º), sem prejuízo do previsto no n.º 5 do mesmo artigo.

Entendemos, assim, que a par da letra da lei, o quadro hermenêutico, sistemático e teológico que subjaz ao dador, não encontra paralelo com o do falecido na posição em se logre um procedimento de PMA *post mortem* heteróloga com os seus gâmetas, pelo que, o n.º 2 do art. 10.º e os arts. 21.º e 27.º não lhe são suscetíveis de aplicação.

Quando o n.º 3 do art. 23.º é acionado, não se vislumbra tolerável que o beneficiário, agora falecido, seja tratado juridicamente como um mero dador, muito menos, após impugnação da paternidade do novo marido ou companheiro da beneficiária. É, contudo, inelutável que enquanto a paternidade do novo marido ou companheiro da beneficiária subsistir, tudo se passará como se de um "forçado" dador o falecido se tratasse. Todavia, a partir do momento que a paternidade do novo marido ou companheiro é impugnada com sucesso, o falecido deixa de ser factualmente um dador, na medida em que, deixa de existir um sujeito juridicamente conexo com o produto do seu material genético. Desta forma, com o desaparecimento daquele que outrora fora o óbice responsável pelo não reconhecimento jurídico dos laços biológicos que unem o falecido ao seu pretenso filho, é reanimada a sua qualidade de beneficiário, visto que se renova a hipótese de este ver a sua paternidade atribuída aquele.

Com efeito, reconhecendo a LPMA, *prima facie*, o falecido como pai – quer este preste ou não consentimento para procedimentos de PMA *post mortem* com os seus gâmetas (n.ºs 1 e 2 do art. 23.º) –, simultaneamente, reconhece que o direito do filho ao conhecimento das origens genéticas, na sua vertente positiva, não é cindível – o conhecimento da progenitura implica, concomitantemente e de forma indissociável, a convolação dos laços biológicos em laços jurídicos. Quando o n.º 3 do art. 23.º admite que à "obra" do falecido seja atribuída outra "autoria", não está, *ope legis*, a extinguir da esfera jurídica da criança o direito a que a sua ligação biológica ao falecido seja reconhecida juridicamente. Não se vislumbra que o n.º 3 do art. 23.º funcione como uma medida análoga à inserida no art. 1987.º do CC, relativa à adoção, o qual dispõe que: "depois de decretada a adoção, não é possível estabelecer a filiação natural do adotado (…)". Tão-pouco se retira do n.º 4 do art. 23.º esse alcance, o preceito limita-se a permitir o conhecimento da ascendência biológica partindo do pressuposto de que, não sendo a multiparentalidade reconhecida no nosso ordenamento jurídico, a atribuição de uma paternidade "afetiva" coarta a possibilidade de, ao lado desta, estabelecer-se uma outra paternidade de cariz biológico, ficando, dessa forma, consumida a vertente positiva do direito ao conhecimento das origens com o acesso à identidade da progénie. Se é o resultado da mescla do n.º 2 do art. 10.º com os arts. 21.º e 27.º que estanca o direito ao conhecimento das origens dos sujeitos oriundos de técnicas heterólogas quando obtêm acesso à identidade do dador, então, não se aplicando essas normas ao falecido, o direito ao conhecimento das origens do filho póstumo não se esgota no conhecimento da identidade do falecido. O seu direito ao estabelecimento dos vínculos estará, apenas e só, dependente

do rompimento do vínculo paterno-filial biologicamente inverídico que, entretanto, se estabeleceu.

A legitimidade do filho póstumo em poder estabelecer a sua paternidade em relação ao falecido decorre também dos arts. 13.º[54], 26.º e n.ºs 1 e 4 do art. 36.º da CRP, tal como, do n.º 2 do art. 3.º da LPMA.

Vejamos a seguinte hipótese académica, onde chamamos à colação um pouco da similitude que identificámos em relação à perfilhação: De um encontro fortuito entre **A** e **B** nasce **C**. **B** não perfilha **C**, sendo este último perfilhado por **D**, unido de facto com **A**. **B** casa com **E**, dessa união resulta um projeto parental realizável com recurso a PMA *post mortem*. Aquando da inseminação *post mortem* com sémen de **B**, **E** encontra-se já casada com o seu novo marido, **F**. **F** presta o seu consentimento para que a paternidade da criança que vier a nascer (**G**) lhe seja atribuída. Paralelamente, **C** impugna com êxito a perfilhação de **D**, instaurando de seguida uma ação de investigação da paternidade contra os herdeiros de **B**, logrando o estabelecimento da sua paternidade a favor de **B**.

Atendendo à hipótese acima descrita, seria legitimo obstar a que **G**, impugnando com sucesso a paternidade de **F**, intentasse uma ação de investigação da paternidade para estabelecer a sua paternidade em relação a **B**? Ou será que pelo facto de **G** ter como plano de fundo um procedimento de PMA coloca-o num patamar tão distante de **C**, ao ponto de ter direitos radicalmente distintos relativamente a **B**[55]? O que demarca **G** e **C** não é tanto se nasceram dentro ou fora do casamento, mas tão-só o facto de **G** nascer fruto de um procedimento de PMA. Não conferir a este filho legitimidade para estabelecer o seu vínculo paterno-filial a favor do falecido colide com a proibição de discriminação dos sujeitos nascidos em resultado da utilização de técnicas de PMA (n.º 2 do art. 3.º) e de tratamento diferenciado e discriminatório entre filhos, corolário do n.º 4 do art. 36.º da CRP. O impacto dessa colisão atinge, outrossim, o princípio da igualdade e o núcleo essencial dos direitos fundamentais à integridade e identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família (arts. 13.º, 26.º e n.º 1 do art.º 36.º da CRP)[56]. No nosso entender, a perentória proibição de discriminação das pessoas nascidas por meio de PMA (n.º 2 do art. 3) exige que estas pessoas possam aceder a um estatuto idêntico ao dos sujeitos nascidos por ato sexual, na medida do possível. A infundada disparidade de tratamento, em violação daquela proibição, tanto pode resultar da atribuição de posições inigualitárias, em detrimento dos filhos nascidos por PMA, como, antes disso, e mais oneroso do que isso, do estabelecimento de impedimentos desrazoáveis a

[54] "(…) a chamada "*neue Formel*" acentua a ideia de que a diferença de tratamento é inconstitucional quando entre os dois grupos não existam diferenças de tal natureza e de tal peso que justifiquem o tratamento desigual, sendo o crivo da igualdade tanto mais exigente quanto mais o núcleo da personalidade humana for atingido.", cfr. Jorge Miranda/Rui Medeiros, (nota 10), 171.

[55] De facto, o filho póstumo não está dependente de impugnação da sua paternidade para lograr o conhecimento da sua ascendência biológica (n.º 4 do art. 23.º), ao passo que o perfilhado necessita de impugnar a perfilhação para que numa ação de investigação da paternidade obtenha tanto o conhecimento como o reconhecimento da sua progénie. Contudo, esta diferença deflui do ambiente clínico em que se dá a conceção nos procedimentos de PMA, onde vigora um apertado controlo e registo dos intervenientes que permite uma fácil identificação dos mesmos sem recurso aos tribunais; conjuntura da qual uma conceção por ato sexual não beneficia – "tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, na medida da diferença". Todavia, esta demarcação no acesso à progénie já não se verifica no que respeita ao direito a estabelecer o vínculo de filiação, encontrando-se, nesse prisma, em pé de igualdade o perfilhado e o filho póstumo quando a sua paternidade não é estabelecida em relação ao falecido; especialmente quando ambos são descendentes do mesmo sujeito.

[56] "O direito à identidade pessoal, previsto no artigo 26.º, n.º 1 da CRP, associa-se ao direito de constituir família, consagrado no artigo 36.º, n.º 1 da CRP, abrangendo ambos na sua esfera de protecção o direito ao conhecimento da paternidade e o direito à constituição e/ou destruição do respectivo vínculo jurídico (…)" – Ac. Rel. Lisboa, de 25-05-2017, P.º 25735/15.0T8SNT.L1- 2, in www.dgsi.pt.

que alguém que biologicamente é filho possa aceder ao estatuto jurídico correspondente, quanto o ascendente não se encontre abrangido por normas que excluam a sua parentalidade.

Imagine-se até que **F**, após o nascimento de **G**, rompe o seu relacionamento com **E** e torna-se ausente na vida de **G**, motivo pelo qual **G** cresce no seio da família biológica de **B**, sendo reputado por todos como filho deste último. Seria completamente anacrónico e constitucionalmente impróprio permitir que **C** estabelecesse a sua paternidade a favor de **B**, sem que **G** pudesse exercer semelhante pretensão. Veja-se que ambos partilham do mesmo ascendente, mas paradoxalmente (e sem relevância jurídica, é certo), o filho desejado e que cresce no seio da família do ascendente não seria reconhecido juridicamente, já o "indesejado" que cresceu e viveu à margem do ascendente e da sua estirpe, seria-o. Não podemos perder de vista que o "(…) estabelecimento jurídico dos vínculos da filiação, com todos os seus efeitos, conferindo ao indivíduo o estatuto inerente à qualidade de filho de determinadas pessoas, assume igualmente um papel relevante na caracterização individualizadora duma pessoa na vida em sociedade. A ascendência funciona aqui como um dos elementos identificadores de cada pessoa como indivíduo singular. Ser filho de é algo que nos distingue e caracteriza perante os outros (…)"[57].

Pelas linhas que temos vindo a traçar, defendemos que o filho tem legitimidade para intentar uma ação de investigação da paternidade contra o falecido (no caso, contra os seus herdeiros – art. 1819.º, *ex vi* do art. 1873.º, ambos do CC) – a ação de investigação de paternidade tem como escopo a atribuição jurídica da paternidade do filho ao progenitor biológico deste, pelo que o facto de onde emerge tal direito é a procriação biológica/geração, constituindo tal facto jurídico procriador a respetiva *causa petendi*[58].

Não descartamos, porém, a via constante do n.º 2 do art. 20.º; isto é, a exibição no serviço de registo do documento comprovativo de que foi prestado o consentimento pelo falecido nos termos dos arts. 14.º e 22.º – A. Só que neste caso, impondo o n.º 2 do art. 1819.º do CC ao pretenso filho que pretenda, numa ação de investigação da paternidade, além do estabelecimento do vínculo de filiação, exercer a qualidade de sucessível legitimário e exigir a respetiva legitima subjetiva, o ónus do chamamento à demanda dos herdeiros ou legatários do pretenso pai, cujos direitos sejam atingidos pela procedência da ação[59] [60], tememos que este imperativo legal possa obstar ao sucesso desta via na sua plenitude. Para não falar que: (*i*) o filho poderá não ter acesso nem a posse desse documento; (*ii*) do n.º 2 do art. 20.º deflui que essa exibição deverá ser feita no

[57] Ac. n.º 401/2011 do TC, Proc. n.º 497/10, Relatado por João Cura Mariano.

[58] Cfr. Ac. STJ, de 31-01-2017, P.º 440/12.2TBBCL.G1.S1, in www.dgsi.pt.

[59] "(…) em especial, na medida em que as respetivas posições jus-sucessórias venham a ser atingidas pela procedência do pedido de reconhecimento da maternidade (designadamente, pela redistribuição das medidas da quota indisponível – e, consequentemente, das legítimas subjetivas – e, por conseguinte, da quota disponível).", cfr. CRAVEIRO, Inês Sítima, (nota 45), 702. Embora a autora se refira a "maternidade", no caso, leia-se "paternidade" por força do art. 1873.º do CC.

"Na hipótese de haver, ao lado destas pessoas, herdeiros ou legatários cujos direitos sucessórios sejam atingidos para procedência da ação, é que o investigante, se quiser estender os efeitos do reconhecimento a estes sucessores, necessita de propor a ação também contra eles." – Pires de Lima/Antunes Varela, (nota 25), 93.

[60] A este respeito, perfilhamos da posição de Maria José de Oliveira Capelo quando entende que, o imperativo legal em apreço, legitima uma divisão do estado pessoal quanto aos efeitos patrimoniais. O regime deverá ser alterado no sentido de dotar a decisão judicial de eficácia *erga omnes*, mesmo contra os herdeiros e legatários não demandados; dessa forma pode-se respeitar cabalmente a regra da indivisibilidade do estado pessoal. Cfr. CAPELO, Maria José de Oliveira, "Interesse Processual e Legitimidade Singular nas Ações de Filiação", em *Studia Iuridica, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Editora Coimbra, 1996, 270.

"ato de registo", podendo alegar-se que a extemporaneidade dessa exibição poderá configurar uma violação do princípio da taxatividade dos meios para o estabelecimento da filiação. Assim, de forma a evitar maiores constrangimentos, uma ação de investigação da paternidade será o itinerário mais seguro do ponto de vista dos interesses de todos os envolvidos[61]. Sendo certo que lançar mão desta ação não nos deixa totalmente ilesos de constrangimentos, ou até, do pior de todos – os prazos de caducidade do art. 1817.º[62].

A ação de investigação da paternidade será intentada pelo filho: (*i*) por si, quando maior de idade; (*ii*) através do seu representante legal, (*iii*) pelo Ministério Público, em representação da criança, ao abrigo do seu poder-dever estatutário consignado nas alíneas *b)* do n.º 1 do art.º 4.º e *c)* do n.º 1 do art. 9.º do (Novo) Estatuto do Ministério Público[63]. A legitimidade do representante legal e do Ministério Público decorrerá da prévia impugnação do vínculo paterno-filial por este último, o que acontecerá, a título excecional, nas situações em que este entenda que o superior interesse da criança não foi atendido ou ficou seriamente comprometido ao fazer-se uso do n.º 3 do art. 23.º – por exemplo, na hipótese académica adiantada nas primeiras páginas do nosso estudo. Para nós, o mais prudente seria o Ministério Público formular na mesma ação os pedidos relativos à impugnação e ao reconhecimento da paternidade[64], de forma a evitar uma fortuita inércia do representante legal ou tentativas deste em postergar tal reconhecimento (por exemplo, nos casos em que seja herdeiro ou legatário do falecido, motivos de índole patrimonial poderão orientá-lo nesse sentido).

Respeitada a legitimidade e os prazos de caducidade[65] desta ação, abonará a favor do investigante uma certa facilidade de prova[66], atendendo ao facto

[61] Não descuramos a particular inconveniência para os herdeiros e legatários que, para além do período de indefinição patrimonial a que ficaram adstritos à luz dos n.ºs 5 e 6 do art. 23.º, podem ver-se, novamente, numa situação de indefinição patrimonial.

[62] Pese embora o Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 394/2019) ateste a constitucionalidade desta solução legal, a nossa posição relativamente ao tema é a que se encontra vertida no Ac. Rel. Guimarães, de 09-05-2019, P.º 1431/17.2T8VRL.G1, in www.dgsi.pt – "Impõe-se um regime que permita, a todo o tempo (*scilicet*), instaurar estas ações, padecendo de **inconstitucionalidade material** as normas a impor prazos de caducidade para o exercício de tal direito, sendo o prazo de 10 anos previsto no n.º 1, do art. 1817.º, do C. Civil, inconstitucional por constituir uma restrição injustificada do direito ao conhecimento das origens genéticas (arts. 18.º, n. º 2 e 3, 26.º, n.º 1 e 36.º, n.º 1, da CRP), **reclamando o direito fundamental à identidade pessoal** (do investigante) **uma tutela de absoluta prevalência sobre os interesses do investigado ou dos seus herdeiros**, sejam eles relacionados com a salvaguarda da privacidade, da intimidade da vida familiar, da segurança jurídica ou quaisquer outros (patrimoniais ou não), pois que nenhuma operação de concordância prática entre os direitos e interesses constitucionalmente protegidos das partes pode impor, por razões de proporcionalidade, se ignore a verdade biológica.".

Damos ainda nota que, recentemente, o STJ voltou a desafiar (e bem, diga-se) o entendimento do Tribunal Constitucional quanto a esta matéria: "As normas, contidas no n.º 1 do artigo 1817.º e na al. *c)* do n.º 3 do mesmo preceito, que estipulam prazos de caducidade para as ações de investigação da paternidade constituem uma restrição desproporcionada dos direitos fundamentais a constituir família, à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, bem como do direito a conhecer a ascendência biológica e a ver estabelecidos os correspondentes vínculos jurídicos de filiação, por violação das disposições conjugadas dos artigos 36.º, n.º 1 e n.º 4, 25.º e 26.º, n.º 1, todos da CRP, e do princípio da proporcionalidade ínsito no artigo 18.º, n.º 2, da CRP." – Ac. STJ, de 31-10-2023, P.º 1030/21.4T8STR.E1.S1, in www.dgsi.pt.

[63] Sobre a representação do menor nas ações de investigação da filiação pelo Ministério Público, *vide* – Ac. STJ, de 03-05-2000, P.º 00A326, in www.dgsi.pt.

[64] O que não configura incompatibilidade material de causas de pedir e pedidos, cfr. Ac. Rel. Porto, de 15-02-16, P.º 8135/14.6T8PRT.P1, in www.dgsi.pt.

[65] Para Jorge Duarte Pinheiro uma ação de investigação fora dos prazos previstos no art. 1817.º "(…) não impede a obtenção de uma sentença que estabeleça a filiação, obstando somente à relevância do reconhecimento da posição de filho na sucessão legal.", cfr. Duarte Pinheiro, (nota 8), 178. Salvo o devido respeito pelo ilustre autor e por todos os outros (decisões jurisprudenciais, inclusive) que propugnam por uma possível cisão entre os efeitos pessoais e patrimoniais da filiação, acreditamos que uma dimensão mínima de proteção garantida pelo artigo 36.º, n.º 4 da CRP respeita à inviabilidade de uma categoria de filhos "pela metade".

[66] "Constitui causa de pedir nas acções de investigação da filiação o facto jurídico da procriação biológica, e esta pode ser demonstrada de forma directa, através dos exames hematológicos ou outros métodos cientificamente comprovados, ou de forma indirecta (…), ou de presunções naturais ou judiciais, apelando às regras de experiência comum." – Ac. Rel. Lisboa, de 25-05-2017, P.º 25735/15.0T8SNT.L1, in www.dgsi.pt.

de todo o seu processo de conceção ser documentado (nos termos do art. 16.º da LPMA e dos arts. 17.º, 18.º, 19.º e 20.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro) e ainda, o facto de o consentimento do investigado para utilização de técnicas de PMA *post mortem* ser comunicado ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida para efeitos do seu registo centralizado (n.º 3 do art. 22.º – A). Este acervo documental poderá evitar a necessidade de exumação do cadáver do investigado e uma eventual oposição a tal procedimento por parte dos seus herdeiros na defesa dos direitos de personalidade do falecido[67].

Sendo a ação procedente, o caráter declarativo (e não constitutivo) do estabelecimento da filiação plasmado no n.º 2 do art. 1797.º do CC demanda uma eficácia retroativa dos efeitos da filiação[68]. Desta retroatividade destacamos dois aspetos: (*i*) a adição dos apelidos do progenitor reconhecido (art. 1875.º do CC e n.º 3 do art. 104.º do Código do Registo Civil); (*ii*) o chamamento do filho à herança do progenitor já falecido. No que concerne ao ingresso do filho na herança do falecido, eventualmente já partilhada, há que ter em atenção que a eficácia retroativa do estabelecimento da filiação "(…) não é, contudo, absoluta, existindo razões de vária ordem que justificam o estabelecimento de limites a essa retroação, mormente para proteção da confiança e da segurança jurídica dos cidadãos, defendendo-os contra o perigo de se ver atribuir aos seus atos passados ou às situações transatas efeitos jurídicos com que não podiam razoavelmente contar. Deste modo, na hipótese de a filiação ser (legalmente) estabelecida já após o *terminus* do inventário – o que determina que o herdeiro não adquiriu esta qualidade a tempo de participar na divisão hereditária – não há lugar à anulação da partilha aí realizada por preterição ou falta de intervenção desse herdeiro, assistindo-lhe, todavia, o direito à composição da sua quota hereditária em processo a intentar contra os demais herdeiros do seu progenitor (destaque nosso)"[69] [70].

5. Síntese conclusiva

1. A Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro corrompeu os cânones da Lei da Procriação Medicamente Assistida alterando significativamente o seu ADN. A pujante mutação veio enxertar na nossa ordem jurídica a inseminação post mortem. Enraizada nos espíritos e nas leis, a sua teia complexa enleou o Direito da Filiação e o Direito das Sucessões em novas potencialidades e desafios. No meio destas potencialidades e desafios, o filho póstumo não se furta a ter de enfrentar este binómio de forma mais ou menos penosa, *maxime*, no exercício do seu direito ao conhecimento das origens genéticas.
2. O nosso estudo foi desenhado numa ótica de "correção" da historicidade pessoal do

[67] A respeito da exumação de cadáver nas ações de investigação da filiação *vide* Ac. STJ, de 24-05-2012, P.º 69/09.2TBMUR.P1.S1, in www.dgsi.pt.

[68] "De facto, não é o ato de estabelecimento da filiação que retroage; o ato apenas revela juridicamente o vínculo biológico, no momento em que é praticado, "convertendo-o" em vínculo jurídico. Uma vez "convertido" o vínculo biológico em vínculo jurídico, produz-se um *estado jurídico* cujos efeitos acompanham a duração do vínculo biológico e, portanto, se produzem desde que o vínculo biológico se formou.", cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, "Estabelecimento da Filiação: Retroatividade e seus limites", em *Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito da Família*, *ano 15, n.º 29-30, 2018,* 6, nota de rodapé n.º 1.

[69] Ac. Rel. Porto, de 07-03-2022, P.º 4787/08.4TBGDM-B.P1, in www.dgsi.pt.

[70] Todavia, sendo a partilha do acervo hereditário alcançada extrajudicialmente, entendemos que a preterição de herdeiro, que assume essa qualidade após estabelecer a sua filiação, "(…) não conduz à nulidade (ineficácia em sentido amplo) do negócio jurídico, mas apenas à ineficácia em sentido estrito, enquanto *res inter alios acta*, pelo que a impugnação dessa partilha não depende dos requisitos da anulação da partilha judicial, prevista no **artº 1388º nº1** CPCiv (actual **artº 1127º nº1** CPCiv)." – Ac. Rel. Porto, de 16-06-2020, P.º 1440/17.1T8VFR.P1, in www.dgsi.pt.

filho póstumo, quando este sente essa necessidade. Procurámos, à luz do direito ao conhecimento das origens genéticas, construir um itinerário jurídico que lhe permita assumir o controlo da sua "verdade", impedindo, assim, que perpetuamente esta seja definida e tida como refém pela beneficiária supérstite e o seu novo marido ou companheiro[71].

3. Pelos motivos avançados ao longo do presente texto, repugnamos visceralmente que os filhos gerados por PMA *post mortem* sejam discriminados em relação aos filhos concebidos por ato sexual no que respeita ao exercício do direito ao conhecimento das origens.
4. Relativamente à impugnação do vínculo paterno-filial, defendemos que independentemente do consentimento a que aludem o n.º 3 do art. 1839.º do CC, n.º 3 do art. 23.º e n.º 4 do art.º 20.º da LPMA, o filho mantém o direito a impugnar a paternidade; o véu da "farsa biológica" não é fundamento bastante para fragmentar este direito da sua esfera jurídica.
5. Impugnado com êxito o vínculo de filiação associado ao novo marido ou companheiro da beneficiária, o filho póstumo pode estabelecer a sua paternidade a favor do falecido. Com efeito, evidenciou-se que atendendo à particular posição do falecido em sede de PMA *post mortem*, este não se encontra escudado pelo n.º 2 do art. 10.º e pelos arts. 21.º e 27.º. Então, se assim o é, aquele que nasça com recurso ao seu material genético tem legitimidade ativa para intentar uma ação de investigação da paternidade, não se verificando, por sua vez, uma situação de ilegitimidade passiva.

[71] Como bem nos diz Margarida Silva Pereira, "para além dos genes, há que respeitar toda a complexa construção da identidade do ser humano. E compete reconhecer que cada pessoa tem o direito de tomar em si as rédeas da sua história plena e, se o pretender, desenvolvê-la, transformá-la." – PEREIRA, Maria Margarida Silva, *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL Editora, 2022, 983.

Doutrina

A IGUALDADE DOS CÔNJUGES NO DIREITO DA FAMÍLIA PORTUGUÊS: UMA PERSPETIVA HISTÓRICO-JURÍDICA

Maria João Nunes Afonso
Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas / Menção em Direito Civil

Resumo: *No presente artigo percorremos a história do Direito da Família Português, focando-nos nas particularidades da relação entre mulheres e homens unidos pelo casamento. Essa perspetiva histórica da igualdade entre os cônjuges, permite-nos analisar o estatuto legal da mulher casada ao longo dos séculos e o caminho árduo e moroso que culminou na conquista da igualdade formal – o primeiro passo para a libertação da mulher do lugar de incapacidade e subordinação no casamento e na família.*

Palavras-chave: *igualdade de género, casamento, direitos das mulheres, perspetiva histórica*

Abstract: *In this article we cover the history of the Portuguese Family Law, focusing on the particularities of the relationship between women and men united by marriage. That historical perspective of equality between spouses, allows us to analyze the legal status of married women over the centuries, and the arduous and slow path that culminated in the achievement of formal equality – the first step towards liberating women from a place of incapacity and subordination in marriage and in the family.*

Keywords: *gender equality, marriage, women rights, historical perspective*

I. As Ordenações Filipinas e as primeiras Constituições portuguesas

Se neste estudo da história do Direito da Família Português recuarmos até ao século XVII[1], encontramos nas Ordenações Filipinas[2] um estatuto da mulher casada marcado pela inferioridade, a subordinação e a incapacidade. A mulher devia reverência marital ao marido e, portanto, estava-lhe completamente submissa, ao ponto de serem admitidos castigos corporais. Atentando no regime de administração de bens, percebemos que os direitos patrimoniais da mulher casada eram mais tutelados do que a sua pessoa: o marido começou por ter a administração de todos os seus bens – à exceção dos imóveis, cuja disposição carecia da sua autorização – contudo, a certa altura, a mulher passou a poder "reservar para si a administração dos seus bens" através de convenção

[1] Com tal delimitação cronológica, pretende-se não integrar no presente estudo o Direito Romano e o Direito Canónico. De referir, contudo, que ambos influenciaram fortemente o processo de criação legislativa que lhes sucedeu. Segundo BRIGAS, Míriam Afonso, *As relações de poder na construção do Direito da Família português [1750-1910]*, Lisboa, AAFDL, 2016, 57-58, o Direito acaba "por congregar as influências recebidas da época medieval pelas mãos do direito romano e do direito canónico", pelo que "os antecedentes da construção familiar têm de ser procurados na família patriarcal romana e na evolução que o cristianismo introduziu na autoridade do chefe de família, dulcificando institutos como o poder paternal e o próprio instituto jurídico dos cônjuges, em especial a mulher".

[2] Na História do Direito Português existiram as Ordenações Afonsinas, seguidas das Ordenações Manuelinas e, por fim, as Ordenações Filipinas. BRIGAS, Míriam Afonso, (nota 1), 97, explica que "a passagem das Ordenações Manuelinas para as Filipinas evidencia alterações de relevo na abordagem das relações familiares", porque apesar de as primeiras fazerem "referência a vários atos jurídico-familiares", nas segundas "encontramos um maior cuidado no tratamento das matérias familiares", apesar de que "não individualizaram a família como uma área especial do direito". As Ordenações Filipinas eram compostas por 5 livros: o Livro I sobre Direito Administrativo e Organização Judiciária; o Livro II sobre Direito dos Eclesiásticos, do Rei, dos Fidalgos e dos Estrangeiros; o Livro III sobre Processo Civil; o Livro IV sobre Direito Civil e Direito Comercial e o Livro V sobre Direito Penal e Processo Penal. As Ordenações Filipinas vigoraram até 1867, tendo sido revogadas com a entrada em vigor do Código de Seabra, o primeiro Código Civil português.

antenupcial, além de que ambos os cônjuges podiam estabelecer um dote[3].

O adultério e a bigamia eram punidos, concretizando o dever de fidelidade dos cônjuges, mas essa punição variava em função do género. O marido da mulher adúltera estava legitimado a matá-la ou a interná-la num recolhimento, e podia pedir a separação de pessoas e bens. Por sua vez, o adultério do marido, sendo silenciado, raramente era punido[4].

Previam as Ordenações Filipinas que o direito ao casamento podia ser adquirido através do estupro[5], algo que só foi impedido quando a Lei de 6 de outubro de 1784 estabeleceu o regime jurídico aplicável aos esponsais, exigindo a vontade dos contraentes, o consentimento dos progenitores e a celebração por escritura pública.

Até ao século XX as Constituições não faziam referência à família e ao casamento[6]. Todavia, desde as Constituições monárquicas portuguesas que se consagra expressamente a igualdade perante a lei. Quando se dizia que "a lei é igual para todos" na Constituição de 1822, na Carta Constitucional de 1826 e na Constituição de 1838[7], consagrava-se também "o tratamento constitucional igualitário do homem e da mulher"[8] [9].

Anos mais tarde, encontramos esse mesmo preceito no primeiro Código Civil português, apesar de que essa igualdade estava longe de ser verdadeiramente concretizada, na lei e na prática. Desde logo porque tanto o Código Prussiano de 1794, como o Código Civil francês de 1804 tiveram uma clara projeção na elaboração do Código Civil português de 1867. Isso significa que nele encontrávamos, por um lado, a intenção de definir e regulamentar detalhadamente os deveres de homens e mulheres, evidência do particular interesse do Estado pelas relações familiares, herdada do Código Prussiano[10]; por outro lado, deparamo-nos com um grande número de normas erigidas com o propósito de estabelecer ramificações do poder marital, característica do *code civile* francês[11].

[3] Que consistia num "conjunto de bens de que nenhum dos cônjuges podia dispor", *vide* GUIMARÃES, Elina, "A mulher portuguesa na legislação civil", *Análise Social*, Vol. XXII, n.º 92-93, 1986, 559.

[4] *Vide* GUIMARÃES, Elina, (nota 3), 558-559. BRIGAS, Míriam Afonso, (nota 1), 159, afirma que "relativamente à mulher adúltera, o legislador aplicou a morte natural", presumindo "que a ofensa praticada pela mulher ao marido é de relevância capital". Contudo "não encontramos norma de conteúdo idêntico para o homem casado".

[5] *Vide* BRIGAS, Míriam Afonso, (nota 1), 187.

[6] *Vide* MARTINS, Rosa, *A família entre o público e o privado. A proposta metodológica da autonomia relacional na análise do regime jurídico do casamento*, Coimbra, Almedina, 2009, 294-296, "a família e o casamento, pela primeira vez, entram na Constituição Portuguesa, em 1933". A partir daí, "no topo da hierarquia do sistema jurídico, são os textos constitucionais que consagram os princípios fundamentais a que uma regulação jurídico-civil da família e do casamento tem de subordinar-se".

[7] Citando MIRANDA, Jorge, *As Constituições portuguesas: de 1822 ao texto atual da Constituição*, 5.ª edição, Lisboa, Livraria Petrony, 2004, 31,137 e 168:
Art. 9.º da Constituição de 1822: "A lei é igual para todos. Não se devem, portanto, tolerar privilégios do foro nas causas cíveis ou crimes, nem comissões especiais. Esta disposição não compreende as causas, que pela sua natureza pertencerem a juízos particulares, na conformidade das leis".
Art. 145.º, §12.º, da Carta Constitucional de 1826: "A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um".
Art. 10.º da Constituição de 1838: "A lei é igual para todos".
Para MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, 164, tais normas demonstram como "o constitucionalismo português teve (…) desde o início, perceção da importância fundamental do princípio da igualdade".

[8] BRIGAS, Míriam Afonso, (nota 1), 745.

[9] Este enunciado começou por ser interpretado num sentido de igualdade formal, cumprindo-se apenas "numa igual aplicação da lei a todos os cidadãos", *vide* MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, (nota 7), 164. Assim, o princípio da igualdade concretizava-se na garantia de que as normas produziam efeitos iguais para todos.

[10] O Código Prussiano de 1794 foi o primeiro Código Civil europeu e, nas palavras de SILVA, Eva, *A desvalorização (?) do Instituto do Casamento no Direito Português*, Coimbra, Gestlegal, 2019, 22, especialmente ao nível da relação matrimonial, caracteriza-se por uma "previsão legal muito alargada e pormenorizada dos deveres conjugais", regulamentando "as razões justificativas da recusa do débito conjugal" e chegando até a definir "o que legitimava a ausência de um dos cônjuges de casa". Segundo MARTINS, Rosa, (nota 6), 222, também o Código Civil português de 1867 comportava "uma disciplina pormenorizada da organização da vida familiar e do comportamento dos seus membros".

[11] SOTTOMAYOR, Maria Clara, "Anotação ao art. 1577.º", in Maria Clara Sottomayor (coord.), *Código Civil Anotado – Livro IV (Direito da Família)*,

II. O Código Civil de 1867

Em 1867 entra em vigor o primeiro Código Civil português[12], substituindo a legislação civil das Ordenações Filipinas e pondo fim ao monopólio do Direito Canónico na regulamentação do casamento, de modo que o Direito português passou a prever o casamento civil a par do casamento católico[13]. Contudo, o facto de se definir o casamento como "um contrato perpétuo feito entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente a família"[14], demonstra como perdurou a ideia de casamento enquanto "instituto heterossexual de que emerge um vínculo que só se extingue com a morte das partes"[15], propagado pela Igreja Católica.

O art. 7.º determinava que "a lei civil é igual para todos, e não faz distinção de pessoas, nem de sexo, salvo nos casos que forem especialmente declarados"[16]. Portanto, "as mulheres têm todos os direitos, exceto aqueles que a lei lhes não concede"[17].

E à mulher casada a lei concedia muito pouco. Ao casar adquiria a nacionalidade do marido[18], o que significava que perdia a nacionalidade portuguesa se cassasse com um estrangeiro, e sendo estrangeira, ao casar com um português, adquiria a nacionalidade portuguesa. O mesmo não acontecia com os homens, fossem portugueses ou estrangeiros. Também a idade nupcial era diferente: 12 anos para o sexo feminino e 14 anos para o sexo masculino[19].

Porque a mulher tinha a obrigação de acompanhar o marido[20], o seu domicílio não podia ser outro que não o deste[21]. A administração de bens do casal era entregue ao marido: a ele cabia a administração dos seus bens próprios, dos bens comuns e dos bens próprios da mulher, que apenas tinha poderes de administração mediante consentimento do marido ou no seu impedimento ou ausência[22]. Este podia dispor livremente dos bens mobiliários do casal, só se exigindo o consentimento da mulher tratando-se de bens imobiliários, próprios ou comuns[23]. A lei ia mais longe e proibia a mulher de reservar para si a administração dos bens do casal

Coimbra, Almedina, 2020, 16, explica que o Código Civil francês de 1804, não adotou "os ideais de igualdade entre homens e mulheres da Revolução francesa, concebendo o casamento civil como um contrato em que as mulheres tinham um estatuto desigual e de submissão ao marido".

[12] No presente capítulo, todas as normas em que se omita a referência do diploma a que pertencem, considerar-se-ão do Código Civil português de 1867.

[13] Nos termos do art. 1057.º do Código Civil de 1867: "Os católicos celebrarão os casamentos por forma estabelecida na igreja católica. Os que não professarem a religião católica celebrarão o casamento perante o oficial do registo civil, com as condições, e pela forma estabelecida na lei civil". Assim, o Código acolhia o sistema de casamento civil facultativo, na segunda modalidade. COELHO, Francisco Pereira /OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 5.ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, 208-212, explicam que "o Estado admite como válido e eficaz o casamento católico" tal como é regulado pelo Direito Canónico: desde a forma de celebração à legislação e jurisdição. Por isso, o casamento civil e o casamento católico, "são institutos diferentes, regidos por duas ordens jurídicas também diferentes". Segundo CAMPOS, Diogo Leite de/ CAMPOS, Mónica Martinez de, *Lições de Direito da Família*, 5.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2020, 162, "em Portugal, até ao Código Civil de 1867, vigorou o sistema do casamento católico obrigatório".

[14] Art. 1056.º do Código Civil de 1867.

[15] PINHEIRO, Jorge Duarte, "Religião e Direito da Família", *Revista de Direito Público*, n.º 12, 2014, 98.

[16] Veremos que, como notou OTERO, Paulo, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2007, 255, "a igualdade de todos perante a lei era apenas a igualdade do homem (e nem de todos), excluindo-se deste estatuto igualitário a mulher, a qual se encontrava sujeita a um conjunto diversificado de incapacidades".

[17] GUIMARÃES, Elina, "A situação jurídica da mulher e a futura reforma do Código Civil", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 5, n.º 3 e 4, 1945, 84.

[18] Art. 22.º, n.º 4 do Código Civil de 1867.

[19] Art. 1073.º do Código Civil de 1867.

[20] Art. 1186.º do Código Civil de 1867.

[21] Art. 49.º do Código Civil de 1867.

[22] Arts. 1117.º e 1189.º do Código Civil de 1867.

[23] Arts. 1118.º e 1119.º do Código Civil de 1867.

através de convenção antenupcial[24]. Ainda assim, podia requerer a separação de bens "a mulher casada, quer sem comunhão de bens, quer com ela, que se achar em perigo manifesto de perder o que for seu, pela má administração do marido"[25].

O art. 1184.º, ao consagrar os deveres dos cônjuges, obrigava ambos a guardarem mutuamente fidelidade conjugal, a viverem juntos e a socorrerem-se e ajudarem-se reciprocamente, mas a norma seguinte encarregava-se de definir obrigações específicas para cada um deles: "ao marido incumbe, especialmente, a obrigação de proteger e defender a pessoa e os bens da mulher; e a esta a de prestar obediência ao marido"[26].

A mulher não podia "contrair dívidas sem autorização do marido, exceto estando ele ausente ou impedido"[27], e sem essa autorização também não podia "adquirir ou alienar bens, nem contrair obrigações, exceto nos casos em que a lei especialmente o permite"[28]. Acrescenta o art. 1194.º que a autorização devia "ser especial para cada um dos atos que a mulher pretenda praticar, exceto sendo para comerciar". A autorização do marido é também exigida para poder estar em juízo, salvo nos casos enumerados no art. 1192.º.

Portanto, é de concluir que "o estatuto da mulher casada" se assemelhava ao da "incapacidade por menoridade: o seu representante legal é o marido, a quem deve obediência, salvo em circunstâncias excecionais que são cuidadosamente especificadas"[29].

E como se todas estas limitações não bastassem, por aplicação do art. 1189.º, a remuneração que recebesse pelo seu trabalho era administrada pelo marido, o que significa que "a mulher é competente para ganhar", mas "não é competente para receber aquilo que ganha"[30].

O Código de Processo Civil de 1876 previa o processo de entrega judicial da mulher[31], do qual o marido se podia socorrer caso esta não cumprisse quer a obrigação de o acompanhar, quer o dever de coabitação. Além disso, estava previsto o depósito da mulher casada, enquanto ato preparatório "ou como consequência da ação de separação"[32].

Apesar de não ser admitido o divórcio, o Código de Seabra previa a separação de pessoas e bens[33]. Para ser decretada pelo tribunal, ao marido bastava alegar "o adultério da mulher"; já a mulher, perante o adultério do marido, só se podia separar se este ocorresse "com escândalo público, com completo desamparo da mulher, ou com concubina teúda e manteúda no domicílio conjugal". Também a pena aplicável à mulher pela prática do crime de adultério era bem mais grave do que a pena aplicável ao homem pela prática do mesmo crime: ela era punida com pena de prisão de dois a oito anos ou com

[24] De acordo com o disposto no art. 1104.º do Código Civil de 1867, podia apenas "reservar para si o direito de receber, a título de alfinetes, uma parte dos rendimentos de seus bens, e dispor dela livremente, com tanto que não exceda a terça dos ditos rendimentos líquidos". GUIMARÃES, Elina, "Evolução da situação jurídica da mulher portuguesa", *A mulher na sociedade contemporânea*, Lisboa, Prelo, 1969, 17, explica que "esta curiosa designação vem da época em que os alfinetes eram caros e indispensáveis, e fáceis de perder", pelo que "para evitar que a aquisição deles fosse causa de fricções constantes, a lei estabeleceu uma verba especial que se entendia aplicável às pequenas despesas femininas".

[25] Nos termos dos arts. 1219.º e ss. do Código Civil de 1867.

[26] Art. 1185.º do Código Civil de 1867. A obrigação de proteger e defender a pessoa e os bens da mulher cumpre-se no controlo desta, e isso é visível em várias normas do Código Civil de 1867, mas também do Código Penal de 1886, como o art. 461.º que previa o crime cometido por quem abrisse "alguma carta ou papel fechado de outra pessoa", e no §1º determinava que tal disposição não era aplicável aos maridos quanto às cartas ou papéis das suas mulheres.

[27] Art. 1116.º do Código Civil de 1867.

[28] Art. 1193.º do Código Civil de 1867.

[29] MELO, Helena Pereira de/PIMENTEL, Irene Flunser, *Mulheres portuguesas*, Lisboa, Clube do Autor, 2015, 105-106.

[30] GUIMARÃES, Elina, (nota 17), 98.

[31] Art. 665.º do Código de Processo Civil de 1876.

[32] Nos arts. 477.º e ss. do Código de Processo Civil de 1876.

[33] Nos arts. 1204.º e ss. do Código Civil de 1867.

degredo temporário; ele era punido com uma multa de três meses a três anos. Caso o marido matasse a esposa adúltera, ou o seu cúmplice, ou ambos, em flagrante delito, era condenado a seis meses de desterro da comarca[34]. Contudo, invertendo-se os papéis, à mulher só se aplicaria a mesma pena, se se tratasse de "concubina teúda e manteúda pelo marido na casa conjugal"[35]. O Código Penal de 1886 previa também que, quanto aos crimes de estupro e violação, se o autor do crime casasse com a vítima, cessaria todo o procedimento criminal ou pena[36].

Porque à celebração do casamento estava associado um propósito de procriar e constituir a chamada «família legítima», veja-se que o legislador, depois de estabelecer no art. 137.º no que consistia o poder paternal, logo no art. 138.º consagrava que "as mães participam do poder paternal, e devem ser ouvidas em tudo o que diz respeito aos interesses dos filhos; mas é ao pai que especialmente compete durante o matrimónio, como chefe da família, dirigir, representar e defender seus filhos menores, tanto em juízo, como fora dele"[37].

Em suma, o primeiro Código Civil português é um instrumento "onde se perpetua a figura da mulher obediente na sua realidade conjugal e materna"[38]. A relação matrimonial estava submetida a normas rígidas que demarcavam qual o papel a desempenhar por cada cônjuge: ao homem cabia "realizar o seu percurso individual fora de casa", assegurando o sustento da família, enquanto a mulher devia proporcionar ao marido "o conforto doméstico e afetivo de que ele precisava, encarregar-se do trabalho doméstico e da educação dos filhos[39]. Mas, mais do que distintos, estes papéis espelhavam uma relação hierárquica em que à supremacia do homem correspondia a submissão da mulher[40]. Consequentemente, "no plano jurídico

[34] Art. 372.º do Código Civil de 1867. Esta norma foi revogada pelo Decreto-Lei n.º 262/75, de 27 de maio "com base na consideração de que (…) conferia um autêntico «direito de matar»", *vide* Comissão da Condição Feminina, "Discriminação contra a Mulher no Direito de Família", Cadernos da Condição Feminina n.º 1, Lisboa, Comissão da Condição Feminina, 1976, 17.

[35] MELO, Helena Pereira de/PIMENTEL, Irene Flunser, (nota 29), 102. Na página 114, as autoras explicam que "o bem jurídico protegido por estas normas é o da honra, sobretudo a do marido, ofendida pelo comportamento sexual da mulher quando esta estabelece uma relação extraconjugal. O comportamento do marido, quando agride a mulher ou o amante, é considerado socialmente quase aceitável". Sobre isto, OSÓRIO, Ana de Castro, *Às mulheres portuguesas*, Ermesinde, Livraria Edições Ecopy, 2009, 212-213, declara que "sobre a mulher cai toda a ira, todo o selvagem ciúme do legislador, que defende nos maridos o direito do macho que não tolera o desprezo da fêmea".

[36] Art. 400.º do Código Penal de 1886. *Vide*, COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, (nota 13), 295. Segundo MELO, Helena Pereira de/PIMENTEL, Irene Flunser, (nota 29), 114-117, "pelo casamento cessa a «desonra» da mulher ofendida na sua honra". Em relação ao facto de o homem estar obrigado a dotar a mulher ofendida, as autoras afirmam que a importância desse dote seria "fixada pelo tribunal em função da responsabilidade penal do agente – funciona, assim, como uma indemnização atribuída à vítima".

[37] Sobre o poder paternal, OSÓRIO, Ana de Castro, (nota 35), 208-209, afirma que "embora o art. 138.º proclame que a mãe comparticipa do poder paternal, e deverá ser ouvida em tudo que respeita os interesses dos filhos, tal não pode suceder, porque o pai é o único representante do poder paternal, e contra ele a opinião e a vontade materna nada valem".

[38] BRIGAS, Míriam Afonso, "A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – primeiras reflexões", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. LXII, n.º 1, 2021, 787. Como bem resume OSÓRIO, Ana de Castro, (nota 35), 60, esta é "a mulher que geralmente só tem um nome respeitado quando o homem lho dá; a mulher que é educada para agradar ao homem, para arranjar pelo casamento uma situação definida pela sociedade; a mulher sem um fim determinado na sua vida individual, sem um pensamento nobre a elevar-lhe as aspirações; a mulher escrava pela força e submetida pelas leis".

[39] COELHO, Francisco Pereira /OLIVEIRA, Guilherme de, (nota 13), 121-122.

[40] CARVALHO, Maria Amália Vaz de, *Mulheres e Crianças (Notas sobre Educação)*, Porto, Joaquim Antunes Leitão & Irmão, 1880, 9-12, associou o estatuto de submissão da mulher à ausência de educação, quando afirmou que o melhor meio de o alcançar "consistia em condensar as trevas da ignorância e da superstição em torno daquela de quem são forçados a fazer a sua companheira de vida". E acrescenta: "Querem conservar-nos num plano muito inferior ao seu, como ilustração, conhecimentos, inteligência, isto para que nunca nos venha à ideia aspirar à perfeita igualdade dos direitos e dos privilégios". Mais tarde, VASCONCELOS, Carolina Michaëlis de, *O Movimento Feminista em Portugal*, Paio Pires, Editorial Seis-Filetes, Lda. (Fradique), Edição organizada por Luís Carlos Patraquim, 2002, 21 e 25-26, escreveu: "as mulheres submetem-se, sem protesto sensível, à tradição secular de inferioridade na cultura, na preparação para as lutas da vida, e até no tratamento de assalariadas, em confronto com os seus companheiros masculinos" e, mais uma vez, volta a ser proposta como solução a educação

da representação da família, quer na esfera das relações pessoais, quer no domínio dos assuntos patrimoniais, a única voz ativa da sociedade conjugal era a do marido"[41]. E, por isso, a mulher que se separasse de pessoas e bens readquiria a sua plena capacidade, tal como em caso de viuvez. Da mesma forma, uma mulher solteira, com mais de vinte e um anos ou emancipada podia "comprar e vender bens imóveis, publicar os seus escritos livremente, exercer uma indústria, comércio ou ter um emprego e administrar como bem entender os proveitos daí resultantes"[42].

O papel da mulher e o seu estatuto jurídico, na sociedade em geral e no casamento em particular, são questionados quando, nas últimas décadas do século XIX, emergem os primeiros discursos feministas e, a mulheres como Ana de Castro Osório, Carolina Michaëlis e Adelaide Cabete[43] se juntam vozes masculinas como as de José Joaquim Lopes Praça e José Ferreira Marnoco e Sousa[44].

III.A Legislação Republicana

A 25 de dezembro de 1910, poucos meses após a instauração da República, foram publicadas as Leis da Família, que se dividiam em dois decretos: um dedicado ao casamento como contrato civil e outro à proteção da família. No art. 1.º do Decreto n.º 1, o casamento é definido como "um contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente a família", deixando de se caracterizar como perpétuo, face à consagração da possibilidade de dissolução por divórcio[45].

Do art. 2.º resultava que o casamento era um "contrato puramente civil", estabelecendo o art. 3.º que "todos os portugueses celebrarão o casamento perante o respetivo oficial do registo civil, com as condições e pela forma estabelecida na lei civil, e só esse é válido". Assim passou a vigorar o sistema de casamento civil obrigatório, de acordo com o qual o casamento civil é a única forma de

da mulher: "o caminho está pois nitidamente traçado: fundar escolas, libertar as futuras gerações femininas da ignorância e da superstição, de preconceitos masculinos e de prevenções dogmaticamente incutidas, pregar-lhes o evangelho do trabalho".

[41] VARELA, Antunes, "Evolução histórica da sociedade familiar", *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Ciências Humanas*, Vol. 2, 1981/1986, 43.

[42] MELO, Helena Pereira de/PIMENTEL, Irene Flunser, (nota 29), 110. OSÓRIO, Ana de Castro, (nota 35), 230, descreve-la como "um indivíduo autónomo" e "senhora absoluta do que é seu como da sua vontade".

[43] Nas palavras de MELO, Helena Pereira de/PIMENTEL, Irene Flunser, (nota 29), 33, "Às mulheres portuguesas" de Ana de Castro Osório (*vide* nota 35) "foi um dos primeiros manifestos feministas no nosso país". Carolina Michaëlis de Vasconcelos destacou-se ao publicar uma série de artigos intitulados "O movimento feminista em Portugal" (*vide* nota 40). Adelaide Cabete defendeu os direitos das mulheres nas mais diversas áreas: desde a educação, ao emprego, à participação política, à proteção da gravidez e da maternidade, o que fez dela uma "feminista por todas" (*vide* MELO, Helena Pereira de/PIMENTEL, Irene Flunser, (nota 29), 37-54).

[44] Ambos professores catedráticos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, foram dos primeiros autores a dedicar-se ao estudo dos direitos das mulheres em Portugal. PRAÇA, José Joaquim Lopes, *A Mulher e a Vida ou A Mulher Considerada Debaixo dos Seus Principais Aspétos (Instrução Secundária)*, 2.ª edição fac-similada do original publicado em 1872 pela Imprensa da Universidade de Coimbra, Lisboa, Edições Colibri, 2005, 18, defendeu que "a mulher deve ter a sua entrada na vida; não pela senda escorregadia e perigosa da ignorância e da incerteza; mas pela estrada segura da instrução, da dignidade e da responsabilidade" na medida em que "não é um ser domesticável, mas um ser racional e livre e, como tal, responsável". Na mesma obra, 296-297, reconheceu que "os direitos da mulher são igualmente, quanto à sua essência, equiparados aos do homem; a sua menoridade perpétua é um prejuízo, de que graças aos progressos da civilização se vão expurgando os códigos das nações cultas". SOUSA, Marnoco e, *História das Instituições do Direito Romano*, Peninsular e Português – Preleções Feitas ao Curso do 2.º Ano Jurídico do Ano de 1909 a 1910, 3.ª edição, Coimbra, França Amado, 1910, 189 e ss., reconheceu a desigualdade entre homem e mulher no Direito, em especial no âmbito do casamento, ao afirmar que "a abolição da autorização marital será (…) o primeiro passo no caminho que nos deve levar a uma exata e clara legislação das mulheres, satisfazendo aos votos de todos os que amam a justiça e a liberdade".

[45] A 3 de novembro de 1910, foi promulgada a Lei do Divórcio, estabelecendo-se pela primeira vez a possibilidade de divórcio: uma forma de dissolução do casamento que produz os mesmos efeitos que a dissolução por morte, "quer no que respeita às suas pessoas e bens, quer no que se refere à faculdade de contraírem novo casamento", *vide* MELO, Helena Pereira de/PIMENTEL, Irene Flunser, (nota 29), 130. A partir deste momento, os fundamentos da separação e do divórcio são os mesmos para mulheres e homens, o que significa que o adultério, do marido ou da mulher, enquanto causa de separação ou de divórcio, passa a estar regulado nos mesmos termos.

casamento admitida pelo Estado[46]. Acresce que, a idade nupcial passou a ser de 16 anos para o sexo feminino e 18 anos para o sexo masculino[47].

Inalterados os deveres dos cônjuges[48], a grande novidade consta do art. 39.º que começa por declarar que a sociedade conjugal se baseia "na liberdade e na igualdade", para depois determinar que incumbe "ao marido, especialmente, a obrigação de defender a pessoa e bens da mulher e dos filhos e à mulher, principalmente, o governo doméstico e uma assistência moral tendente a fortalecer a unidade da família".

É neste preceito que identificamos um princípio de igualdade entre os cônjuges, contudo também nele se consagra o poder marital e se definem os papéis do homem e da mulher no casamento. Assim, o que parece decorrer desta disposição é que, é de admitir a igualdade conjugal, mas apenas se isso não prejudicar a relação matrimonial e familiar, sendo que a única forma de o garantir passa por "reconhecer a natural supremacia da vontade do marido"[49]. Como escreveu Braga da Cruz: "é o interesse da família que exige a subordinação da mulher ao marido, e não qualquer razão atinente ao sexo[50].

Apesar da censurável redação do art. 39.º, o Decreto n.º 1 de 1910 trouxe avanços importantes, nomeadamente ao consagrar que "em nenhuma circunstância poderá o marido requerer que lhe seja judicialmente entregue a mulher"[51]. Esta passa a poder estar em juízo nos mesmos termos que o marido[52] e, apesar de continuar a ter de adotar a sua residência[53], deixa de estar obrigada a acompanhá-lo. Pode publicar livremente os seus escritos[54] ainda que, por aplicação do art. 1189.º do Código de Seabra, a remuneração seja administrada pelo marido, já que, a nível patrimonial, as Leis da Família não trouxeram qualquer equiparação entre os cônjuges[55].

A primeira Constituição Republicana, a Constituição de 1911, voltou a acolher a expressão "a lei é igual para todos", no n.º 2 do seu art. 3.º[56].

IV. A legislação do Estado Novo

Em 1926 inicia-se o Estado Novo, um período durante o qual o estatuto da mulher casada sofre um retrocesso grave, na medida em que a maior parte dos seus direitos e deveres voltam a ser regulados pelo Código Civil de 1867.

Em nome da harmonia doméstica, assiste-se a uma "divisão salazarista do trabalho entre géneros"[57] que ditava que a mulher se devia dedicar ao trabalho doméstico e à educação dos filhos[58]. As-

[46] O art. 312.º do Código de Registo Civil de 1911 "estabelecia a precedência obrigatória do casamento civil sobre qualquer casamento religioso", *vide* COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, (nota 13), 213.

[47] Art. 5.º do Decreto n.º 1, de 25 de dezembro de 1910.

[48] Previstos no art. 38.º do Decreto n.º 1, de 25 de dezembro de 1910.

[49] MELO, Helena Pereira de, *Os direitos das mulheres no Estado Novo*, Coimbra, Almedina, 2017, 73. Essa mesma ideia é sublinhada por BRIGAS, Míriam Afonso, (nota 1), 821: "a mulher tem a possibilidade de agir, mas condicionada pelo valor superior da harmonia conjugal".

[50] CRUZ, Guilherme Braga da, *Direitos de Família*, Vol. II, 2.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1943, 19. E acrescenta: "a prova disso é que a mulher solteira, viúva ou divorciada goza, com pequenísimas exceções, de uma capacidade jurídica igual à do homem".

[51] Art. 41.º do Decreto n.º 1, de 25 de dezembro de 1910.

[52] Art. 44.º do Decreto n.º 1, de 25 de dezembro de 1910.

[53] Exceto no caso de este optar por ir viver para as colónias ou para o estrangeiro. *Vide* o art. 40.º do Decreto n.º 1, de 25 de dezembro de 1910.

[54] Art. 42.º do Decreto n.º 1, de 25 de dezembro de 1910.

[55] Como conclui BRIGAS, Míriam Afonso, (nota 1), 822, "o legislador de 1910 acabou por não ser capaz de cortar totalmente com a dependência feminina e estabelecer a autonomia da mulher enquanto sujeito jurídico".

[56] Neste período, o princípio da igualdade continuou a ser interpretado de uma perspetiva estritamente formal, dele decorrendo apenas um dever de igualdade na aplicação do direito: a norma devia ser aplicada da mesma forma a todos e isso bastava para que se considerasse igualitária. Só mais tarde se reconhece uma outra vertente deste princípio: a igualdade material, na criação das normas, que vincula também o legislador.

[57] MELO, Helena Pereira de/PIMENTEL, Irene Flunser, (nota 29), 212.

[58] Segundo António de Oliveira Salazar, à mulher solteira devia ser facilitado o emprego e a mulher casada devia regressar ao lar, para se entregar exclusivamente à função de esposa, mãe e dona de casa. *Vide*, MELO, Helena

siste-se à reprodução de tais posições por Pires de Lima, quando disse que "devia reagir-se um pouco contra a invasão das mulheres nas repartições do Estado" e que "é condenável, por exemplo, que uma mulher casada seja funcionária, porque isso é condenar o lar e os filhos ao abandono"[59].

Consequentemente, o trabalho remunerado da mulher casada era encarado como auxiliar e complementar em relação ao trabalho do marido e, por isso, desvalorizado, mal pago e insuficiente para garantir a sua independência económica. Além disso, o facto de uma mulher ter um determinado emprego podia dificultar ou impossibilitar a celebração do casamento, assim como ser uma mulher casada podia condicionar o acesso a determinadas carreiras profissionais.

Estes ideais têm reflexo na legislação criada durante o Estado Novo, nomeadamente na Constituição Política de 1933[60], cujo art. 5.º consagrava a igualdade dos cidadãos perante a lei, proibindo a discriminação em função do sexo, "salvo quanto à mulher as diferenças resultantes da sua natureza e bem da família"[61].

Portanto, eram dois os fundamentos constitucionais de discriminação da mulher, um "biológico" e outro "ideológico". Como destaca Teresa Pizarro Beleza, "a mulher parece ter uma «natureza», mas não o homem"[62]. Essa natureza sustentaria a norma que estabelecia uma idade nupcial menor, as normas laborais que proibiam trabalhos violentos, as que protegiam grávidas e puérperas, e ainda as que vedavam às mulheres determinadas carreiras.

Já as exceções fundadas no bem da família tendiam a determinar a incapacidade de gozo e de exercício da mulher[63], por oposição à plena capacidade do marido. A propósito deste fundamento, Elina Guimarães fez um comentário pertinente: "a razão por que há-de a lei pressupor que a mulher casada se tivesse capacidade de agir livremente, agiria sempre contra os interesses da família, que

Pereira de/PIMENTEL, Irene Flunser, (nota 29), 210-211. Conforme destaca MELO, Helena Pereira de, (nota 49), 25, este "lugar da mulher na família heterossexual estável, constituída com o intuito de procriar", é preparado desde a infância, nomeadamente através do Livro Único, composto por textos capazes de "moldar a mentalidade das crianças para o que a sociedade delas esperava quando adultas": se fossem meninas, que fossem boas esposas e mães de família; se fossem meninos, que fossem bons pais de família e excelentes profissionais, capazes de prover de forma satisfatória o sustento da família. Por outro lado, as escolas garantiam esta distribuição de papéis em função do sexo, através da separação dos alunos e de um ensino diferente para rapazes e raparigas.

Nesta linha, vejam-se os seguintes excertos de textos publicados pela Mocidade Portuguesa Feminina (MPF), destacados por MELO, Helena Pereira de, (nota 49), 173-177: "É como mãe que a mulher atinge toda a grandeza e elevação da sua função social. É na vida do lar que hão-de desenvolver-se todas as suas virtudes, que o amor dos filhos e o respeito do marido quase divinizam. […] A nossa reconstrução social impõe uma sólida organização da família que não é possível sem que a mãe, cuidadosamente preparada, aí tenha o lugar de relevo que por direito natural lhe pertence." (*vide* Maria Guardiola, "O que é a Mocidade Portuguesa Feminina", *Mocidade Portuguesa Feminina*, n.º 50, junho de 1943, Lisboa); "A ciência doméstica é indispensável a toda a mulher, porque dela depende em grande parte a felicidade, saúde e bem-estar da família e Deus confiou à mulher a sagrada missão de velar pelo bem dos seus. Saber tratar da casa, conservá-la limpa e arranjada, agradável à vista e em condições de higiene, alegre e confortável, pode valer mais do que ter um diploma de doutora!" (*vide* M. J., "Trabalhos domésticos", *Mocidade Portuguesa Feminina*, n.º 3, julho de 1939, Lisboa).

[59] LIMA, António Augusto Pires de, *Administração Pública (Subsídios para o Estudo de Alguns Problemas*, Proto, Porto Editora, 1945, 180.

[60] MARTINS, Rosa, (nota 6), 296-297, "é sob influência da Constituição de Weimar que a família e o casamento, pela primeira vez, entram na Constituição Portuguesa, em 1933". A autora adianta que "a proteção à família baseada no casamento era, sem dúvida, uma das tarefas mais significativas assumidas pelo Estado Novo". Sendo que "a proteção da família e do casamento radicava na importância das funções que estas duas instituições desempenhavam na construção de um determinado modelo de sociedade e de um determinado modelo de Estado".

[61] SOTTOMAYOR, Maria Clara, "A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 87, classifica o art. 5.º como um «preceito sim-não», negando na segunda parte o que é afirmado na primeira. Segundo MARTINS, Rosa, (nota 6), 298, "a própria Constituição introduzia brechas no princípio da igualdade dos cônjuges, permitindo ao legislador ordinário a consagração de um modelo hierárquico e autoritário de casamento e de família".

[62] BELEZA, Teresa Pizarro, *Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990, 123-124. Segundo a autora, o que encontramos neste art. é "uma uniformização do género feminino por contraposição aos homens-indivíduos".

[63] *Vide*, MELO, Helena Pereira de, (nota 49), 72.

são afinal os seus próprios interesses, é que ninguém disse"[64]. A mulher é idealizada como um ser naturalmente destinado a cuidar, e é com base nessa ideia que se delimita a sua esfera de atuação: cuidar da casa (ainda que não seja proprietária), cuidar do marido (ainda que seja sua submissa) e cuidar dos filhos (ainda que o poder paternal seja exclusivo do pai). Ainda assim, ao prever este fundamento de discriminação da mulher, o legislador assume que a mulher capaz, titular de direitos, é prejudicial para a sua própria família.

Com o expurgo das Leis da Família, volta a recair sobre as mulheres casadas o dever de prestar obediência ao marido, acompanhá-lo e residir no seu domicílio. A mulher continuava impedida de adquirir e alienar bens, contrair obrigações[65], estar em juízo ou publicar os seus escritos sem o consentimento do marido. Impossibilitada de reservar para si a administração dos bens comuns através de convenção antenupcial, "temos, portanto, um direito concedido à mulher portuguesa de 1845 que lhe é negado em 1945!"[66], como constatou Elina Guimarães, uma das vozes femininas que, durante o período do Estado Novo, se destacou ao escrever em defesa dos direitos das mulheres, contestando e questionando as normas e os costumes[67].

Com o Código de Processo Civil de 1939 o marido volta a ter o direito de exigir o regresso da mulher ao domicílio, através do processo para entrega judicial da mulher[68] que o Decreto n.º 1 de 1910 tinha eliminado. Para uns "humilhante" e "contrário à dignidade humana"[69], para outros a sanção justa face ao incumprimento dos deveres de acompanhar e coabitar com o marido[70].

Através do Decreto-Lei n.º 32198, de 13 de agosto de 1942[71], é criado o abono de família, um complemento ao salário familiar. O direito a recebê-lo dependia da verificação de cinco requisitos: ser chefe de família com pessoas a seu cargo, bom comportamento moral e profissional, nacionalidade portuguesa, residência em território nacional e existência de remuneração. Um regime discriminatório na medida em que as mulheres casadas só tinham direito ao abono nos casos em que o marido se encontrasse "inválido, forçadamente desempregado ou legalmente impedido de prover ao sustento da família"[72].

Só em 1946[73] se consagrou a possibilidade de as

[64] GUIMARÃES, Elina, (nota 17), 83. Como explicam MELO, Helena Pereira de/PIMENTEL, Irene Flunser, (nota 27), 215, "sempre que o legislador quisesse abrir exceções à regra geral da igualdade perante a lei da mulher e do homem, poderia fazê-lo, apelando para o bem da família, ou para as diferenças resultantes da natureza feminina".

[65] GUIMARÃES, Elina, (nota 24), 26, mostra o quanto a lei estava deslocada da realidade: as normas "declaravam que a mulher não podia contrair obrigações sem outorga do marido, especial para cada ato", mas "se isto se aplicasse rigorosamente, as mulheres casadas teriam de andar munidas de autorizações maritais (…) para entrarem nos elétricos e autocarros, ou para comprarem os comestíveis diários", o que "não era exequível e era incómodo para os homens… Não se executava". Consequentemente, "a mulher casada praticava quotidianamente atos para os quais carecia de capacidade".

[66] GUIMARÃES, Elina, (nota 17), 93. Segundo Pires de Lima e Braga da Cruz, esta impossibilidade fundava-se na "fraqueza do sexo" feminino, *vide* LIMA, Fernando Andrade Pires de/CRUZ, Guilherme Braga da, *Direitos de Família*, Vol. I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1949, 42-43.

[67] A par desta, são exemplos Manuela Porto (*vide* PORTO, Manuela, *Virginia Woolf. O problema da Mulher nas Letras*, Lisboa, Gráfica Lisbonense, 1947) e Maria Lamas (*vide* LAMAS, Maria, *As Mulheres do Meu País*, Lisboa, Actuális, 1947-1950);

[68] Art. 1470.º do Código de Processo Civil de 1939.

[69] GUIMARÃES, Elina, (nota 24), 23.

[70] Sobre isso, *vide* BELEZA, Teresa Pizarro, (nota 62), 166 e MELO, Helena Pereira de, (nota 49), 80-82.

[71] Publicado no Diário do Governo n.º 188/1942, Série I de 1942-08-13.

[72] Sobre a figura do abono de família, FRUTUOSO, Miriam, *Intersecções entre igualdade e género: novos desafios ao Direito*, Tese de Doutoramento apresentada à Escola de Direito da Universidade do Minho, 2020, 148-149, conclui que este "não pode ser visto como um instrumento destinado às mulheres, ou à melhoria das suas condições de vida" na medida em que apesar de serem essencialmente elas as cuidadoras das crianças, "o facto de o abono ser entregue aos homens não permitia assegurar que a sua gestão fosse feita pelas mulheres, ficando outrossim condicionada aos acordos entre o casal".

[73] Na Lei n.º 2015, de 28 de maio.

mulheres casadas serem eleitoras, se soubessem ler e escrever e pagassem a quantia mínima de 200$00 de contribuição predial[74]. A partir de 1959 a mulher passou a poder conservar a sua nacionalidade depois de casar, bastando que o declarasse até à celebração do casamento[75]. O Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho[76], estabelecia como válido "o contrato de trabalho celebrado diretamente com a mulher casada", todavia atribuía ao marido o poder de se opor "à sua celebração ou manutenção, alegando razões ponderosas"[77]. Teresa Pizarro Beleza destaca como positiva a referência à igualdade salarial[78], contudo, ainda assim, "trata-se de toda uma legislação inspirada na noção de proteção do trabalho das mulheres de forma a assegurar o seu papel tradicional de mãe e esposa, dependente do marido e sem direitos próprios em que se limita o acesso ao trabalho e em que a única referência à igualdade aparece tardiamente e sem grande conteúdo prático"[79].

V. O Código Civil de 1966

O Projeto do Código Civil de 1966 estabeleceu "uma regulamentação bastante conservadora das relações familiares"[80], ignorando as tendências legislativas em ordenamentos estrangeiros[81], documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos[82] e outros instrumentos[83] que acompanhavam o movimento de emancipação da mulher. Continuou a ser atribuída ao marido a chefia da família[84], diferenças entre mulheres e homens mantiveram-se como fundamentos para a desigualdade, e preservou-se a fixação de papéis específicos para cada um deles, demonstrando que a eliminação da hierarquia e a concretização do princípio da igualdade dos cônjuges estava fora dos planos do legislador.

A propósito do Projeto de Código Civil, Eliana Gersão afirma que este "embora ampliando, em certos aspetos, os poderes da mulher casada, mantém os princípios tradicionais da desigualdade jurídica entre os cônjuges e da supremacia do marido na família, tanto no campo das relações pessoais como no das patrimoniais"[85].

[74] Segundo GUIMARÃES, Elina, *Mulheres portuguesas ontem e hoje*, Lisboa, Comissão da Condição Feminina, 1979, 18, ainda no mesmo ano "houve um projeto de lei retirando o direito de voto à mulher casada" que gerou protesto e "não foi por diante".

[75] Alteração produzida pela Lei n.º 2098, de 29 de julho de 1959. Note-se que nunca se previ como efeito do casamento a aquisição ou a perda da nacionalidade do homem.

[76] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de novembro de 1969.

[77] Art. 117.º do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho.

[78] Diz-nos BELEZA, Teresa Pizarro, (nota 62), 198-199, que "pela primeira vez aparece a referência ao direito a receber a mesma retribuição dos homens «em absoluta igualdade de condições e idêntico rendimento de trabalho» (Dec. 47032), mais tarde modificado para «em identidade de tarefas e qualificações e idêntico rendimento de trabalho» (Dec. Lei 49408)".

[79] BELEZA, Teresa Pizarro, (nota 62), 198-199.

[80] OLIVEIRA, Guilherme de, "Dois numa só carne", *ex æquo*, n.º 10, 2004, 43.

[81] *Vide*, GERSÃO, Eliana, "A igualdade jurídica dos cônjuges: a propósito do projeto de Código Civil", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XIII, 1966, 12-37.

[82] Note-se que há quem chame este documento "Declaração Universal dos Direitos *do Homem*", uma escolha, na nossa opinião, criticável porque *homem* e *humanidade* não são a mesma coisa. Nesta linha, muitos têm proposto chamar-lhe "Declaração Universal dos Direitos *Humanos*", solução que seguimos. Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, no art. 7.º estatui que "todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei" e no art. 16.º consagra que "o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família" e "durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais".

[83] Um bom exemplo é a Declaração de Bucareste (1961) onde se lê que segundo o Círculo de Estados da ONU, era "indispensável que o princípio da igualdade de direitos dos homens e das mulheres" fosse levado à prática em todos os Estados. *Vide*, MELO, Helena Pereira de/PIMENTEL, Irene Flunser, (nota 29), 343, e GERSÃO, Eliana, (nota 81), 7.

[84] Com tudo o que isso implicava. Nomeadamente, admitia-se que conservasse o direito de obrigar pela força a mulher a voltar ao domicílio conjugal – uma disposição altamente contestada que, talvez por essa razão, não constou do novo Código.

[85] GERSÃO, Eliana, (nota 81), 5.

O Código Civil de 1966[86], na sua redação original, definia o casamento como "o contrato entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir legitimamente família mediante uma comunhão plena de vida"[87], estando os cônjuges reciprocamente vinculados aos deveres de fidelidade, coabitação e assistência[88].

Apesar de não se consagrar expressamente um dever de prestar obediência, a subordinação da mulher às decisões do marido permaneceu, essencialmente por via do poder marital, segundo o qual "o marido é o chefe da família competindo-lhe nessa qualidade representá-la e decidir em todos os atos da vida conjugal comum"[89]. O art. 86.º estabelecia que o "domicílio legal da mulher casada" era, regra geral, o domicílio do marido e, na mesma linha, o art. 1672.º previa o dever de esta adotar a sua residência. Numa nota positiva, foram abolidas figuras como o depósito e a entrega judicial da mulher casada, o que obrigou a uma adaptação do Código de Processo Civil, que veio a ocorrer em 1967.

A lei atribuía à mulher o "governo doméstico"[90] durante a vida em comum[91] e era no seu exercício, ou como administradora dos bens do casal, que estava autorizada a movimentar livremente depósitos bancários, independentemente do regime de bens[92]. A mulher passou a ter legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do marido[93], bem como para exercer profissões liberais ou funções públicas, publicar ou fazer representar as suas obras ou dispor da propriedade intelectual[94]. Podia exercer outras atividades lucrativas "mediante contrato com terceiro", no entanto, na ausência do consentimento do marido, este podia "denunciar a todo o tempo o contrato"[95]. Além disso, mantinha-se a impossibilidade de exercer o comércio sem o consentimento do marido, salvo se fosse administradora de todo o património do casal ou se vigorasse o regime de separação de bens[96]. O regime de bens supletivo passou a ser o da comunhão de adquiridos, um regime "muito mais equitativo tanto para a esposa como para o marido"[97].

Enquanto chefe de família, cabia ao marido a administração dos bens do casal, incluindo os bens próprios da mulher. Porém, a lei estabelecia várias exceções a esta regra[98]. Por exemplo, a mulher tra-

[86] Doravante todas as normas em que se omita a referência do diploma a que pertencem considerar-se-ão normas do Código Civil português de 1966.

[87] Art. 1577.º do Código Civil de 1966, na sua redação original. Noção esta diferente da proposta pelo Projeto de Código, no seu art. 3.º: "contrato pelo qual duas pessoas de sexo diferente estabelecem, entre si, a comunhão integral de vidas, por natureza destinada à procriação e educação de prole, bem como à dedicação de cada um dos contraentes ao amparo e felicidade do outro".

[88] Art. 1671.º do Código Civil de 1966, na sua redação original. O dever de assistência abrangia uma obrigação de contribuir para as despesas domésticas (art. 1673.º), que recaía sobre ambos os cônjuges, "em proporção dos respetivos rendimentos e proventos", o que não deixava de ser uma forma de reconhecer e normalizar a crescente entrada das mulheres no mercado de trabalho, que assim podiam contribuir com a remuneração que auferiam.

[89] Art. 1674.º do Código Civil de 1966, na sua redação original. Através do Código Civil de 1966, como nota GUIMARÃES, Elina, (nota 74), 20, assistimos a uma substituição da "base do matrimónio": a igualdade é substituída pelo poder marital. Contra a consagração legal do poder marital, a Comissão da Condição Feminina, (nota 34), 7, vem afirmar que "o princípio da igualdade é o que melhor se coadunará com a conceção sociológica atual do casamento (…) que leva à construção de uma pequena comunidade assente na cooperação e companheirismo". Acrescenta que "se enquanto solteira a mulher é sujeito pleno de direitos, e se a vontade da mulher e a sua responsabilidade são exigidas pelo ato do casamento, a mesma função ativa deve continuar a caber-lhe em tudo o que respeite à vida do casal".

[90] Para a Comissão da Condição Feminina, (nota 34), 9, "esta expressão é o eufemismo técnico-jurídico que na prática se traduz pela imposição dos trabalhos domésticos como obrigação".

[91] Art. 1677.º, n.º 1 do Código Civil de 1966, na sua redação original.

[92] Art. 1680.º do Código Civil de 1966, na sua redação original.

[93] Art. 1690.º do Código Civil de 1966, na sua redação original.

[94] Art. 1676.º, n.º 1 do Código Civil de 1966, na sua redação original.

[95] Art. 1676.º, n.º 2 do Código Civil de 1966, na sua redação original.

[96] Art. 1686.º, n.º 1 do Código Civil de 1966, na sua redação original.

[97] GUIMARÃES, Elina, (nota 3), 571. Art. 1717.º do Código Civil de 1966, na sua redação original.

[98] Art. 1678.º, n.º 1 e n.º 2 do Código Civil de 1966, na sua redação original.

balhadora, que antes estava impedida de administrar aquilo que ganhasse, passa a ter a administração "dos proventos que receba por seu trabalho ou indústria"[99]. Ainda assim, a administração dos bens do casal não podia ser atribuída à mulher, através de convenção antenupcial, fora dos casos previstos na lei[100].

Competia "a ambos os pais a guarda e regência dos filhos não emancipados, com o fim de os defender, educar e alimentar"[101], no entanto, nos arts. 1881.º e 1882.º, procedia-se a uma concreta distribuição das funções que cabiam, respetivamente, ao pai e à mãe. Quem defendia, orientava, representava, emancipava os filhos e administrava os seus bens era o pai. A mãe só tinha autoridade para desempenhar as funções que cabiam ao chefe da família quando este estivesse impossibilitado de o fazer. Assim sendo, "a mãe era a subchefe da família e como tal não tinha poderes de se opor ao pai em caso de divergência acerca do que fosse melhor para os interesses do filho"[102].

Depois de enunciar uma série de alterações trazidas pelo Código, Antunes Varela afirma que este "respeita o carácter institucional do casamento, subordinando em vários aspetos a liberdade individual de cada um dos cônjuges ao interesse superior do agregado familiar"[103], como se homem e mulher, enquanto cônjuges, se confrontassem, em virtude do casamento, com as mesmas limitações aos seus direitos e liberdades. Ora, quem viu durante séculos a sua liberdade individual limitada, por respeito à instituição do casamento, foi a mulher. O legislador sacrificou os direitos das mulheres casadas, submetendo-as à autoridade dos maridos, e a doutrina apoiou-se na crença de que a emancipação da mulher era incompatível com a harmonia familiar. Assim, apesar de reconhecermos algum progresso, a verdade é que o Código não eliminou todas as formas de discriminação da mulher casada e a hierarquia conjugal subsistiu.

Em 1968, "a igualdade eleitoral foi finalmente concedida à mulher"[104], contrariando uma onda de argumentos contra o sufrágio feminino que apontavam que sendo o homem o chefe da família, o seu voto representaria o de toda a família, pelo que o voto feminino seria desnecessário[105].

A Constituição de 1933 foi objeto de revisão em 1971, determinando a alteração da redação do art. 5.º que, como vimos, admitia a discriminação da mulher em razão das "diferenças resultantes da sua natureza" e do "bem da família". Optou-se por eliminar apenas um dos fundamentos, passando a prever-se a igualdade perante a lei, "salvas, quanto ao sexo as diferenças de tratamento justificadas pela natureza"[106].

[99] Alínea *h*) do n.º 2 do art. 1678.º do Código Civil de 1966, na sua redação original.

[100] Art. 1699.º do Código Civil de 1966, na sua redação original.

[101] Art. 1879.º do Código Civil de 1966, na sua redação original.

[102] BELEZA, Teresa Pizarro, (nota 62), 179. Estas normas levantam uma série de questões pertinentes. Que impacto teria nos filhos assistir a esta dinâmica de pai soberano e mãe incapacitada? Que conceitos de homem e de mulher, de casamento, de pai e de mãe, se constroem nas mentes das crianças e de que forma essa construção influencia o desenvolvimento das mesmas? E quando for a sua vez de celebrarem e viverem um casamento, de serem pais e mães, que indivíduos serão? Muito provavelmente – e inconscientemente – assumirão os papéis que viram os seus pais desempenhar. E também assim se perpetua a ideia de que a relação entre homens e mulheres é naturalmente hierarquizada, em que um domina e o outro obedece.

[103] VARELA, Antunes, (nota 41), 49.

[104] GUIMARÃES, Elina, (nota 74), 20.

[105] Nesta linha, note-se que o art. 199.º do Código Administrativo de 1940 referia que o direito que as famílias tinham de eleger as Juntas de Freguesia era exercido pelos chefes de família. Por sua vez, do art. 200.º resultava que é chefe de família o homem, a mulher viúva, divorciada ou judicialmente separada de pessoas e bens, ou solteira maior ou emancipada, quando goze de reconhecida idoneidade moral. Em suma, a mulher casada nunca é chefe de família. Já o homem, é chefe de família independentemente do seu estado civil e, sendo homem, presume-se que goza sempre de idoneidade moral.

[106] Nota BELEZA, Teresa Pizarro, (nota 62), 122 que "o texto de 1971 fala em «sexo» onde o texto de 1933 falava em «mulher»".

VI. A Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Reforma de 1977

A 25 de abril de 1976 entra em vigor a Constituição da República Portuguesa, consagrando no seu art. 13.º que "todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei", pelo que "ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão do sexo"[107] [108]. Esta não foi a primeira vez que se consagrou um princípio de igualdade, mas foi a primeira vez em que não se abriram exceções[109].

No n.º 3 do art. 36.º consagra-se o princípio da igualdade dos cônjuges, corolário do princípio geral do art. 13.º. Desta forma, o texto constitucional determinou que "o homem e a mulher são iguais perante a lei, e não deixam de o ser pelo facto de serem casados um com o outro"[110], mas também que a família e o casamento, são juridicamente e constitucionalmente relevantes, contudo, o seu valor próprio "não se sobrepõe ao direito à igualdade, liberdade, personalidade e dignidade de

[107] Defende BELEZA, Maria Leonor, *O Estatuto das Mulheres na Constituição*, 68, que "a proibição de discriminações em função do sexo abrange (…) as que são estabelecidas por referência ao estado civil; é o caso das discriminações de que é objeto a mulher casada", deixando a nota de que "discriminações deste tipo são também proibidas pelo n.º 3 do artigo 36.º".

[108] O modelo de Estado Social introduz no princípio uma dimensão de igualdade social, que se concretiza quando o Estado considera as várias realidades sociais e, através da lei, procura garantir a igualdade de facto. Estabeleceu-se no Parecer n.º 1/76, *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. I, 2012, 4 que: "numa primeira acepção, a igualdade perante a lei significará que na aplicação do direito não há lugar para operar discriminações em função das pessoas", assim, "todos beneficiam por forma idêntica dos direitos que a lei estabelece, todos por forma idêntica se acham sujeitos aos deveres que ela impõe." Mas, acrescenta-se, "a igualdade perante a lei reclama agora, não que todos sejam tratados, em quaisquer circunstâncias, por forma idêntica, mas sim que recebam tratamento semelhante os que se acham em condições semelhantes".

A maioria da doutrina passa a identificar várias dimensões e sentidos deste princípio da igualdade: CORREIA, Fernando Alves, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, 1989, 393 e ss. defende que "engloba a igualdade jurídica na criação do direito e a igualdade jurídica na aplicação do direito"; NEVES, A. Castanheira, *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, 1.ª edição reimpressa, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, 118 e ss., fala-nos num "sentido axiológico-jurídico" e num "sentido político-jurídico", desdobrando-se este último em três dimensões: a "igualdade de cariz estritamente formal ou jurídico", a "igualdade de participação jurídico-social" e a "igualdade social"; GARCIA, Maria Glória F. P. D, *Estudos sobre o princípio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 2005, 70 entende que "ao lado de uma igualdade puramente jurídico-normativa, desligada da intencionalidade da norma e preocupada somente com a justiça da aplicação da lei (…) encontramos uma igualdade jurídico-política, preocupada, por um lado, com o critério material de qualificação igual para efeitos de tratamento jurídico, e, por outro, com a própria intencionalidade da norma"; CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 337, identificam três dimensões: a liberal, "ideia de igual posição de todas as pessoas, independentemente do seu nascimento e do seu *status*, perante a lei", a democrática, que "exige a explícita proibição de discriminações (positivas e negativas)", e a social, que "acentua a função social do princípio da igualdade, impondo a eliminação das desigualdades fácticas (económicas, sociais, culturais)"; MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, (nota 7), 164, afirmam que "a igualdade proclamada no artigo 13.º é uma igualdade *jurídico-formal*" e "a par dela se acha a igualdade *real*", sem que haja "contraposição; há complementaridade", na medida em que "a igualdade real (ou jurídico-material ou social) não vale por si; vale enquanto dirigida à concretização da igualdade jurídica". Os autores identificam uma "dupla vertente – negativa e positiva", adiantando que "o sentido primário da fórmula constitucional é negativo: consiste na vedação de privilégios e de discriminações". Já o "sentido positivo do princípio da igualdade" implica: "*(i)* tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes); *(ii)* tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objetivamente desiguais e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador; *(iii)* tratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação; *(iv)* tratamento das situações não apenas como existem mas também como devem existir" e, por fim, "*(v)* consideração do princípio não como uma "ilha", antes como princípio a situar no âmbito dos padrões materiais da Constituição".

[109] Sobre o texto da norma, AMARAL, Maria Lúcia, "O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 38, afirma: "a verdade é que, se as palavras não mudaram durante dois séculos, a nossa perceção sobre o que é que elas devem querer dizer se foi substancialmente transformando".

No Parecer n.º 1/76, (nota 108), 4 declara-se: "é conhecido o importantíssimo papel que o princípio de igualdade perante a lei – solenemente proclamado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – desempenhou nas transformações jurídicas e sociais experimentadas nos Estados modernos. Nele se baseou a destruição dos privilégios do antigo regime, nele assentou a extensão do regime democrático no decurso do século passado, nele radica, ainda hoje, por exemplo, o movimento de luta pela igualdade dos direitos entre homem e mulher".

[110] OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2021, 135.

cada um dos seus membros"[111].

Deste novo paradigma constitucional de casamento e de família adveio a inconstitucionalidade de inúmeras normas de Direito da Família, obrigando a uma Reforma do Código Civil em 1977[112]. Como defendeu Maria Leonor Beleza, "a afirmação constitucional da proibição das discriminações baseadas no sexo é muito importante", contudo "é largamente insuficiente se a ela não se seguirem medidas mais concretas, de carácter legislativo ou não"[113].

A própria noção de casamento sofre alterações, passando a definir-se como "o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código"[114]. A expressão "legitimamente" foi substituída por "no respeito das normas previstas neste código", de maneira a não resultar da letra da lei que a família que não se fundasse no casamento seria "ilegítima"[115]. Na mesma norma, em vez de "comunhão plena de vida", passou a ler-se "plena comunhão de vida"[116].

No art. 1671.º consagram-se dois princípios fundamentais que norteiam os efeitos jurídicos do casamento: no n.º 1 o princípio da igualdade dos cônjuges e no n.º 2 o princípio da direção conjunta da família. Como se compreende, os dois princípios estão intimamente relacionados, pois se os cônjuges são iguais, a direção da família deve pertencer a ambos. E porque "a coesão da família nunca poderá assentar na autoridade de um dos cônjuges sobre o outro, mas só no seu acordo"[117], a figura do chefe da família e o poder marital por ele exercido são abolidos.

Aos deveres de fidelidade, coabitação e assistência, juntam-se os deveres de respeito e cooperação[118], sem que exista uma "concretização dos deveres conjugais variável em função do género". Não são atribuídas funções específicas ao marido e à mulher, um passo em direção a uma legislação que se dirige aos *cônjuges*[119].

A residência da família é escolhida de comum acordo[120], a idade nupcial é fixada nos dezasseis anos para mulheres e homens[121], os poderes de administração já não variam em razão do sexo, além

[111] FERTUZINHOS, Sónia, "Fundamentos Constitucionais da Igualdade de Género", *Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º especial, 2016, 56.

[112] O conjunto das alterações da Reforma de 1977 consta do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro.

[113] BELEZA, Maria Leonor, (nota 107), 73.

[114] Art. 1577.º do Código Civil de 1966, na redação dada pela Reforma de 1977.

[115] Como aponta HÖRSTER, Heinrich Ewald, "Evoluções legislativas no Direito da Família, depois da Reforma de 1977", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 62, "o casamento deixou de ser a única união legítima entre homem e mulher, na medida em que a lei concedeu efeitos (…) à união de facto".

[116] Como explica SILVA, Eva, (nota 10), 39, esta modificação "veio simplesmente corrigir a redação defeituosa da norma, uma vez que o que se pretende é que a comunhão seja plena (…) e não que seja plena de vida". Segundo COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, (nota 13), 196, "o adjetivo «plena» referia-se manifestamente ao substantivo «comunhão» e devia precedê-lo, numa boa formulação legislativa".

[117] COELHO, Francisco Pereira /OLIVEIRA, Guilherme de, (nota 13), 398.

[118] Art. 1672.º do Código Civil de 1966, na atual redação.

[119] FRUTUOSO, Miriam, (nota 72), 180, debruça-se sobre esta mudança na linguagem. Afirma que "se na versão originária do Código Civil a palavra «mulher» podia contar-se cinquenta e duas vezes, esse número reduz-se substancialmente com o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, passando para nove". Atualmente, já só a encontramos "cinco vezes, em todo o CCiv, sempre no domínio da filiação".

[120] Art. 1673.º do Código Civil de 1966, na atual redação.

[121] Alínea *a*) do art. 1601.º do Código Civil de 1966, na atual redação. COLLAÇO, Isabel de Magalhães, "A reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 27, afirma que "a circunstância de se ter assim elevado de 14 para 16 anos a idade núbil quanto à mulher, não terá tido como fundamento principal o de assegurar a igualdade formal entre os requisitos de idade para os dois nubentes". Explica que "para além da preocupação de garantir que o casamento apenas seja celebrado por quem tenha atingido a maturidade psíquica necessária para entender o pleno sentido desse ato, houve sobretudo a preocupação de impedir, relativamente à mulher, que um casamento contraído antes dessa idade comprometesse a viabilidade de ela completar a sua formação ou profissionalização, acentuando futuras discriminações no casal".

de que a prática de uma série de atos passa a carecer de autorização de ambos os cônjuges[122]. Qualquer um dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas, para exercer qualquer profissão ou atividade sem o consentimento do outro, e para fazer depósitos bancários em seu nome exclusivo e movimentá-los livremente[123]. Na constância do matrimónio, o exercício do poder paternal pertence a ambos os pais, que o exercem de comum acordo[124].

Como conclui Guilherme de Oliveira, "o que se exigiu ao legislador ordinário – e ele cumpriu – foi que organizasse o regime jurídico de tal modo que reconhecesse aos cônjuges a mesma dignidade familiar, a igualdade do seu estatuto jurídico, sem distinção de papéis, sem hierarquia entre si"[125].

VII. Conclusão

Deste percorrer da história, duas conclusões se retiram. A primeira é que o estabelecimento da igualdade entre mulheres e homens no Direito da Família Português não foi rápido nem linear. A segunda conclusão explica a primeira: o poder legislativo foi, até ao século XX, masculino. Assim, durante séculos, em particular no âmbito do casamento, as mulheres saíram lesadas, os homens saíram beneficiados e essa realidade só mudou quando a mulher ganhou "competência técnica para discordar"[126]. Até esse momento, o Direito da Família chegou mesmo a ser "uma espécie de Direito Penal para as mulheres", ao fazer do homem um "magistrado doméstico"[127].

Tendo este quadro histórico-jurídico presente, passamos a encarar o Direito vigente conscientes de que os princípios e as normas de hoje são o resultado de décadas de luta pela dignidade da mulher, e percebemos como o Direito é um instrumento com um papel determinante. Se durante séculos contribuiu para a desigualdade, deve agora assumir um papel inverso[128], em que além da igualdade formal, promove a igualdade de facto, efetivando os princípios constitucionais e as disposições legais, e criando "medidas de discriminação positiva"[129].

---

[122] Art. 1671.º do Código Civil de 1966, na atual redação.

[123] Arts. 1690.º, 1677.º-D e 1680.º, respetivamente, do Código Civil de 1966, na atual redação.

[124] Art. 1901.º do Código Civil de 1966, na redação dada pela Reforma de 1977. Com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, a expressão "poder paternal" foi substituída por "responsabilidades parentais", pelo que atualmente o art. 1901.º dispõe que "na constância do matrimónio, o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais".

[125] OLIVEIRA, Guilherme de, (nota 80), 45.

[126] GUIMARÃES, Elina, (nota 24), 10.

[127] *Vide* BELEZA, Teresa Pizarro, (nota 62), 109. Nas páginas 374-375, a autora fala numa "privatização do poder disciplinar sobre as mulheres" e de uma "delegação de poder sancionatório por parte do Direito estadual em entidades privadas, os homens chefes de família".

[128] BELEZA, Teresa Pizarro, (nota 62), 387-388, questiona se "é possível fazer avançar a situação social das mulheres usando instrumentos legais, que tradicionalmente foram utilizados contra elas". Sobre esta questão afirma que "a existência de numerosos preceitos legais que expressa e pormenorizadamente compunham a relação homens-mulheres de uma forma hierarquizada aponta para o seu carácter constitutivo, formativo de relações sociais – não se limitando o Direito a confirmar o que já estaria, no campo social, previamente definido ou estruturado". Até porque se a "subordinação da mulher ao marido" fosse "natural, ou socialmente estruturada de forma suficiente, a preocupação da instância jurídica em a moldar seria injustificável – ou, pelo menos, exagerada". E é por isso que a autora conclui que "o Direito pode – deve, por responsabilidade histórica – ajudar a desfazer essas hierarquias, não só proibindo tratamentos discriminatórios inferiorizantes, mas sobretudo obrigando as devidas instâncias a tomar medidas que contrariem a real situação de inferioridade social ou de sujeição ou desamparo de algumas pessoas", (*vide* BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito das Mulheres e da Igualdade Social – A construção jurídica das relações de género*, Coimbra, Almedina, 2010, 61).

[129] SOTTOMAYOR, Maria Clara, "Feminismo e Método Jurídico", in Direito natural, justiça e política, *II Colóquio Internacional do Instituto Interdisciplinar*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, 328. No mesmo sentido, BELEZA, Maria Leonor, (nota 107), 70: "esta mesma situação, que se traduz em profundas discriminações de que a mulher é normalmente a vítima, atinge um tal enraizamento na vida social e nos costumes que, para a ultrapassar, não basta ir eliminando as discriminações aqui e ali, mas é necessária uma ação positiva e determinada com o objetivo de promover a igualdade efetiva dos homens e das mulheres – a qual está muito para além da mera igualdade jurídica; COSTA, Jorge, "O direito como instrumento para a igualdade de homens e mulheres – meios de tutela do direito", *ex æquo*, n.º 10, 2004, 63, quando defende "a necessidade de medidas discriminatórias positivas", para "repor (algum) equilíbrio na desigualdade real"; e AMARAL, Maria Lúcia, "Um povo de homens e de mulheres em país de constituição débil", *ex æquo*,

n.º 10, 2004, 20: "o processo de concretização das normas constitucionais não se esgota, porém, na elaboração de leis ordinárias que lhes estejam conformes", sendo "necessário ainda que a ordem jurídica concretizadora da Constituição seja eficaz e efetiva".

Nesta linha, sublinhe-se que, na revisão de 1977 à Constituição da República Portuguesa de 1976, foi aditada ao art. 9.º a alínea *h*), estabelecendo como tarefa fundamental do Estado "promover a igualdade entre homens e mulheres". Segundo MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, (nota 7), 145, a promoção da igualdade entre homens e mulheres "traduz-se não apenas na proibição de discriminações como em discriminações positivas". Considere-se, nesta linha, a reflexão de GARCIA, Maria Glória F. P. D., (nota 108), 12, sobre o princípio da igualdade: "ao esquecer as naturais diferenças, o princípio da igualdade mais não faz do que promover as desigualdades entre os homens", assim, "as condições singulares dos indivíduos, independentemente da razão que a todos une, exigem tratamentos diferenciados, sob pena de se criarem ou potenciarem diferenças sociais não menos injustas".

Doutrina

O DESTINO DA CASA DE MORADA DA FAMÍLIA EM CASO DE DIVÓRCIO – CRITÉRIOS DE ATRIBUIÇÃO

Margarida Santos Ferreira
Mestranda em Direito – Ciências Jurídico-Criminais, FDUC

Resumo: *No presente artigo é abordado o tema do destino da casa de morada da família em caso de divórcio, mais especificamente, os critérios de atribuição desta. São tratadas as situações mais frequentes, quando a casa é comum ou própria de um dos cônjuges. Recorre-se principalmente aos artigos 1105º e 1793º do Código Civil, abordando-se, ainda, de maneira subtil outras hipóteses.*

Palavras-chave: *casa de morada da família; necessidade da casa; interesse dos cônjuges; interesse dos filhos; outros fatores relevantes.*

Abstract: *The present article addresses the topic of the allocation of the family home upon divorce, more specifically, the criteria for its allocation. It discusses the most common situations, when the house is common property or owned by one of the spouses. It primarily focus Articles 1105 and 1793 of the Civil Code, but it also addresses other situations.*

Keywords: *family home; need for the house; interests of the spouses; interests of the children; other relevant factors.*

1. Introdução

Pelas mais variadas razões, os cônjuges decidem terminar a relação matrimonial e com o fim desta a convivência de ambos na mesma casa, que era a casa de morada da família, não se torna possível. Em muitos casos, isto já acontece antes de se divorciarem, com o fim desta relação torna-se mesmo insustentável.

Com o divórcio surge a questão de saber a quem será atribuída a casa de morada da família. Esta decisão não pode ser tomada de ânimo leve, uma vez que os interesses dos cônjuges e dos filhos têm de ser acautelados. Portanto, torna-se essencial a existência de critérios para que o julgador português possa, assim, tomar uma decisão justa. Mas a que critérios deve atender?

2. Destino da casa de morada da família em caso de divórcio

O *conceito de casa de morada da família* não se encontra definido na lei, como tal, afigura-se importante tentar descortiná-lo, identificando algumas características. Em termos gerais, trata-se da casa onde foi fixada a residência da família (nos termos do art.1673º CC), sendo, pelo menos, um dos cônjuges titular de um direito subjetivo que lhe "confere a faculdade de a utilizar para morada da família"[1]. Em suma, é um espaço onde o agregado familiar come e dorme, com estabilidade; no qual os cônjuges cumprem os seus deveres entre

[1] CID, Nuno de Salter – "[Anotação ao art.1793º]" in *Código Civil Anotado, livro IV, Direito da Família* (coord. Clara Sottomayor). Coimbra: Almedina, 2020, p.575, doravante "[Anotação ao art.1793º]". Este conceito inclui os casos de propriedade, ou seja, a casa ser comum ou própria de um dos cônjuges e de esta ser arrendada, que são as hipóteses mais frequentes. Para uma maior exposição deste conceito veja-se CID, Nuno de Salter – *A Protecção da Casa de Morada da Família no Direito Português*. Coimbra: Almedina, 1996, p.30 e ss., doravante "*A Protecção…*".

eles e perante os filhos; onde se desenrola a sua vida privada e constituem a sua família; é o lugar em que se encontra organizada a sua economia doméstica e onde recebem as suas visitas e a sua correspondência[2].

Com a dissolução do casamento por divórcio, "a casa de morada da família, em boa verdade, deixa de o ser a partir desse momento; passará, então, a ser simplesmente a residência de quem nela permanecer, perdendo o «estatuto» que possuía até aí"[3]. No entanto, é uma questão que, após o divórcio, tem também relevância. Esta decisão não pode ser tomada de ânimo leve, este bem é de extrema importância, pois é, segundo Leite de Campos, "para uma grande parte das famílias portuguesas, o único bem com algum significado económico de que dispõem"[4].

Torna-se fundamental *apurar o seu destino* (a quem vai ser atribuída e a que título) e quanto a este aspeto têm de se distinguir duas situações, segundo o art.1773º CC: divórcio por mútuo consentimento (arts.1775º e ss. do CC e art.994º e ss. do CPC) e divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (arts.1779º e ss. do CC e art.931º e ss. do CPC).

2.1. Divórcio por mútuo consentimento

Nesta modalidade, o *divórcio pode ser requerido na Conservatória do Registo Civil* e os cônjuges não têm de revelar a causa para este pedido, mas, de acordo com o art.1775º CC, têm de apresentar vários acordos. Um deles é o "acordo sobre o destino da casa de morada de família" (alínea d) do mesmo artigo) tendo este, segundo o art.1776º CC, de acautelar os interesses dos cônjuges e dos filhos, sob pena de esta homologação ser recusada (art.1778º CC). Se, mesmo depois de convidados a alterarem os acordos, os cônjuges não chegarem a acordo ou chegando a esse acordo, este continuar a não acautelar os referidos interesses, o processo de divórcio é "integralmente remetido ao tribunal da comarca a que pertença a conservatória, seguindo-se os termos previstos no artigo 1778º-A, com as necessárias adaptações", como se pode ler no art.1778º CC. Segundo o art.1778º-A CC, "o juiz pode determinar a prática de actos e a produção da prova eventualmente necessária" para tomar a decisão mais justa. Resulta, ainda, do art.1775º/2 CC que caso os cônjuges não tenham acordado outra coisa, "entende-se que os acordos se destinam tanto ao período da pendência do processo como ao período posterior".

No caso de faltar este acordo, pode, ainda, o *divórcio ser requerido no tribunal*, cabendo a este decidir "como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges", nos termos do art.1778º-A CC.

Existe, também, a possibilidade de haver *convolação de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges num divórcio por mútuo consentimento*. Nesse caso, "seguir-se-ão os termos do processo de divórcio por mútuo consentimento, com as necessárias adaptações", de acordo com o art.1779º/3 CC e art.931º/1, 5 e 6 do CPC.

[2] CID- *A Protecção*…, cit., p.35-39. A subsunção ao conceito depende do caso concreto, cabendo, em último termo, ao tribunal a qualificação de um bem como "casa de morada da família". Podendo incluir-se neste conceito realidades que, à primeira vista, não nos pareceria subsumirem-se, como bens móveis que podem ser utilizados para habitação (por exemplo, casa desmontável, barco, caravana de nómadas…) e não apenas os bens imóveis, defendendo-se um "sentido amplo de casa de morada da família", *idem*, p.33 e 53 e CID – "[Anotação ao art.1793º]", cit., p.575. Encontrando proteção nos arts.65º e 67º CRP, este último definindo a família como "elemento fundamental da sociedade". Para a presente análise, entende-se que é a família nuclear que principalmente se quer proteger (pais e filhos) com o regime de proteção da casa de morada da família. Isto retira-se dos interesses que sempre se encontram expressos nas normas, por exemplo, do Código Civil, arts.1673º/1 e 1793º, onde se atende às necessidades/ interesses dos cônjuges e dos filhos.

[3] CID- *A Protecção*…, cit., p.288.

[4] CAMPOS, Diogo Leite de – *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 305, doravante "*Lições*…".

Pensemos nos casos em que os cônjuges estão de acordo quanto ao destino a dar a esta casa. Nesse caso, há que distinguir algumas situações.

A casa de morada da família pode ser *arrendada*, neste caso valerá o disposto no art.1105º CC, podendo estes optar pela "transmissão" deste arrendamento ou pela "concentração a favor de um deles". Na hipótese de só um deles ser arrendatário, trata-se de transmissão; já se ambos forem arrendatários (no caso de terem celebrado ambos o contrato de arrendamento ou de este direito se ter transmitido ao outro cônjuge com a celebração do casamento, art.1068º CC), trata-se de concentração. Nesta situação, dispõe o art.1105º/3 CC que este acordo ou decisão judicial é notificado "oficiosamente ao senhorio", não se exigindo o consentimento deste (que seria a regra, art.424º/1 CC), quer nesta modalidade quer na de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges[5] .

Pode tratar-se de um caso de *propriedade*, ou seja, a casa pode ser comum ou própria de um dos cônjuges. Estes têm total liberdade para constituírem os direitos que entenderem, têm apenas o limite de acautelarem os interesses deles e dos filhos[6].

O que a lei impõe é que qualquer que seja o conteúdo do acordo este assegure os devidos interesses e "não represente sacrifício excessivo" de qualquer deles para ser homologado[7].

A casa pode ser comum e, nesse caso, irá aplicar-se o regime da *compropriedade,* segundo os arts.1404º e 1406º CC. Durante o casamento, a faculdade de usar a casa era de ambos os cônjuges, com o divórcio esse uso vai passar a ser exclusivo de um. Este uso exclusivo pode resultar por acordo ou por decisão judicial e os cônjuges ou o juiz têm de ser explícitos quanto ao caráter deste uso, se é gratuito ou oneroso[8].

Poderá, ainda, tratar-se de um *comodato* (art.1129º CC). Nuno de Salter Cid parece admitir esta hipótese, ao referir que nos casos em que são "ambos comodatários" se possa atribuir "a um só o direito que era de ambos, desde que a tal não se oponha [...] o contrato de comodato"[9].

Este acordo, que se obtém destas variadas situações, pode ser modificado por alteração de circunstâncias, de acordo com o art.1793º/3 CC, que remete para os termos gerais da jurisdição voluntária (arts.986º a 988º CPC), nos mesmos termos

[5] COELHO, Francisco Manuel Pereira/ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Curso de Direito da Família, vol.I, Introdução Direito matrimonial*. 5ªed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. Disponível na internet:<URL: https://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/eBook_-_Curso_de_Direito.pdf>. p.758. Pois a lei "sacrificou deliberadamente o interesse do senhorio ao interesse da proteção da casa de morada da família", *idem*, p.756. Doravante "*Curso*...".

[6] Pelo facto de os cônjuges não serem muito claros quanto a estes acordos resultam confusões sobre a natureza destes. Rita Lobo Xavier e Nuno de Salter Cid defendem que quando se trate de casa própria, na falta da sua vontade inequívoca, o que deverá entender-se é que os cônjuges pretendem constituir um "direito obrigacional atípico", para que um dos cônjuges e os filhos possam utilizar a casa para a habitar, enquanto se mantiverem os interesses e necessidades a acautelar, XAVIER, Rita Lobo / CID, Nuno de Salter – "Do direito constituído por acordo sobre o destino da casa de morada da família – a propósito de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça" in *Lex familiae : revista portuguesa de direito da família / Centro de Direito da Família*. Coimbra. Ano 19, nº 38, (Jul/Dez, 2022). [Consult. 30 Nov. 2023]. Disponível em WWW:<URL: https://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Revista_38-2.pdf>, p.43.

[7] CID – *A atribuição*..., cit., p.245 e 246.

[8] PASSINHAS, Sandra – "A casa de morada de família-aspectos substantivos" in *Revista do CEJ*. Lisboa. Nº1 2021, p.189 e 190, doravante "A casa de morada de família...". No caso de ser gratuito, o cônjuge que é privado do uso da casa não irá receber nenhuma compensação, nem no momento do acordo ou decisão judicial, nem futuramente, aquando da eventual partilha de bens do casal, *idem*, p.190. No caso de ser oneroso, "o acordo ou a decisão deverão mencionar expressamente o valor da contrapartida a pagar", *idem*, p.190 e 191.

[9] CID – *A Protecção*..., cit., p.322, nota 68. Neste sentido vai também o STJ, no Ac. do STJ de 5/06/2018, o qual atribuiu "legitimidade para celebrar o acordo sobre a atribuição da casa de morada de família" e "[...] sem necessidade do consentimento do comodante [...]", uma vez que a proteção da família justifica esta situação, citado em PASSINHAS- "A casa de morada de família...", cit., p.192 e 193. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira referem que esta solução lhes suscita dúvidas, "pois o empréstimo da casa, embora feito aos dois, pode tê-lo sido, ainda que o contrato não seja explícito a este respeito, em atenção à pessoa do cônjuge ou ex-cônjuge não requerente", COELHO/ OLIVEIRA – *Curso*..., cit., p.755.

que vão ser descritos posteriormente, aquando da análise deste artigo.

2.2. Divórcio sem consentimento de um dos cônjuges

É neste campo que surge a verdadeira problemática, pois não existe acordo entre os cônjuges quanto ao divórcio (sendo necessário terem um fundamento para o requerimento deste, art.1781º CC) e a situação normal é também não chegarem a acordo quanto ao destino da casa. Cabe ao juiz determinar a quem deve ficar atribuída, recorrendo aos critérios de atribuição. Ponto este importante, pois há interesses que devem ser acautelados.

A lei não exige que este acordo fique definido na sentença de divórcio nem estabelece um prazo para o ex-cônjuge que pretenda o direito ao arrendamento exercer o seu direito, mas é aconselhado que o faça rapidamente, sob pena de, com a sua inércia, a casa de morada da família, após o decretamento do divórcio, perder este estatuto. O interessado deve e pode fazê-lo no decurso do processo[10].

O pedido de atribuição da casa de morada da família pode ser requerido no tribunal, nos termos do art.990º CPC, e é deduzido por apenso à ação de divórcio, tendo o requerente que indicar "os factos com base nos quais entende dever ser-lhe atribuído o direito" ou pode ser pedido na Conservatória do Registo Civil, segundo os arts.5º/1-b) e 2, 6º/1 e 7º a 10º do DL nº 272/2001[11].

Na hipótese de a *casa de morada da família ser arrendada* aplica-se o art.1105º CC, nos mesmos termos que se referiu anteriormente. Na eventualidade de não existir acordo, o nº2 deste artigo atribui ao tribunal o poder de decidir quanto à transmissão do arrendamento "tendo em conta a necessidade de cada um, os interesses dos filhos e outros fatores relevantes". Interesses estes que, como os seguintes, vão ser objeto de uma reflexão autónoma posteriormente, mas pode adiantar-se já que a aplicação deste artigo se impõe para garantir a "estabilidade familiar, especialmente relevante quando há filhos menores"[12].

Quando se trate de *propriedade*, ou seja, a casa é própria de algum dos cônjuges ou pertence a ambos e, segundo Nuno de Salter Cid, nos casos em que são ambos os únicos comproprietários da casa e, ainda, na hipótese de apenas um ou ambos serem "titulares de um direito no uso do qual se processava a utilização da casa para morada da família, e cujo regime permita a constituição de um arrendamento"[13] recorre-se já ao art.1793º CC[14]. Segundo este artigo, um cônjuge pode pedir ao tribunal a constituição de uma relação de arrendamento sobre um

[10] CID – *A Protecção*…, cit., p.317 e 318.

[11] Segundo o art.5º/2 deste diploma, se este pedido de atribuição da casa (alínea b)) não se cumular com "outros pedidos no âmbito da mesma acção judicial" nem constituir incidente ou dependência de ação pendente, irá aplicar-se o disposto nos arts.7º a 10º deste diploma, valendo, aqui, o "procedimento tendente à formação de acordo das partes", OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Manual de Direito da Família*, com a colaboração de Rui Moura Ramos. 2ªed. Coimbra: Almedina, 2021, p.324, doravante "*Manual*…". Se este pedido se cumular com outros no "âmbito da mesma acção judicial" ou constituir incidente ou dependência de ação pendente, o processo é tramitado "desde o início" nos termos dos arts.986º a 988º e 990º CPC, *idem*, p.324.

[12] SANTOS, Elsa Sequeira – "[Anotação ao art. 1105º]" in *Código Civil Anotado* (coord. Ana Prata). Vol. I. Coimbra: Almedina, 2017, p.1363.

[13] "Direitos de usufruto ou superfície", arts.1439º e 1524º CC. Admitindo este autor a hipótese de se tratar também de um direito de habitação e de um comodato, arts.1484º e 1129º CC, CID – *A Protecção*…, cit., p.322.

[14] Os números 1 e 2 resultam da reforma de 1977, que visou proteger a casa de morada da família, e o nº3 foi adicionado pela Lei nº61/2008, de 31-10. Este artigo, inicialmente, tinha sido pensado apenas para os casos de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, antes litigioso, mas após a reforma de 2008, também é aplicável na modalidade de divórcio por mútuo consentimento, nos casos de falta de acordo sobre o destino da casa ou de falta de homologação deste, arts.1778º e 1778º-A CC, CID – "[Anotação ao art.1793º]", cit., p.576. Esta norma foi inspirada no art.285º/1 do Code Civil do ordenamento francês, COELHO / OLIVEIRA – Curso…, cit., p.752. Este artigo assim como o art.1105º CC são reflexo da Recomendação nº R (81) 15, para uma análise mais detalhada, CID – *A Protecção*…, cit., p.358 e ss.

imóvel comum ou próprio do outro cônjuge, imóvel esse que era a casa de morada da família, tendo em conta "nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal". Este artigo aplica-se quando existe falta de acordo, sendo assim, esta relação de arrendamento é criada de uma maneira forçada, pois é constituída por decisão judicial, mesmo contra a vontade do ex-cônjuge.

Nos termos do nº 2 deste artigo, o tribunal pode definir as condições desta relação de arrendamento e quanto aos restantes aspetos valerão as regras comuns do arrendamento para habitação. Pode definir, nomeadamente, o montante da renda e a duração do contrato, ouvindo os cônjuges. Quanto ao montante da renda, o tribunal deve fixar uma quantia, que pode não ser igual ao valor de mercado, atendendo à situação patrimonial do arrendatário, pois só assim se consegue proteger a família que vai continuar a aí residir[15] [16]. Quanto à duração, cabe ao juiz decidir, visto que a lei não limitou esta margem de liberdade, podendo este determinar, por exemplo, que esta relação terminará quando o mais novo dos filhos do casal atingir a maioridade[17].

Quando "circunstâncias supervenientes o justifiquem" o tribunal, seguindo, ainda, o mesmo número, "pode fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio"[18]. O senhorio deve alegar e provar os factos que considerar convenientes para a cessação desta relação. A título de exemplo, Pires de Lima e Antunes Varela apresentam-nos algumas situações, "a aquisição de um outro prédio pelo cônjuge arrendatário", não estando já em situação de necessidade, um "novo casamento" celebrado pelo cônjuge arrendatário, "o desaparecimento do interesse dos filhos do casal"[19]. Jorge Duarte Pinheiro também elenca algumas, como o "aumento substancial do nível de vida do arrendatário", a "degradação acentuada da condição económica do senhorio" e "filhos que atingiram a maioridade e deixaram de viver na casa arrendada"[20]. Quanto a este ponto, Nuno de Salter Cid defende que, na falta de filhos, esta relação de arrendamento pode cessar se estiverem presentes as circunstâncias do art.2019º CC e não apenas se já não existir a necessidade da casa[21].

O regime fixado, no acordo ou na decisão judicial de atribuição da casa de morada da família, pode ser alterado, nos termos do nº 3 do art.1793º CC. Esta modificação terá por fundamento circunstâncias supervenientes, nos termos do art.988º CPC, se estas "revelarem alteração substancial não meramente conjuntural das que foram tidas em conta

[15] Esta quantia vai ser paga, integralmente, ao outro ex-cônjuge, no caso de ser este o proprietário exclusivo da casa; se esta era comum ou era tida em compropriedade por ambos, vai ser entregue ao outro metade dessa quantia. Nesta situação, se a casa for atribuída ao ex-cônjuge arrendatário, o arrendamento vai extinguir-se; se for atribuída ao ex-cônjuge senhorio, este vai passar a receber a totalidade da renda, COELHO / OLIVEIRA – *Curso*…, cit., p.754.

[16] Esta diferença de valor para menos é considerada, por Nuno de Salter Cid, uma "prestação de alimentos em espécie". Devendo considerar-se, também aqui, no caso de não haver filhos, o espírito dos arts.2016º e 2016º-A CC, quanto à necessidade e possibilidades de quem os presta, CID – "[Anotação ao art.1793º]", cit., p.579.

[17] COELHO / OLIVEIRA – *Curso*…, cit., p.753.

[18] A norma refere-se à caducidade, no entanto, entende-se que, para além das seguintes situações em que existe uma "modificação da situação específica que motivou o arrendamento", o ex-cônjuge goza ainda dos poderes de que goza um normal senhorio, nas situações elencadas no art.1083º CC, para a resolução do contrato por "incumprimento dos deveres da contraparte", PASSINHAS, Sandra – "A atribuição do uso da casa de morada da família nos casos de divórcio em Portugal: contributo para um "aggiornamento" interpretativo" in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. Valencia. Nº 3 bis, nov. 2015. Disponível em WWW:<URL: https://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/AJI-n%C2%BA-41.pdf>, p. 178. Doravante "A atribuição…".

[19] Em anotação ao art.1793º CC. LIMA, Fernando Andrade Pires de / VARELA, João de Matos Antunes- *Código Civil Anotado.* Vol. IV, 2ªed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p.571.

[20] PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*. 8ªed. Coimbra: Gestlegal, 2023, p.681.

[21] CID- "[Anotação ao art.1793º]", cit., p.581.

para fixar o «regime» anterior"[22] [23].

O art.1793º CC, ao permitir que um bem próprio de um dos cônjuges possa ser dado de arrendamento ao ex-cônjuge não proprietário, através de uma constituição forçada desta relação, privando o primeiro do seu uso, permitindo uma expropriação sem indemnização, poder-se-ia considerar inconstitucional, por violação do direito de propriedade deste cônjuge. No entanto, não é este o entendimento que prevalece. Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira e Nuno de Salter Cid defendem que esta restrição ao direito de propriedade do ex-cônjuge proprietário se encontra justificada pelo valor constitucional da família e, como tal, não consideram este artigo inconstitucional[24]. Este é também o entendimento do Tribunal Constitucional, no Ac. do TC nº 127/13[25], por entender que não se trata, aqui, de um efeito expropriativo[26]. Concluindo que, mesmo que esta relação de arrendamento se constitua contra a vontade dele, não existe violação deste direito de propriedade elencado no art.62º CRP. Isto é assim, se for respeitado o princípio da proporcionalidade, pois fala-se de "um bem em especial" e de "um tipo de proprietário e beneficiário". O TC refere, ainda, que esta norma existe no âmbito do Direito da Família para que o cônjuge mais necessitado e que, por vezes, tem filhos a cargo possa continuar a morar naquela casa, o que não aconteceria se fossem aplicadas as regras comuns. Este preceito visa proteger a família, que é "um elemento fundamental da sociedade" (art.67º CRP), e "tem como beneficiários o outro cônjuge e os filhos", legitimando, deste modo, a constituição desta relação de arrendamento forçada, que pode sempre cessar "quando circunstâncias supervenientes o justificarem"[27].

Porém, existem outros entendimentos e há quem defenda que este artigo se deve considerar inconstitucional, como, por exemplo, Diogo Leite de Campos[28] e Sandra Passinhas[29].

[22] *Idem*, p.580.

[23] A lei não dispõe nada acerca do processo a aplicar quanto ao "pedido de alteração do acordo sobre o destino da casa de morada da família". Segundo Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, deve aplicar-se o processo atinente ao pedido de atribuição desta casa, com as necessárias adaptações, COELHO / OLIVEIRA – *Curso*…, cit., p.767.

[24] Nas palavras de Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, "a lei terá sacrificado o direito de propriedade, constitucionalmente protegido" (art.62º CRP), "ao interesse da família, igualmente objeto de proteção constitucional" (art.67º CRP), COELHO / OLIVEIRA – *Curso*…, cit., p.752. Nuno de Salter Cid tem o mesmo entendimento, ao referir que esta solução se deve à "[…] consideração da relevância constitucional atribuída à família e à respectiva protecção (cometida ao Estado), que seguramente abrange a fase de desagregação da mesma pelo divórcio", CID – *A Protecção*…, cit., p.342.

[25] Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

[26] Pois, segundo o TC, não se está a "reduzir a nada" o direito de propriedade, uma vez que apenas afeta a faculdade de uso da casa.

[27] O TC aproxima esta questão da figura dos alimentos e afirma que se trata de "exigir protecção especial, no contexto da relação familiar e por causa dela, mesmo depois da dissolução do vínculo".

[28] Para o qual parece "chocante" que a casa possa ser atribuída ao cônjuge não proprietário e entende que se deve considerar este artigo inconstitucional, por considerar que se trata de "um caso de expropriação forçada, do uso da casa", portanto somente em "casos excepcionais" isto deve acontecer, CAMPOS- *Lições*…, cit., p. 305.

[29] Distingue duas situações. Quando existam "filhos ou outros familiares do cônjuge proprietário ou comproprietário" a residir naquela casa, considera esta restrição ao direito de propriedade justificada pelo valor da família e, como tal, não inconstitucional, PASSINHAS – "A atribuição…", cit., p.183. No entanto, defende que já não é assim, no caso de estes não existirem, por entender que esta restrição não se encontra justificada, pois considera que o ex-cônjuge não se encontra abrangido pela proteção do art.67º CRP, que protege a família. Baseia-se nos seguintes argumentos: afirma que a considerarmos que a "solidariedade pós-conjugal" ainda subsiste, esta deve ser considerada de uma maneira muito ténue e baseia-se, ainda, na extinção da relação conjugal e de afinidade, *idem*, p.185 e 186. Entende que, mesmo que se considerasse que esta restrição era justificada, esta seria sempre desproporcional, por considerar que existem outras maneiras menos gravosas de o proteger, como uma "prestação de alimentos", tendo em vista as necessidades do cônjuge, *idem*, p.186-189. A autora defende uma interpretação conforme à CRP, entende que este artigo só deveria ser aplicado no caso de existirem filhos ou outros familiares a residir na casa, pois, segundo esta, a atribuição desta casa deve basear-se na "família actual, fundada na filiação ou noutro grau de parentesco, não daquela que é um mero vestígio de um casamento terminado", *idem*, p.191. Faz, ainda, referência a alguns ordenamentos jurídicos em que funciona assim, como em França, Itália e Espanha, no texto PASSINHAS – "A casa de morada de família…", cit., p.183, que mantém a argumentação do texto de 2015 desta autora. Para uma análise mais detalhada de todos os argumentos desta veja-se PASSINHAS – "A atribuição…", cit., p.179-191.

Pessoalmente, concordo com a posição dos primeiros autores e com o entendimento do TC e não considero este artigo inconstitucional, pois: 1) não se trata de um estranho, o ex-cônjuge é alguém com quem já partilhou a vida, nem de um bem qualquer, era a casa de morada da família; 2) este direito ao arrendamento não é eterno, tem uma duração determinada pelo tribunal, e esta relação de arrendamento pode sempre ser alterada ou pode terminar, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem; 3) o ex-cônjuge proprietário recebe uma renda, não fica totalmente desprotegido; 4) respeita-se o princípio da proporcionalidade, não é discricionário, este direito é atribuído atendendo às circunstâncias do caso concreto, às necessidades de cada um, tendo em conta a sua situação patrimonial, de modo a obter a decisão mais justa. Se, no caso concreto, o proprietário não tiver meios para adquirir ou arrendar outra casa e tiver problemas de saúde, por exemplo, o juiz, certamente, não a irá dar de arrendamento ao outro cônjuge[30].

Pode ser fixado um *regime provisório quanto à utilização da casa de morada da família*, durante a pendência de processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, por iniciativa destes ou por iniciativa própria do juiz, segundo o art.931º/9 CPC. Entende-se que para esta decisão se atendem aos mesmos fatores de ponderação que se utilizam para a atribuição da casa de morada da família[31].

3. Critérios de atribuição

Cumpre, agora, explicitar, de uma maneira conjunta, os fatores a que se aludiu ao longo do texto, uma vez que os critérios a que se atende quando a casa é arrendada e quando é própria de um ou é de ambos ou é tida em compropriedade por ambos podem ser considerados semelhantes[32]. Elementos estes que vão servir de base para a decisão sobre a atribuição da casa de morada da família. Começarei pelo "fator principal", passando depois para os "secundários", como assim os definem Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira[33].

3.1. O "fator principal"

Nas palavras de Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, a casa de morada da família deve ser atribuída ao "cônjuge ou ex-cônjuge que mais precise dela", ou seja, deve descortinar-se quem, realmente, tem "necessidade da casa", pois "o objetivo da lei [...] não é o de castigar o culpado ou premiar o inocente, como não é o de manter na casa de morada da família, em qualquer caso, o cônjuge ou ex-cônjuge que aí tenha permanecido após a separação de facto, mas o de proteger o cônjuge ou ex-cônjuge que mais seria atingido pelo divórcio ou pela separação quanto à estabilidade da

[30] Neste sentido, por exemplo, o Ac. do TRP de 03/04/2017, disponível em www.dgsi.pt. No qual se dispõe que, em face de situações económicas equivalentes, se deve atender, também, à propriedade da casa, quando o proprietário carece desta.

[31] Neste sentido, CID, Nuno de Salter – "Sobre a atribuição judicial provisória do direito de utilizar a casa de morada da família" in *Julgar*. Lisboa. Nº40, (Jan/Abr, 2020), [Consult. 30 Nov. 2023]. Disponível em WWW:<URL: https://julgar.pt/wp-content/uploads/2020/01/JULGAR40-03-NSS.pdf>, p.65. A jurisprudência tem seguido o mesmo entendimento, por exemplo, no Ac. do TRE de 08/11/2018, disponível em www.dgsi.pt. No qual se estabelece que, pelo facto de não existir um regime substantivo quanto a esta atribuição provisória, se deverá aplicar "por analogia, o disposto no artigo 1793º do Código Civil".

[32] Na hipótese de a casa de morada da família ser arrendada, de acordo com o art.1105º/2 CC, na falta de acordo entre os cônjuges, cabe ao tribunal decidir o destino deste arrendamento, "tendo em conta a necessidade de cada um, os interesses dos filhos e outros factores relevantes"; já se esta for comum ou própria de algum deles, o art.1793/1º CC estabelece que, se algum dos cônjuges o solicitar, o tribunal pode dar de arrendamento a qualquer deles a casa de morada da família, tendo em conta "nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal". Embora estes artigos tenham uma formulação diferente, ela é quase idêntica e entendo que as considerações sobre os seguintes critérios se podem aplicar a ambas as situações. Neste sentido, COELHO / OLIVEIRA- *Curso*..., cit., p.753 e OLIVEIRA- *Manual*..., cit., p.323.

[33] COELHO / OLIVEIRA – *Curso*..., cit., p.756 e 758.

habitação familiar, cônjuge ou ex-cônjuge ao qual, porventura, os filhos tivessem ficado confiados"[34]. Portanto, segundo estes autores, a *necessidade da casa*, a "premência da necessidade", continua a ser o "fator principal a atender"[35]. Parece o mais sensato e correto a fazer. Nas palavras de Pereira Coelho, a casa deve ser utilizada "pelo cônjuge ou ex-cônjuge a quem for mais justo atribuí-la"[36]. Na mesma linha, segundo Pires de Lima e Antunes Varela, deve atender-se à atual necessidade da casa por parte dos cônjuges e, ainda, à "posição que cada um deles fica a ocupar, depois da dissolução do casamento, em face do agregado familiar"[37].

O cônjuge que pretenda a atribuição da casa de morada da família tem de provar que necessita mais desta que o outro cônjuge e esta necessidade tem de ser "actual e concreta (e não eventual ou futura), a apurar segundo a apreciação global das circunstâncias particulares de cada caso", como se pode ler no Ac. do TRL de 16/04/2015[38]. Não se pode tratar de "simples transtornos ou incómodos"[39].

Na avaliação desta necessidade da casa, o tribunal deve atender à "situação patrimonial dos cônjuges ou ex-cônjuges" e ao "interesse dos filhos"[40].

a) Quanto à *situação patrimonial de cada um deles*, deve atender-se aos "rendimentos e proventos de um e de outro" (como os salários, as pensões, os subsídios e os lucros que recebam) e aos "respetivos encargos"[41], por exemplo, os alimentos que tem de prestar ao outro e os devidos a menores[42].

Deve averiguar-se se o ex-cônjuge que fica privado do uso da casa tem rendimentos suficientes para procurar outro lugar com condições para viver e o outro está impossibilitado de o fazer.

Nas palavras de Nuno de Salter Cid, nesta avaliação deve atender-se, também, aos "bens e direitos que componham o património de um e outro"[43].

b) Quanto ao *interesse dos filhos*, deve tomar-se em consideração com quem é que passam a residir os filhos menores e se é do interesse destes continuar a viver naquela casa[44].

Este interesse é difícil de aferir em abstrato, pretende dar-se a melhor proteção a estes filhos, mas o que é bom e mau é muito subjetivo, depende muito das circunstâncias do caso concreto. Por isso, é muito importante que estes sejam ouvidos, sendo-lhes reconhecido este direito. Nos termos do art.12º da Convenção sobre os Direitos da Criança[45], quando as crianças tenham capacidade para entender o que está a ser discutido, devem ser ouvidas quanto a assuntos que as afetem e ter intervenção, também, em processos judiciais e administrativos e a sua opinião tem de ser tomada em

[34] *Idem*, p.756.

[35] *Idem*, p.756. Neste sentido, veja-se também COELHO, Francisco Manuel Pereira – Divórcio e atribuição do direito ao arrendamento para habitação: [anotação]. In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra. A. 122, nº 3784 (1989), p.207 e ss., para a consideração deste critério e para os seguintes. A nossa jurisprudência tem seguido este entendimento.

[36] COELHO, Francisco Manuel Pereira – Divórcio e atribuição do direito ao arrendamento para habitação: [anotação]. In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra. A. 122, nº 3782 (1989), p.137.

[37] LIMA / VARELA – *Código Civil Anotado*, cit., p.570.

[38] Disponível em www.dgsi.pt.

[39] GRACIAS, Chandra – "A casa de morada de família à luz da jurisprudência recente". In AA.VV. – *II Jornadas de Direito da Família e da Criança – O direito e a prática forense*. Lisboa: CEJ, 2018. Disponível na internet:<URL: https://www.cnpdpcj.gov.pt/documents/10182/14804/II+Jornadas+-de+Direito+da+Fam%C3%ADlia+e+da+Crian%C3%A7a/454ea0a-5-12fa-4c59-ac77-aee0415d7ea9>, p.145.

[40] OLIVEIRA – *Manual*..., cit., p.320.

[41] *Idem*, p.320.

[42] COELHO / OLIVEIRA – *Curso*..., cit., p.757.

[43] CID – *A Protecção*..., cit., p.339, nota 98.

[44] OLIVEIRA – *Manual*..., cit., p.321.

45 Disponível em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_sobre_direitos_da_crianca.pdf.

conta. Também quanto a este ponto da atribuição da casa de morada da família considero que os filhos devem ser ouvidos e a nossa lei permite isso.

Estes são os que mais sofrem e têm consequências com algo que não tiveram intervenção. Apesar de as crianças serem conhecidas pela sua resiliência, para algumas a adaptação pode ser particularmente difícil e deve garantir-se uma certa estabilidade. Já basta o processo de adaptação ao divórcio dos pais, quanto mais a adaptação a uma nova escola, por exemplo, novos amigos, quem sabe, a uma nova cidade. Pode não ser do interesse do filho ficar ali, ou, pelo contrário, até pode ser, por exemplo, este pode querer continuar a viver naquela casa, naquela cidade, pois sempre ali viveu, a distância entre a casa e a escola é reduzida, foi ali que construiu a sua personalidade, os seus laços de amizade e a sua vida. Tomando em consideração essa audição, se necessária, consegue-se aferir se é ou não do interesse deste continuar a viver naquela casa. Sendo mais um elemento a ter em conta pelo juiz e que o ajudará a tomar a melhor decisão, salvaguardando, assim, o interesse deste filho.

Seríamos tentados a dizer que apenas os interesses dos menores seriam assegurados, por serem estes que carecem dos cuidados dos pais. No entanto, os nossos tribunais têm referido que, também, os interesses dos maiores devem ser tidos em conta, pois um filho por ser maior pode, ainda, viver em casa dos pais e não ser independente economicamente. Veja-se, a título de exemplo, o Ac. do TRL de 16/04/2015 e o Ac. do TRC de 13/11/2018[46].

A lei, no art.1793º do CC, refere-se a "filhos do casal", mas, segundo Nuno de Salter Cid, devem incluir-se neste conceito os interesses de menores que moravam com o casal, "mesmo que não sejam «filhos do casal»", nomeadamente, os filhos de um dos cônjuges ou ex-cônjuges[47]. Sandra Passinhas concorda com esta posição, entendendo que este artigo e o art.1105º CC abarcam, igualmente, os filhos de apenas um dos cônjuges, como os filhos do cônjuge proprietário que podem ficar a residir com o cônjuge interessado no arrendamento (podendo este, também, exercer as responsabilidades parentais[48]); os "apadrinhados civilmente" e os "menores sujeitos a tutela"[49].

c) Na ponderação desta necessidade da casa, deve atender-se, conjuntamente, a "*outros fatores relevantes*", como "[…] a idade e o estado de saúde dos cônjuges ou ex-cônjuges, a localização da casa relativamente ao local de trabalho de um e de outro, o facto de algum deles dispor eventualmente de outra casa […]", sendo, no entanto, irrelevante o facto de um dos cônjuges "poder ser acolhido por familiares"[50]. Quanto ao estado de saúde, relevam as "necessidades específicas de tratamentos médicos ou medicamentosos", a "dificuldade de locomoção" e a "incapacidade ou deficiência própria"[51]. Podendo, ainda, o juiz ter em conta nesta avaliação a "capacidade profissional de cada um deles"[52].

Também se podem ter em consideração outros familiares que morem naquela casa. Segundo Chan-

[46] Disponível em www.dgsi.pt. Onde se refere que estes filhos que "ainda não trabalham" e não têm independência económica devem também ser tidos em conta na tomada de decisão, pois ainda necessitam "do apoio e ajuda dos progenitores".

[47] CID – *A Protecção*…, cit., p.339, nota 99.

[48] Cfr. arts.1903º, 1904º-A, 1905º e 1906º CC e PASSINHAS – "A atribuição…", cit., p.179.

[49] PASSINHAS – "A casa de morada de família…", cit., p.172.

[50] COELHO / OLIVEIRA – *Curso*…, cit., p.757.

[51] GRACIAS – "A casa de morada de família à luz da jurisprudência recente", cit., p. 145.

[52] FIALHO, António José – *Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Lisboa: CEJ, 2012. Disponível na internet:<URL: https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=H6EKEB_cuVo%3D&portalid=30>, p.50.

dra Gracias, pode ter-se em conta "a incapacidade ou deficiência [...] de dependentes ou de alguém a seu cargo"[53]. Neste sentido, também, Sandra Passinhas admite que, no caso de se tratar de casa arrendada, se pode atender à "presença no agregado familiar de alguém com mobilidade reduzida", tratando-se de um rés-do-chão, "ou de um idoso com demência, que deve permanecer numa casa que reconheça"[54].

Note-se que a própria lei, ao utilizar as expressões "outros fatores relevantes" (art.1105º CC) e "nomeadamente" (art.1793º CC), permite que se atenda a outros elementos. Sendo, no entanto, os aí enumerados considerados mais importantes.

Em Portugal, *não existe uma hierarquia nem uma prioridade,* prevista na lei, entre os vários elementos a ter em conta nesta atribuição do uso da casa[55], dependendo muito da ponderação de todas as circunstâncias do caso concreto. Mas isto não é assim em alguns ordenamentos jurídicos como, por exemplo, em Espanha, França e Itália, onde o interesse dos filhos tende a prevalecer.

Em Espanha, Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga afirma que, pelo facto de haver pouca legislação nesta matéria, em muitos casos, existe uma luta pela guarda da criança, por esta estar ligada ao uso da casa de morada da família[56].

O atual art.96º do Código Civil Espanhol dispõe que, na falta de acordo entre os cônjuges, a utilização da casa e dos objetos de uso corrente nela contidos cabe aos filhos menores comuns e ao cônjuge com quem ficam a cargo. Esta redação continua a dar uma certa prevalência ao interesse e à proteção dos filhos[57]. Mas, ao contrário da redação anterior, explicita os filhos que são alvo de proteção[58]. No entanto, este artigo tem sido alvo de críticas devido à sua natureza imperativa[59] [60].

[53] GRACIAS – "A casa de morada de família à luz da jurisprudência recente", cit., p. 145.

[54] PASSINHAS – "A casa de morada de família...", cit., p.171.

[55] A lei não determina uma hierarquia entre estes fatores e a jurisprudência e a doutrina têm seguido o mesmo entendimento. Porém, no Ac. do TRC de 26/10/2021 (disponível em www.dgsi.pt), o tribunal menciona que o interesse dos menores deve prevalecer, "ainda que em detrimento dos interesses de um ou mais progenitores". Invocando que "uma residência condigna é um direito inalienável das crianças, conforme resulta ainda do princípio 4º da Declaração Universal dos Direitos da Criança" e é um dever dos progenitores, de acordo com as suas capacidades, assegurar esta habitação, invocando os arts.1878º e 1879º CC e o art.27º da Convenção sobre os Direitos da Criança.

[56] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis – *GPS Derecho de família*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p.1314. Apesar de esta obra se reportar à redação da norma de 1981, entendo que a análise desta se mantém atual, uma vez que a atual redação, dada pela Lei nº 8/2021, de 2 de Junho, continua a dar prevalência ao interesse dos filhos e é idêntica à anterior.

[57] A maneira como este artigo estava redigido, aparecendo os filhos antes do cônjuge (como se verifica, também, atualmente), levava a confusões interpretativas quanto ao titular do direito de uso desta casa. No entanto, a doutrina tem entendido que o titular deste direito é o progenitor com quem ficam a residir e não os filhos, *idem*, p.1324. Ainda assim, tem sido recorrente, em sentenças, atribuir o uso a ambos os progenitores de forma alternada, por considerarem que os beneficiários dessa atribuição são os filhos, alternando os cônjuges esse uso de forma semanal, quinzenal ou mensal. Sendo esta uma visão muito negativa para todos, *idem*, p.1326.

[58] Os filhos menores comuns até que atinjam a maioridade e atribui relevância ao facto de algum deles se encontrar em alguma situação de deficiência. Um menor que estiver nesta situação pode ainda continuar a utilizar a casa de morada da família depois de ser maior. São equiparados aos menores, os filhos comuns maiores que se encontrassem em situação de deficiência no momento do divórcio e cujas circunstâncias tornem aconselhável continuar a morar naquela casa. Dispõe, ainda, que quando atingirem a maioridade releva, também, o facto de serem ou não independentes economicamente. Se cada cônjuge ficar com filhos a seu cargo, o juiz decidirá o que for mais adequado e, no caso de não haver filhos, pode esta utilização da casa ser atribuída ao cônjuge não proprietário se este for o que mais necessitar desta.

[59] E, também, pela falta de exceções, *idem*, p.1216.

[60] José Ramón de Verda y Beamonte aborda, ainda, a questão da residência alternada ("custodias compartidas"), ou seja, quando o filho não fica a residir apenas com um dos progenitores. Nesses casos, tem de atender-se a outros critérios, como o cônjuge que revele ter mais dificuldades em procurar outra casa para morar. Este autor acaba por concluir que, mesmo nestes casos, este critério é considerado instrumental e se tem em conta o interesse e proteção dos filhos, enquanto estes estão a morar com aquele progenitor, RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, José – "La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial" in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. Nº 3 bis, nov. 2015. Disponível em WWW:<URL: https://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/AJI-n%C2%BA-41.pdf>. p.19. Esta

Em França, no caso de se tratar de casa própria de algum dos cônjuges, o art.285º-1 do Code Civil[61] permite que se atribua o direito de arrendamento ao cônjuge não proprietário que fique com o exercício das responsabilidades parentais, quando os filhos residam nessa casa e isso esteja de acordo com o interesse destes. Esta relação de arrendamento forçada pode ser modificada com a verificação de circunstâncias supervenientes, como, segundo Alain Bénabent, a mudança do exercício das responsabilidades parentais ou a melhoria da situação de vida do cônjuge que, inicialmente, necessitava da casa[62]. Se esta for arrendada, aplicar-se-á o art.1751º do mesmo Código, atribuindo-se este direito de arrendamento atendendo aos interesses sociais e familiares em causa, dando prevalência ao cônjuge que tenha filhos a cargo ou que exerça a sua profissão naquele espaço[63]. Este último autor faz, ainda, referência ao facto de se poder tratar de um comodato. Nesse caso, se este foi feito a favor de um dos cônjuges, não é possível constituir-se uma relação de arrendamento forçada; no caso de ter sido feito a favor da família, permite-se a continuidade deste a favor do cônjuge com quem residem os filhos[64].

Em Itália[65], o art.337-sexies, § 1º do Codice Civile[66] dispõe que o gozo da casa de morada da família é atribuído atendendo-se, prioritariamente, ao interesse dos filhos. Nas palavras de Michele Sesta, a preocupação do legislador foi atenuar o trauma causado pelo divórcio dos pais[67]. A lei não distingue entre filhos menores ou maiores que ainda não são independentes economicamente. A jurisprudência tem entendido que se aplica a ambos, embora pareça que a *ratio* da norma se refira aos menores[68]. Este autor salienta, ainda, que parece não haver distinção entre filhos maiores autossuficientes e filhos maiores não autossuficientes, uma vez que tal levaria a situações injustas, pelo facto de a única diferença entre ambas ser a obrigatoriedade dos pais continuarem a dar-lhes os recursos necessários para as suas necessidades[69]. Entende-se que com a expressão "prioritariamente" se pode atender, também, a outros fatores[70].

No nosso ordenamento jurídico, não existindo esta prevalência de uns elementos face a outros, no caso de haver conflitos cabe ao juiz decidir, dependendo muito da ponderação de todas as circunstân-

obra também faz referência à redação anterior desta norma, mas, pelas mesmas razões acima apresentadas, entendo que esta análise se mantém atual.

[61] Na redação dada pela Lei nº 2004-439, de 26 de Maio de 2004.

[62] BÉNABENT, Alain – *Droit de la famille*. 4e éd. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2018. Disponível na internet:<URL: https://media.electre-ng.com/extraits/extrait-id/e39b3ecd1052c747107cfdb911cfbb8d909e-4d08ab17d7971cc2982e2cb69a79.pdf>, p.273.

[63] *Idem*, p.270. Na redação dada pela Lei nº 2014-366, de 24 de Março de 2014.

[64] *Idem*, p. 273 e 274.

[65] Apesar de o interesse dos filhos tender a prevalecer, pode haver ajustamentos. Em Veneza, entendeu-se que o interesse de um progenitor que era invisual e usava um cão guia, que não ficou com a guarda do filho menor, devia prevalecer sobre o interesse deste, pois a vantagem deste progenitor em continuar na casa seria maior, por questões de organização da sua vida, FIGLIA, Gabriele Carapezza – "Family Home Rights in Divorce" in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. Valencia. Nº 15, ago. 2021. Disponível em WWW: <URL: https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2021/10/AJI_15_ok-1.pdf>. p.72 e nota 31.

[66] Na redação dada pelo Decreto Legislativo 28 Dezembro 2013 n.154.

[67] SESTA, Michele – *Manuale di diritto di famiglia*. 8ªed., con schemi riassuntivi. Milano: Wolters Kluwer; [Padova]: CEDAM, 2019, p.324.

[68] *Idem*, p.324.

[69] *Idem*, p.325.

[70] Como o cônjuge que mais necessite da casa. Porém, a jurisprudência tem feito uma interpretação restritiva, no sentido de atribuir a casa ao cônjuge que mais tempo e mais tem cuidado desta no interesse dos filhos, mesmo que se trate de filhos maiores que ainda não são independentes economicamente, *idem*, p.325. No entanto, alguma jurisprudência minoritária e grande parte da doutrina têm defendido a importância do critério da necessidade do cônjuge, nas situações em que a casa pertence a ambos os cônjuges e quando não haja filhos menores, nem maiores que não sejam independentes economicamente ou na presença de filhos menores confiados a ambos os pais, *idem*, p.326. Seguindo, ainda, este artigo, o direito ao uso da casa cessa se o ex-cônjuge não residir ou deixar de viver permanentemente na casa, viver com algum companheiro/a ou contrair um novo casamento.

cias do caso concreto. Deve existir um equilíbrio entre estes interesses, de maneira que nem uns nem outros saiam muito prejudicados, tendo em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Em suma, ponderados todos estes elementos, se se chegar à conclusão de que a necessidade de um dos cônjuges é "consideravelmente superior à do outro" deve o tribunal atribuir o direito ao arrendamento a esse cônjuge. No caso de as necessidades parecerem iguais ou caso haja dúvida, pode recorrer-se a outros fatores considerados "secundários"[71].

3.2. Fatores "secundários"

Na hipótese de o fator principal se ter revelado insuficiente para atribuir a casa de morada da família a um dos cônjuges, pode atender-se ao "facto de, tratando-se de arrendamento anterior ao casamento, o cônjuge arrendatário ser um ou outro" e às "circunstâncias em que, após a separação de facto" esta casa tenha sido ocupada por um deles[72]. Nuno de Salter Cid salienta que, também, "a ligação mais ou menos intensa de um dos cônjuges ou ex-cônjuges" ao local, embora não determinante, pode ser tomada em conta[73]. No entendimento deste autor, deve atender-se, igualmente, à propriedade da casa, quando se trate de bem próprio de algum dos cônjuges, não existirem filhos a proteger e as necessidades de ambos forem equivalentes. Nesse caso, "sobrepor-se-á o interesse daquele a quem a casa pertença por inteiro"[74].

Quanto a estes fatores, poderá colocar-se a hipótese de se poder atentar à *culpa*.

Anteriormente à Lei nº61/2008 fazia-se referência expressa a este elemento no art.84º do antigo RAU[75]. A culpa era um dos elementos a ter em conta na atribuição da casa de morada da família. Mas já nesta altura, em que a culpa relevava para efeitos de divórcio, quanto à nossa questão, ela tinha já um caráter secundário, não sendo dos elementos principais a tomar em consideração. Neste sentido, o Ac. do TRP de 04/05/1992 disponha que "independentemente de outras circunstâncias, a culpa do divórcio não é, só por si, suficiente para atribuir ao cônjuge não arrendatário a casa de morada de família"[76]. Alguns autores como, por exemplo, Pires de Lima, Antunes Varela[77] e Pereira Coelho[78] partilhavam da mesma opinião. Embora houvesse outros entendimentos, como o de Leite de Campos que defendia que só teria direito ao arrendamento do art.1793º CC o "cônjuge inocente, ou pelo menos não declarado principal culpado", com base numa conceção de "divórcio sanção"[79], posição esta que atualmente é de recusar.

Após esta reforma, Nuno de Salter Cid[80] afirma que talvez se possa ter em conta este "fator culpa", este "comportamento pretérito", sendo este censu-

[71] COELHO / OLIVEIRA – *Curso*..., cit., p.757.

[72] OLIVEIRA – *Manual*..., cit., p.321.

[73] CID – *A Protecção*..., cit., p.55, nota 93.

[74] CID- "[Anotação ao art.1793º]", cit., p.578.

[75] Podia ler-se neste artigo que "na falta de acordo, cabe ao tribunal decidir, tendo em conta a situação patrimonial dos cônjuges, as circunstâncias de facto relativas à ocupação da casa, o interesse dos filhos, a culpa imputada ao arrendatário na separação ou divórcio, o facto de ser o arrendamento anterior ou posterior ao casamento e quaisquer outras razões atendíveis".

[76] CID – *A Protecção*..., cit., p.326, nota 75, onde se faz referência a este acórdão.

[77] Pires de Lima e Antunes Varela afirmavam, também já antes desta reforma, que não se tratava de um "ajuste de contas desencadeado pela crise do divórcio", LIMA / VARELA – *Código Civil Anotado*, cit., p.570.

[78] Também já Pereira Coelho defendia que devia ser dada uma importância secundária ao critério da culpa, considerando como "critério geral" a "premência da necessidade da casa", atendendo à situação patrimonial dos cônjuges e ao interesse dos filhos, COELHO– Divórcio e atribuição do direito ao arrendamento para habitação: [anotação]. In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra. A. 122, nº 3784 (1989), cit., p. 207.

[79] CAMPOS – *Lições*..., cit., p.305.

[80] CID- "[Anotação ao art.1793º]", cit., p.578.

rável, uma vez que "[…] «o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita» (art.987º CPC), nada o impedindo de ter também em consideração qualquer fator não afastado por norma imperativa, mais não seja «por razões manifestas de equidade» (expressão do art.2016/3)". Visto que o fator principal não se revelou suficiente para se decidir a quem a atribuir, segundo este autor, deve atender-se ao espírito subjacente aos arts.2016º/1 e 3 e 2016º-A/3 CC, que dizem respeito à matéria dos alimentos, e "não fazer simplesmente tábua rasa do passado em favor ou desfavor de quem pede a "atribuição" da casa". Esta atribuição deve ser justa e não injusta e não deve constituir um "simples meio de atribuir (em espécie) alimentos não devidos". Em casos extremos, afirma, ainda, Salter Cid que "o próprio pedido de atribuição poderá ser considerado abuso de direito" (art.334º CC)[81].

No mesmo sentido encontra-se Guilherme de Oliveira ao afirmar que "as normas sobre a atribuição da casa de morada da família não devem restabelecer a relevância do "fator culpa"". Esta deve ser considerada de modo secundário, caso contrário, corria-se o risco de punir o "cônjuge culpado pela rutura do casamento" e contrariar a ideia da reforma de 2008 (a eliminação da relevância desta)[82]. Concluindo que este fator só poderá ser considerado no "quadro da regra geral do abuso do direito" (art.334º CC), vendo esta hipótese como uma "válvula de escape" do sistema que, certamente, a reforma do regime do divórcio não quereria eliminar, no caso de se verificarem os seus pressupostos[83].

Portanto, deve atender-se a este fator não com o mesmo grau de relevância dos outros, não como elemento a que se deve atender logo à partida, mas sim, como se referiu, de um modo secundário[84].

Os nossos tribunais fazem ainda referência ao critério da culpa, mas como elemento de ponderação secundário, em inúmeros acórdãos, como, por exemplo, no Ac. do TRL de 16/04/2015[85], no Ac. do TRL de 19/01/2017[86] e, mais recentemente, no Ac. do STJ de 17/12/2019[87] e no Ac. do TRP de 28/09/2023[88].

[81] *Idem*, p.578.

[82] OLIVEIRA – *Manual*…, cit., p.321.

[83] *Idem*, p.321 e 322.

[84] Como exceção. Para a questão paralela da negação do direito a alimentos (art.2016º/3 CC), Guilherme de Oliveira afirma que "não basta fazer prova de um "comportamento pretérito" desastroso" para negar este direito. Tendendo para uma aplicação rara desta "exceção", de modo a evitar que a "culpa" regresse ao nosso sistema por esta via. Devendo assentar a exceção numa ideia de abuso do direito, quando se verificarem os respetivos pressupostos. Este autor apresenta como exemplo um "ex-cônjuge que desprezou sempre toda a cooperação pessoal e patrimonial que prometeu, que omitiu qualquer gesto de socorro e auxílio, que delapidou sistematicamente o património conjugal e desprezou oportunidades de emprego, que praticou todos os factos que violaram direitos fundamentais do outro, ignorando o dever de respeito reforçado que lhe cabia- e agora pede os alimentos que o outro ex-cônjuge terá dificuldade em pagar", *idem*, p.331. Entendo que esta visão se pode aplicar quanto à atribuição da casa de morada da família, como exposto anteriormente, com as necessárias adaptações.

[85] No qual se pode ler que em caso de dúvida pode atender-se a "[…] circunstâncias secundárias tais como os factos respeitantes à culpa no divórcio ou os relativos à ocupação da casa de morada de família", por referência ao Ac. do TRL de 19/02/2008.

[86] Disponível em www.dgsi.pt. Onde se pode ler que a ponderação do interesse da família (dos cônjuges e dos filhos) "[…] não impede, antes aconselha, precisamente, que se pondere também a actuação que determinou, desde logo, o início da situação em que a residência comum na casa de morada da família se tornou impossível".

[87] Disponível em www.dgsi.pt. No qual se pode ler que "no âmbito do art. 1105.º, n.º 2 ("outros factores relevantes"), deve também levar-se em consideração o comportamento pretérito de cada um dos cônjuges em relação ao outro, designadamente a conduta que se consubstancie na causa da rutura definitiva do casamento, que constitua fundamento do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges. A ponderação do elemento sistemático da interpretação da lei (contexto da lei: art. 2016.º, n.º 3, do Cód. Civil), nos termos do art. 9.º, n.º 1, do Cód. Civil, conduz a este resultado". Neste caso, o tribunal entendeu, no seguimento da sentença anterior, que havia "violação do dever de respeito", pois existiam agressões físicas e psicológicas, havendo também "relações extramatrimoniais" e isto indicava a "ruptura definitiva do casamento".

[88] Disponível em www.dgsi.pt. Este acórdão faz ainda referência à culpa em contexto de violência doméstica. Afirmando que, também, é um fator a ponderar, tendo o juiz que investigar as particularidades do caso, nos termos dos arts.986º/2 e 990º/3 CPC.

Considero que esta é a escolha mais acertada, uma vez que existem casos em que se justifica que a culpa seja considerada, ainda que de modo secundário, pois não se deve, simplesmente, apagar o passado. Concordo que seja de modo secundário que se deva olhar para este elemento de ponderação pois, normalmente, numa relação como o casamento, a culpa não é só de um, é de ambos. De modo que não deverá ser um fator principal a atender, sacrificando outros interesses, que são muito mais relevantes, como a necessidade da casa e o interesse dos filhos. Não estamos a falar de um castigo ou de um prémio qualquer atribuído ao cônjuge culpado ou inocente. Entendo, naturalmente, que se atenda, ainda, a este fator de um modo secundário, quando o fator principal não foi suficiente para chegar a uma decisão, pois existem situações que não podem, simplesmente, ficar esquecidas e deixar o cônjuge desprotegido ou prejudicado, por exemplo, nos casos de violência doméstica[89]. Seria justo o cônjuge vítima de violência doméstica ser obrigado a arrendar a sua casa própria ao cônjuge agressor por este ter necessidade desta? Seria justo, em face de necessidades equivalentes, não se atender a este critério? É justo que se atenda a este elemento por todo o seu passado e evitando um futuro sem esperança de mudança. Muitas vezes, este cônjuge vítima de violência doméstica pode até nem querer viver ali, por lhe trazer más recordações, mas, por vezes, essas vítimas não têm possibilidades para encontrar outro lugar para viver. No meu entender, isto deve ser considerado na ponderação do juiz, claro, atendendo às circunstâncias de cada caso concreto, de cada vida, cada pessoa tem a sua história com particularidades e acho que se tem de atender também ao lado humano e não só ao lado patrimonial.

4. Conclusão

Quer se queira quer não, o divórcio acaba sempre por deixar marcas e cabe ao Direito atenuá-las. Estas podem ser emocionais, com reflexos económicos, etc. A meu ver, a nossa lei fez isso perfeitamente, ao estabelecer elementos de ponderação que o juiz vai ter em conta na tomada de decisão sobre a atribuição desta casa de morada da família, no caso de os cônjuges não chegarem a acordo quanto ao seu destino ou no caso de esse acordo não acautelar os respetivos interesses, destes e dos filhos. Elementos que se encontram elencados no art.1105º CC, para a hipótese de a casa ser arrendada, e no art.1793º CC, para a hipótese de esta ser própria de algum deles ou comum e, ainda, nos casos em que se possa aplicar este artigo, como referido anteriormente, por exemplo, no caso de compropriedade e de comodato.

Estes critérios são fundamentais para se tentar obter uma decisão justa quanto à atribuição desta casa. Concordo com o sistema que temos, considerando a necessidade o mais importante e para a aferir, claro, recorrendo aos interesses dos filhos e dos cônjuges, assegurando, deste modo, os interesses de todos. Na insuficiência de uns elementos ponderam-se outros, havendo, assim, lugar para a consideração de outros critérios para além dos expressamente elencados na lei, mas que esta permite, tendo em conta as expressões utilizadas nos referidos artigos. Tudo isto atendendo, claro, às circunstâncias do caso concreto.

[89] Antunes Varela apresenta-nos "casos-limite" em que se deveria tomar em consideração a culpa, por exemplo, quando "um dos cônjuges atentou contra a vida do outro ou o traiu escandalosamente". Entendendo que, nestes casos, seria "altamente chocante" que "a vítima do atentado ou do adultério fosse coagida a arrendar-lhe a sua casa própria" devido ao facto de o "culpado" necessitar desta, VARELA, João de Matos Antunes – *Direito da família*. Lisboa: Livraria Petrony, 1987, p.505. É certo que este autor o fez antes da reforma de 2008, mas penso que estes exemplos ainda se tornam atuais depois de se analisar a jurisprudência recente.

Concordo, como disse, que o fator principal seja a necessidade da casa, pois não seria justo que esta fosse atribuída a um cônjuge que não necessitasse dela e o outro que necessitava desta e, às vezes, com filhos a cargo ficava sem casa e ainda tinha de ter capacidades económicas para arranjar um lugar para viver.

A meu ver, os ex-cônjuges também merecem proteção, pois o casamento não consiste apenas em habitar debaixo do mesmo teto, é muito mais do que isto, é comunhão de leito, mesa e habitação. Após o término desta relação, estes não são estranhos, partilharam uma vida, da qual, por vezes, resultaram filhos. Considero que todos eles merecem proteção, encontrando-se esta completamente assegurada na nossa lei. Todos os intervenientes desta relação estão protegidos, quer se trate de filhos quer de ex-cônjuges.

A CESSAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS QUANDO O CREDOR VIOLA GRAVEMENTE OS SEUS DEVERES PARA COM O OBRIGADO: BREVE ANÁLISE DA ALÍNEA C), DO ARTIGO 2013.º DO CÓDIGO CIVIL

Bárbara Aparecida Nunes Souza

Advogada. Mestranda em Direito das Crianças, Família e Sucessões pela Universidade do Minho. Pós-graduada em Planejamento Patrimonial, Familiar e Sucessório pela Faculdade Legale. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa vinculado ao PPGD da FMP/RS.

Resumo: *O presente estudo aborda a obrigação de prestar alimentos e as causas de cessação desse dever. Examina-se o disposto na alínea c), do artigo 2013º, do Código Civil para identificar as situações consideradas como violação grave dos deveres do credor, uma vez que o Código Civil não traz previsão expressa acerca das referidas situações, o que gera incerteza jurídica e requer a análise caso a caso por parte dos tribunais.*

Palavras-chave: *alimentos, violação, cessação da obrigação.*

Abstract: *The present study addresses the obligation to provide maintenance and the grounds for termination of this duty. It examines the provisions of article 2013, paragraph 1, subsection c) of the Civil Code to identify situations considered as a serious breach of the debtor's duties, given that the Civil Code does not provide express provisions regarding these situations, which generates legal uncertainty and requires case-by-case analysis by the courts.*

Keywords: *alimony, violation, termination of obligation.*

1. Introdução

A obrigação dos pais de prestar alimentos aos filhos constitui um tema de grande relevância no ordenamento jurídico português. Fundamentada na responsabilidade parental e na proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, essa obrigação desempenha um papel crucial na garantia do seu bem-estar, especialmente em situações de separação ou divórcio dos progenitores.

A obrigação alimentar encontra-se regulada pelo Código Civil, o qual estabelece princípios e critérios específicos para assegurar não apenas a subsistência material, mas também o desenvolvimento integral dos filhos. Para além da obrigação com os filhos, o Código Civil também prevê que estão vinculados à prestação de alimentos o cônjuge ou o ex-cônjuge, os descentes, os ascendentes, os irmãos, de entre outros. E, neste cenário, o artigo 2013.º do mesmo diploma legal prevê as causas para a cessação da obrigação alimentar, como a morte do obrigado ou do alimentado, a impossibilidade de prestá-los ou a desnecessidade de recebê-los, bem como quando o credor violar os seus deveres para com o obrigado.

O presente estudo terá como foco especialmente a alínea *c)* do artigo 2013.º do Código Civil e procurará identificar quais situações configuram violação grave dos deveres do credor para com o obrigado, já que tais circunstâncias são motivos para a cessação da obrigação de prestar alimentos e a redação da alínea *c)* é subjetiva e não oferece exemplos ou critérios claros das condutas que podem ser consideradas violação dos deveres do credor.

Por meio de uma revisão crítica da doutrina jurídica e da análise de jurisprudência relevante, o estudo pretende identificar exemplos concretos que possam ser enquadrados na alínea *c)* do artigo 2013.º do Código Civil.

Para atingir o objetivo proposto, inicialmente, será feita uma breve abordagem sobre a obrigação

de prestar alimentos e as responsabilidades parentais. Em seguida, serão descritas as causas previstas no Código Civil para a cessação da obrigação de prestar alimentos. Posteriormente, serão identificadas as situações que caracterizam violação dos deveres do credor para com o obrigado, de acordo com a jurisprudência relevante. Por derradeiro, serão apresentadas as conclusões, visando não apenas esclarecer os contornos normativos deste instituto, mas também contribuir para o debate académico e prático que possa fortalecer a aplicação e o cumprimento da obrigação alimentar em benefício daqueles em situação de vulnerabilidade familiar.

2. A responsabilidade parental e a prestação de alimentos aos filhos

A responsabilidade parental refere-se ao "compromisso diário dos pais para com as necessidades físicas, emocionais e intelectuais dos filhos/as"[1] e, nos termos do artigo 1878.º do Código Civil, compete aos pais, no interesse dos filhos, zelar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, mesmo quando nascituros, e administrar os seus bens.

Para além de ser um dever dos progenitores, as responsabilidades parentais também são um direito, uma vez que os filhos devem obediência aos pais, bem como os pais possuem o direito de ter a companhia dos filhos, tornando assim a responsabilidade parental um direito-dever.

As responsabilidades parentais, que até à entrada em vigor da Lei 61/2008, de 31 de outubro, eram denominadas poder paternal, têm como base principal a filiação, pois é com a filiação que começam as responsabilidades dos progenitores para com os filhos.

Ocorre que a filiação é um conceito mais abrangente e amplo do que simplesmente as responsabilidades parentais, as quais não esgotam a sua totalidade. Embora o início da relação de filiação coincida com o início das responsabilidades parentais, devido à dependência entre ambas, o término não ocorre simultaneamente. Isso porque as responsabilidades parentais cessam, por exemplo, com a maioridade legal do filho, enquanto a relação jurídica da filiação persiste, configurando-se como um vínculo familiar duradouro[2].

Os filhos possuem proteção prevista em lei e, em breve síntese, pode-se dizer que, em virtude dos efeitos da filiação e das responsabilidades parentais, os pais têm a obrigação de prover o sustento de seus filhos[3].

O dever de sustento aos filhos também decorre do princípio da solidariedade familiar, o qual obriga os membros de uma família a responder pelas necessidades de subsistência daquele que não consiga satisfazer sozinho[4].

A obrigação de prestar alimentos é definida como "o vínculo pelo qual alguém pode ser obrigado a prover a outrem o indispensável ao seu sustento, habitação e vestuário [...] além de instrução e educação no caso de o alimentado ser menor [de idade]"[5], ou seja, a expressão "alimentos" deve ser interpretada em sentido amplo, abrangendo tudo

[1] SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio,* 6.º ed. rev., aum. e actualizada, 2016, 22.

[2] FERNANDES, Maria João da Cruz, *A Obrigação de Alimentos:* medida, cálculo e incumprimento, Dissertação de Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões, Universidade do Minho, Braga, 2019, 14.

[3] Maria João Fernandes (nota 2), 36.

[4] MORGADINHO, Mariana Serra, *A obrigação de alimentos e o papel social do fundo de garantia de alimentos devidos a menores,* Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, disponível em http://hdl.handle.net/10316/34902 [30.11.2022], 14.

[5] PROENÇA, José João Gonçalves, *Direito de Família,* 4.º ed., rev., actual., Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2008, 319.

o que é necessário para o sustento, habitação, vestuário, instrução, saúde e educação do filho[6], nos termos do artigo 2003.º do Código Civil.

O artigo 36 da Constituição da República Portuguesa, no seu n.º 5, estabelece que os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos, ou seja, não se trata apenas de garantir as necessidades básicas essenciais para a sobrevivência da criança alimentada, mas sim de fornecer tudo o que é necessário para o seu desenvolvimento físico, intelectual, moral e emocional, tendo em conta a sua condição social, habilidades, idade e estado de saúde[7].

A Convenção sobre os Direitos da Criança também aborda o dever de sustento. Em seu artigo 27, item n.º 2, dispõe que "cabe aos pais ou a outras pessoas responsáveis pela criança a responsabilidade primordial de proporcionar, de acordo com as suas possibilidades e recursos financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança"[8].

Estão obrigadas a prestar alimentos pessoas ligadas por certos laços familiares, as quais o Código Civil lista no seu artigo 2009.º, sendo elas: o cônjuge ou ex-cônjuge (em relação ao outro cônjuge), os descendentes (em relação aos ascendentes), os ascendentes (em relação aos descendentes), os irmãos (entre si), os tios (em relação aos sobrinhos) e o padrasto e a madrasta (em relação aos enteados menores de idade que estavam ou estiveram ao cargo do seu cônjuge falecido)[9].

Assim sendo, pode-se afirmar que, embora seja um dos pilares das responsabilidades parentais, a obrigação de prestar alimentos não está exclusivamente ligada a ela, até porque o artigo 1877.º do Código Civil dispõe que os filhos estão sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade ou emancipação. Contudo, para além da cessação das responsabilidades parentais em razão da idade, o seu exercício poderá ser inibido, por exemplo, por crime a que a lei atribua esse efeito. No entanto, esta inibição, em nenhum caso, isentará os pais do dever de prestar alimentos aos filhos[10].

A sobrevivência e o superior interesse da criança sempre irão prevalecer sobre os interesses dos progenitores, que, diante da dissolução conjugal, devem enfrentar a situação de modo a não prejudicar a criança[11]. Sendo assim, no momento do divórcio ou da rutura da união de facto, novamente a obrigação dos pais de prestar alimentos é regulada pelo Código Civil, que estabelece em seu artigo 1905.º que "os alimentos devidos aos filhos e a forma de os prestar são regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação"[12].

O dever de prestar alimentos também está previsto no artigo 1874.º do Código Civil, o qual determina em seu item n.º 2 que "o dever de assistência inclui a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar"[13].

Contudo, há diferença entre o dever de sustento, que é um dever de assistência e não recíproco, cessando com a maioridade ou emancipação, tal como resulta do art.º 1877.º do Código Civil, e a obrigação de prestar alimentos, que é recíproca e não se encerra com a maioridade do filho.

Para determinar o valor da prestação de alimentos, conforme o artigo 2004.º do Código Ci-

[6] Maria Clara Sottomayor (nota 1), 329.

[7] MELO, Helena Gomes de, *et al.*, *Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2.ª Edição, Lisboa, Quid Juris, 2010, 95

[8] Artigo 27.°, item 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

[9] José João Gonçalves Proença (nota 5), 319.

[10] Conforme artigo 1917.º do Código Civil.

[11] Maria João Fernandes (nota 3), 36.

[12] Artigo 1905.° item 1 do Código Civil.

[13] Artigo 1874.°, item 2 do Código Civil.

vil, devem ser consideradas as possibilidades do alimentante de prestar alimentos e de prover à sua própria subsistência, bem como as necessidades do alimentado, levando também em conta a possibilidade de o alimentado conseguir prover para sua própria subsistência[14].

Por sua vez, quanto ao valor da prestação de alimentos aos filhos, não há uma fórmula exata para o cálculo. No entanto, *a priori,* presume-se como base para o montante que um dos pais cuidará da criança em tempo integral, enquanto o outro participará apenas em visitas[15].

Tais métricas são indefinidas e, dado que não há uma fórmula precisa, as decisões judiciais analisam cada caso individualmente, o que acaba gerando variações para situações semelhantes[16].

Quanto à forma da obrigação de alimentos, esta pode ser prestada em espécie (quando o alimentado vive com quem está obrigado a prestar alimentos e não dispõe de recursos para fazê-lo sob a forma de pensão) ou em prestação pecuniária (uma quantia determinada em dinheiro)[17].

A obrigação possui características[18] como a patrimonialidade, uma vez que deve ser cumprida de maneira pecuniária, nos termos do n.º 1 do artigo 2005.º do Código Civil; a variabilidade, pois pode ser ajustada sempre que ocorrerem mudanças nas circunstâncias que serviram de base para sua fixação, conforme o artigo 2012.º do Código Civil; a periodicidade, devendo ser prestada mensalmente, conforme estipulado no n.º 1 do artigo 2005.º do Código Civil; a indisponibilidade, pois o direito não pode ser renunciado ou cedido, conforme previsto no n.º 1 do artigo 2008.º do Código Civil; a exigibilidade, uma vez que a prestação é devida desde a data de propositura da ação de alimentos ou, se já fixada pelo tribunal ou por acordo, desde o momento em que o devedor entra em mora, conforme o artigo 2006.º do Código Civil; e, por último, a duração indefinida, já que a obrigação perdura enquanto se verificarem os pressupostos que a originaram, isto é, há uma continuidade na obrigação de prestar alimentos até que uma das causas de cessação ocorra.

Assim sendo, conclui-se que o direito ao recebimento de alimentos não pode ser cedido, que sua prestação deve ser preferencialmente sob a forma de prestação pecuniária e de forma mensal, podendo variar conforme mudanças nas possibilidades do alimentante e/ou nas necessidades do alimentado e sua cessação ocorrerá de acordo com as causas previstas em lei, conforme será abordado a seguir.

3. As causas para cessação da obrigação alimentar

Conforme exposto, o dever de prestar alimentos aos filhos é um dos pilares das responsabilidades parentais, refletindo também na assistência mútua e no princípio de solidariedade familiar. Este compromisso vai além do simples fornecimento de sustento material, abrangendo também o apoio emocional e educacional essencial para o desenvolvimento saudável da criança ou adolescente.

A legislação em vigor estipula que a inibição do exercício das responsabilidades parentais não isenta os pais da obrigação de providenciar alimentos aos filhos. Esta disposição visa garantir que, independentemente de quaisquer dificuldades ou impedimentos que possam surgir, a necessidade básica de sustento da criança seja sempre atendida.

[14] Mariana Serra Morgadinho (nota 4), 16.

[15] Maria Clara Sottomayor (nota 1), 315.

[16] Maria Clara Sottomayor (nota 1), 335.

[17] MEDINA, Maria do Carmo, *Direito de Família,* 2.º ed., Lobito, Escolar Editora Angola, 2013, 417.

[18] Mariana Serra Morgadinho (nota 4), 17.

Por sua vez, a obrigação de prestar alimentos, que decorre dos laços familiares e da solidariedade entre seus membros, desempenha um papel crucial na promoção de relações familiares estáveis, baseadas na reciprocidade e no cuidado mútuo. Para assegurar um equilíbrio justo, considerar circunstâncias específicas e promover o bem-estar e a estabilidade das relações familiares, o Código Civil estabelece as causas legais para a cessação dessa obrigação alimentar.

No que diz respeito às causas de cessação da obrigação de prestar alimentos, o Código Civil, no seu artigo 2013.º, enumera explicitamente tais situações: a) Pela morte do obrigado ou do alimentante; b) Quando aquele que os presta não pode continuar a fazê-lo ou aquele que os recebe deixa de precisar deles; c) Quando o credor viola gravemente os seus deveres para com o obrigado.

Para além das causas previstas no artigo supra indicado, é necessário incluir ainda o trânsito em julgado da sentença de adoção, pois novas pessoas passam a assumir as responsabilidades parentais, bem como o trânsito em julgado da sentença que julgar procedente o pedido de impugnação da paternidade.

Existe também a cessação ou desoneração pelo atingimento da maioridade do filho. No entanto, tal causa não é automática, uma vez que se o filho completar a maioridade e ainda não tiver concluído a sua formação profissional, a obrigação de prestar alimentos poderá estender-se até à conclusão da formação[19].

Dentre tantas formas de cessar a obrigação alimentar, aquela exposta na alínea *c)*, n.º 1, do artigo 2013.º do Código Civil, é a que mais suscita dúvidas, pois quais ações do credor são consideradas violação grave dos seus deveres para com o obrigado a fim de cessar a obrigação de prestar alimentos? O referido artigo não traz exemplos, tampouco estipula quem definirá a gravidade do ato, cabendo à doutrina e à jurisprudência identificar tais comportamentos, os quais serão analisados no presente estudo a partir do tópico a seguir.

4. Causas que se enquadram na alínea *c)* do artigo 2013.º do código civil

Embora o Código Civil, no seu artigo 2013.º, traga expressamente as situações de cessação da obrigação de prestar alimentos, a alínea *c)* do n.º 1 levanta incertezas, uma vez que apenas prevê que a obrigação de prestar alimentos cessa quando o credor violar gravemente os seus deveres para com o obrigado, sem estipular de forma clara quais são essas violações.

O artigo 1874.º do Código Civil estabelece que pais e filhos devem respeitar-se mutuamente. No entanto, esta disposição não ajuda a interpretar claramente nem esclarece as situações que podem ser enquadradas na alínea objeto do presente estudo. Contudo, conforme entendimento doutrinário, pode-se considerar que se trata de "comportamento moral que torne o alimentado indigno do benefício alimentar"[20].

Entende-se que a violação dos deveres do credor (alimentado) em relação ao devedor (obrigado) pode ocorrer em situações em que o credor age de forma gravemente injuriosa, desrespeitosa ou criminosa contra o devedor. Exemplos podem incluir ofensas graves, violência ou outras formas de comportamento que comprometam a dignidade e a moral do devedor. Em tais casos, a violação grave dos deveres por parte do credor pode justificar a cessação da obrigação de prestar alimentos, pois a manutenção desta obrigação torna-se incompatível com a relação ética e jurídica esperada entre as partes.

[19] Maria João Fernandes (nota 3), 19.

[20] PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo,* 7.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2020, 57.

Historicamente, a obrigação de alimentos cessava quando ocorriam atos que ensejavam deserdação. No entanto, essa previsão não mais existe no Código Civil, tornando imprecisa a aplicação e o alcance do referido diploma. O Código Civil de 1867 estabelecia expressamente, no seu artigo 179.º, que a obrigação de alimentos cessaria nos casos em que fosse admitida a deserdação[21].

Embora tenha sido retirado das causas de cessação, os atos que acarretam deserdação continuam servindo de base para enquadrar a situação da alínea *c)* do artigo 2013.º do Código Civil. Assim, conforme dispõe o artigo 2166.º do mesmo diploma legal, consideram-se como causas de deserdação e, por analogia, de cessação da obrigação de prestar alimentos as seguintes situações: a) Ter sido o sucessível condenado por algum crime doloso cometido contra a pessoa, bens ou honra do autor da sucessão, ou do seu cônjuge, ou de algum descendente, ascendente, adotante ou adotado, desde que ao crime corresponda pena superior a seis meses de prisão; b) Ter sido o sucessível condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas; c) Ter o sucessível, sem justa causa, recusado ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge os devidos alimentos.

Entende-se que a intenção legislativa ao retirar do Código Civil a referida previsão foi a de não limitar os factos. No entanto, ao não especificar tais atos e não indicar um rol exemplificativo, deixou aos tribunais a decisão sobre quais situações devem ser consideradas graves, o que além de aumentar o número de ações para este fim, causa insegurança jurídica, pois caberá ao magistrado a análise do ato e a valoração da sua gravidade[22].

Em 2003, o Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão proferido em 20 de novembro, no processo n.º 03B3425, decidiu que o comportamento da alimentada em recusar qualquer contato com a alimentante se enquadrava na alínea *c)* do n.º 1 do artigo 2013.º do Código Civil. Foi determinada a cessação da obrigação de prestar alimentos com base no fundamento de que o comportamento da Recorrente em recusar qualquer contato com a mãe, mesmo após alcançar a maioridade, refletia uma relação baseada unicamente na obrigação alimentar, configurando uma violação grave dos deveres de respeito mútuo entre as partes[23].

Em outro caso, o pedido de duas filhas, que estavam obrigadas a prestar alimentos à mãe e a acusavam de as ter abandonado, não foi aceito com base na referida alínea de cessação, uma vez que o acórdão reconheceu que, dado que as filhas já eram maiores de idade quando a mãe deixou o lar, não se configurou abandono nem violação grave dos deveres.

Segundo o entendimento expresso no acórdão, a cessação da obrigação de prestar alimentos fundamenta-se na grave violação dos deveres da alimentante para com suas filhas, incluindo a segurança, saúde, sustento, educação e representação das mesmas. A acusação de abandono das filhas à própria sorte, juntamente com o incumprimento em responsabilidades financeiras cruciais, como contas e estudos, resultou em consequências psicológicas significativas para a recorrente. Para configurar a situação prevista na norma legal citada, é imperativo que o alimentando viole gravemente seus deveres para com a pessoa obrigada a prestar alimentos, o que, segundo o acórdão, torna injustificável o sacrifício patrimonial até então suportado pelo alimentante.

[21] Código Civil de 1867, artigo 179.° : A obrigação de alimentos cessa: 1.° Quando aquelle que os presta não póde continuar a prestál-os, ou aquelle que os recebe deixa de precisar deles; 2.° Nos casos em que é admitida a desherdação.

[22] Mariana Serra Morgadinho (nota 4), 21.

[23] STJ, **ECLI:PT:STJ:2003:03B3425.35**.

Este comportamento é percebido como abalador da relação de solidariedade familiar, especialmente no contexto pós-conjugal entre ex-cônjuges. Assim sendo, o julgador concluiu que "As dificuldades e os problemas invocados pela Recorrente têm origem na turbulência que atingiu a vida familiar, que passou de uma situação de abundância para uma de dificuldades, agravada pelo divórcio dos pais, sem que se possa concluir, a partir da matéria de facto apurada, que a Recorrida tenha violado gravemente os seus deveres para com a Recorrente"[24].

Em outra decisão do Supremo Tribunal de Justiça, foi decidido que a alegada falta de carinho e atenção da alimentada para com o alimentando não constituía motivo para a cessação da prestação de alimentos. Conforme foi decidido, não se reconhece o fundamento de "indignidade" da Autora para receber alimentos, devido à falta de atenção e carinho alegadamente dispensados ao Réu. O acórdão destacou que a atenção e o afeto dos filhos não são exigidos compulsoriamente, mas sim conquistados ao longo do tempo. O Recorrente argumentou que cessou sua obrigação de prestar alimentos à Requerente, citando a ausência de contato desde 1993 e a mudança de residência não comunicada como justificativas. Contudo, com base na matéria de facto estabelecida, não se evidenciou uma violação grave dos deveres da Autora para com o pai, não sendo verificada a causa para a cessação da obrigação alimentar[25].

Da análise, é possível verificar que no primeiro acórdão foi decidido que a ausência de interesse da filha pelo pai enquadrava-se na hipótese de cessação da obrigação alimentar. No último acórdão apresentado, que aparentemente demonstra a mesma situação (desinteresse do alimentado pelo alimentante), não houve a mesma interpretação, pois não foi considerada causa para a cessação da obrigação de prestar alimentos.

Percebe-se que a cessação da obrigação de prestar alimentos nos casos em que o credor viola gravemente os seus deveres para com o obrigado reflete o princípio da reciprocidade dos deveres e direitos nas relações jurídicas familiares. A manutenção da obrigação de prestar alimentos pressupõe um mínimo de respeito e cumprimento dos deveres entre as partes e a violação grave desses deveres pelo credor rompe essa reciprocidade, justificando a cessação da obrigação.

Portanto, mesmo após a retirada de tal previsão do Código Civil, as causas mais comuns que se enquadram na alínea *c)* do n.º 1 do artigo 2013.º do Código Civil são aquelas expostas no artigo 2166.º do mesmo diploma legal, que tratam da deserdação. Assim, cabe aos juristas a interpretação, análise e qualificação da gravidade nos demais casos.

A temática da cessação da obrigação de prestar alimentos, conforme disposta no artigo 2013.º do Código Civil, levanta uma série de questões interpretativas e práticas que merecem análise crítica. Especificamente, a alínea *c)* do n.º 1 do referido artigo suscita debates devido à sua formulação ambígua, ao prever que a obrigação cessa "quando o credor viola gravemente os seus deveres para com o obrigado", sem especificar claramente quais seriam essas violações.

A principal crítica à redação da alínea *c)* reside na sua falta de precisão. A ausência de uma definição clara sobre o que constitui uma "violação grave dos deveres" do credor para com o devedor deixa um espaço considerável para interpretações subjetivas. Embora o artigo 1874.º do Código Civil estipule o dever de respeito mútuo entre pais e filhos, essa disposição genérica não auxilia na interpretação específica das situações previstas no artigo 2013.º.

[24] STJ, **ECLI:PT:STJ:2005:05B4101.51**.

[25] STJ, **ECLI:PT:STJ:2001:01B1837.98**.

Historicamente, o Código Civil de 1867 tinha uma orientação mais clara ao relacionar a cessação da obrigação alimentar com atos que justificassem a deserdação. Essa conexão foi removida na legislação atual, o que contribui para a incerteza jurídica e delega aos tribunais a tarefa de decidir o que constitui uma "violação grave". A jurisprudência tem, por vezes, recorrido aos critérios de deserdação previstos no artigo 2166.º do Código Civil como base para suas decisões, o que, apesar de oferecer alguma orientação, não resolve completamente a ambiguidade.

Os casos julgados pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) ilustram a variabilidade na aplicação da alínea *c)* do artigo 2013.º. Por exemplo, em um acórdão de 2003, o STJ considerou que a recusa de uma filha em manter contato com a mãe constituía uma violação grave dos deveres, justificando a cessação da obrigação alimentar. Em contrapartida, outros casos, como o das filhas que alegavam abandono pela mãe, não foram considerados suficientemente graves para cessar a obrigação, demonstrando uma aplicação inconsistente da norma.

A discrepância entre as decisões judiciais reflete a dificuldade de se estabelecer critérios uniformes para avaliar a gravidade das violações dos deveres do credor. Isso resulta em insegurança jurídica, uma vez que a decisão pode variar significativamente dependendo do entendimento individual dos magistrados envolvidos.

Dada a importância do princípio da reciprocidade dos deveres e direitos nas relações jurídicas, é crucial que a manutenção ou cessação da obrigação alimentar seja baseada em critérios claros e previsíveis. A atual formulação da alínea *c)* do artigo 2013.º deixa espaço para interpretações divergentes e, consequentemente, para decisões potencialmente injustas.

Uma possível solução seria a reformulação do artigo para incluir um rol exemplificativo de comportamentos que poderiam ser considerados como violação grave dos deveres do credor. Embora não seja possível prever todas as situações possíveis, uma lista não exaustiva ofereceria um guia mais concreto para a interpretação judicial, reduzindo a subjetividade e aumentando a segurança jurídica.

Conclusão

Pôde-se verificar, na breve análise de jurisprudência, que há divergência no entendimento dos juristas, uma vez que casos semelhantes são julgados de maneira distinta. A reformulação legislativa é urgentemente necessária para proporcionar uma aplicação mais consistente e justa da lei. A inclusão de um rol exemplificativo de comportamentos que podem ser considerados violações graves dos deveres do credor poderia ajudar a mitigar a subjetividade na interpretação judicial. Tal medida não só proporcionaria maior previsibilidade às partes envolvidas, mas também contribuiria para a estabilidade e confiança no sistema jurídico.

Além disso, a supressão das causas de deserdação como base para a cessação da obrigação alimentar buscou permitir uma maior abrangência em tais causas, no entanto, introduziu novas incertezas, uma vez que deixou a cargo do julgador a análise quanto à gravidade do ato.

Além da insegurança jurídica, embora não se tenha dados estatísticos para tal indicação, é provável que o número de demandas judiciais buscando a cessação da obrigação alimentar tenha aumentado, uma vez que o interessado, na busca do seu objetivo, utiliza a subjetividade da alínea *c)* do artigo 2013.º do Código Civil para enquadrar qualquer ato como gravoso, a fim de se ver desobrigado de prestar alimentos.

Portanto, diante das lacunas identificadas na legislação atual e das repercussões observadas na prática jurídica, é imperativo que o legislador considere uma revisão cuidadosa do artigo 2013.º do Código Civil, visando estabelecer critérios mais precisos e objetivos para a aplicação da alínea *c)*, garantindo assim uma justiça mais equitativa e coerente no contexto das relações familiares e de alimentos.

COMPETÊNCIA INTERNACIONAL E RESPONSABILIDADES PARENTAIS

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (1.ª SECÇÃO) DE 4 DE JUNHO DE 2024

Rui Manuel Moura Ramos
Professor Catedrático Jubilado da FDUC

Acordam no Supremo Tribunal da Justiça:

1. Relatório.

O Ministério Público propôs, no Juízo de Família e Menores de …, do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, no dia 9 de Maio de 2019, contra AA e BB, providência tutelar cível de regulação das responsabilidades parentais, com processo especial de jurisdição voluntária, pedindo a regulação daquelas responsabilidades relativas ao filho de ambos, CC, nascido no dia … de Junho de 2013.

A sentença final da providência, proferida no dia 19 de Agosto de 2023 – depois de declarar que *o tribunal é competente* – regulou as responsabilidades parentais relativas à criança e julgou procedentes os *incidentes de incumprimento da pensão de alimentos e do regime de contactos*.

A mãe da criança interpôs desta sentença recurso ordinário de apelação, no qual, com fundamento no facto de o menor não residir habitualmente em território português à data da propositura da providência, invocou a incompetência internacional do tribunal e, com base nesta arguição, pediu a revogação daquela decisão e a sua substituição por outra que julgasse verificada a excepção da *incompetência territorial internacional* do tribunal português.

Na resposta a este recurso, o Ministério Público concluiu pela sua procedência e pela declaração da *incompetência internacional superveniente* do tribunal da 1.ª instância para regular as responsabilidades parentais da criança. O pai da criança não respondeu.

Porém, o Tribunal da Relação de Lisboa – depois de observar, designadamente, que *tudo aponta/indicia para que, aquando da propositura da acção no Tribunal a quo e pelo MP, ainda não "residia habitualmente" (na óptica de competente Hermenêutica Jurídica do conceito alicerçado na respectiva ratio iuris) o menor C em Portugal, antes "encontrava-se" em Portugal, ainda que com o propósito/intenção da sua progenitora de no nosso País fixar a respectiva residência habitual*, que *somos levados a considerar que à data da propositura da ação (9/5/2019) nada justificava considerar que a residência habitual do menor era em Portugal, nos termos e para efeitos do disposto no art.º 8º, nº 1, do Regulamento(CE) n.º 2201/2003, de 27 de Novembro ("Os tribunais de um Estado-Membro são competentes em matéria de responsabilidade parental relativa a uma criança que resida habitualmente nesse Estado-Membro à data em que o processo seja instaurado no tribunal")* que *se a factualidade assente não permite enveredar pela conclusão de que à " data da propositura da acção", tinha o menor C a respectiva residência habitual em Portugal, do mesmo modo estamos em crer que não permite igualmente a mesma factualidade concluir (no sentido pugnado pela apelante e MP) que na referida data mantinha "ainda" o menor a referida residência habitual no Reino Unido, e*

isto "apenas" porque foi neste último País que sempre – desde que nasceu – viveu e residiu junto da progenitora guardiã, que *decorre da factualidade provada, a verdade é que a criança C e a respectiva progenitora B deixaram o Reino Unido e vieram para Portugal com o propósito de refazerem a sua vida neste país e de nele constituírem o seu centro de vida familiar, e outrossim porque à data atravessava a mãe da Requerente (a avó do menor) uma frágil situação de saúde (factualidade assente em 2.7. e 2.45), ou seja, subjacente à referida mudança "territorial" existiu a intenção da progenitora em se fixar doravante em Portugal e a vontade de estabelecer no nosso país o lugar e o centro permanente e habitual da sua vida com o menor*, e que, e*m suma, e em face da factualidade assente, e quanto mais não seja por aplicação por analogia do disposto no art.º 13º, nº1, do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003 (o qual reza que "Se não puder ser determinada a residência habitual da criança nem for possível determinar a competência com base no artigo 12.º, são competentes os tribunais do Estado-Membro onde a criança se encontra"), temos como adequado considerar que, residindo a criança C e a respectiva progenitora B, em 9/5/2019 (data da propositura da acção) em Portugal, é o tribunal a quo o competente para a acção de regulação pelo MP intentada* – concluiu que o tribunal da 1.ª instância *dispõe de competência internacional para apreciar e julgar a presente Acção de Regulação das Responsabilidades Parentais pelo MP intentada* e, em coerência, julgou não verificada a excepção da incompetência internacional dos tribunais portugueses.

É este acórdão, no segmento em que concluiu pela não verificação daquela excepção – e só neste segmento – que a mãe da criança impugna através do recurso ordinário de revista excepcional, no qual pede a sua revogação e se considere verificada *a incompetência territorial internacional dos tribunais portugueses para decidir sobre as responsabilidades parentais do filho* – tendo rematado a sua alegação com estas conclusões:

A) O presente recurso é sempre admissível, cfr. art. 671.º, n.º 3 CPC, uma vez que o mesmo tem como fundamento a violação das regras de competência internacional aplicáveis, cfr. art. 629.º, n.º 2, al. a) do CPC.

B) O mesmo alicerça a sua razão de ciência no manifesto erro de aplicação do direito aos factos, concretamente da Convenção Haia sobre o conceito de residência habitual e do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de Novembro, e que conduziram à errónea conclusão de competência internacional dos Tribunais Portugueses.

C) Impondo-se, por isso, a revogação da decisão prolatada e a sua substituição por decisão que proceda a uma correcta aplicação dos ditames legais aplicáveis, sendo o fundamento da presente Revista a errada aplicação da lei de processo, cfr. art. 674.º, n.º 1, al. b) do CPC, o que se invoca para todos os efeitos legais.

D) A aqui Recorrente não aceita o facto do Tribunal a quo se ter declarado competente para julgar e decidir a regulação das responsabilidades parentais do CC, mormente por este ter entendido que a sua residência habitual, à data da entrada da acção em juízo, não pode ser em Portugal.

E) Não obstante, a decisão proferida entender que "não permite a factualidade assente enveredar pela conclusão de que à "data da propositura da acção", tinha o menor CC a respectiva residência habitual em Portugal";

F) Entendendo, igualmente, "do mesmo modo estamos em crer que não permite igualmente a mesma factualidade concluir [no sentido pugnado pela apelante e MP] que na referida data mantinha "ainda" o menor a referida residência habitual no Reino Unido, e isto "apenas" porque foi

neste último País que sempre – desde que nasceu – viveu e residiu junto da progenitora guardiã ."

G) Por, no entender do Tribunal a quo que "subjacente à referida mudança "territorial" existiu a intenção da progenitora em se fixar doravante em Portugal e a vontade de estabelecer no nosso país o lugar e o centro permanente e habitual da sua vida com o menor."

H) Mais concluindo que em caso de deslocações legais de um menor de um Estado-Membro para outro, "os tribunais do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança apenas mantêm a sua competência, em derrogação do artigo 8.º, durante um período de três meses após a deslocação, e apenas nos termos e para efeitos do disposto no nº 1, do artº 9º, do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003. "

I) Interpretação que se nos afigura errónea, pois o Tribunal a quo, apesar de identificar correctamente a necessidade de aplicação de tais normativos (art. 8.º, n.º 1 e art. 12.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2013, de 27 de Novembro), faz dos mesmos uma errada aplicação prática, ao concluir que da factualidade dada como provada, não sendo possível fixar a Residência Habitual do Menor em Portugal, que a mesma também não pode ser fixada no Reino Unido.

J) Estando os factores de atribuição da competência internacional aos tribunais portugueses referidos nos artigos 62.º e 63.º do CPC, sem embargo do estabelecido nas normas de direito internacional, bem como nas convenções internacionais ratificadas pelo Estado Português – cfr. artigo 8.º da CRP.

K) Entre estas está o Regulamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, que Revogou o anterior Regulamento (CE) n.º 1347/2000.

L) Tendo por base a sua consideração 12.ª que: "As regras de competência em matéria de responsabilidade parental do presente regulamento são definidas em função do superior interesse da criança e, em particular, do critério da proximidade. Por conseguinte, a competência deverá ser, em primeiro lugar, atribuída aos tribunais do Estado-Membro de residência habitual da criança, excepto em determinados casos de mudança da sua residência habitual ou na sequência de um acordo entre os titulares da responsabilidade parental".

M) Pois que, na esteira do que se dispõe no seu artigo 8.º, n.º 1 que: "Os tribunais de um Estado-Membro são competentes em matéria de responsabilidade parental relativa a uma criança que resida habitualmente nesse Estado-Membro à data em que o processo seja instaurado no tribunal".

N) Assim, é o facto da criança residir "habitualmente" num determinado Estado-Membro que soluciona a determinação da competência internacional sendo que, in casu, e da factualidade dada como provada, estamos em condições de concluir pela incompetência internacional dos Tribunais Portugueses para o conhecimento da presente acção, essencialmente alicerçada no conceito de Residência Habitual que, no caso do CC apenas pode entender-se como sendo no Reino Unido!

O) Isto porque, na integração jurisprudencial do conceito de "Residência Habitual" como já decidido, não remetendo o regulamento expressamente para o direito interno dos Estados-Membros, a determinação do conceito deverá ser feita à luz das disposições e do objectivo do dito regulamento, nomeadamente do constante do seu considerando décimo segundo, daí ressaltando que "as regras de competência nele fixadas são definidas em função

do superior interesse da criança, em particular do critério da proximidade".

P) Também das palavras de António José Fialho (Competência Internacional Dos Tribunais Portugueses Em Matéria De Responsabilidade Parental, Julgar 37, Janeiro Abril 2019, pag. 16-21) – e tal como citado no acórdão recorrido " O conceito de residência habitual da criança deve ser objecto de uma interpretação autónoma (…) a determinar com base num conjunto de circunstâncias de facto relevantes em cada caso concreto (teste de conexão) (…) As circunstâncias de facto relevantes em cada caso concreto que a doutrina e a jurisprudência têm utilizado para determinar a residência habitual são as seguintes: a) Presença da criança sem carácter temporário ou ocasional, revelando uma certa integração num ambiente social e familiar; b) Presença física da criança num determinado Estado (embora essa mera presença não seja suficiente); c) Duração, regularidade, condições e razões da permanência num Estado e da mudança da família para esse Estado; d) Nacionalidade da criança, local e condições de escolaridade, conhecimentos linguísticos, bem como laços familiares e sociais nesse Estado; e) Aquisição ou locação de uma habitação ou pedido de atribuição de uma habitação social; f) Idade da criança, ou seja, os factores a tomar em consideração no caso de uma criança em idade escolar são diferentes daqueles a que se deve atender tratando-se de uma criança que terminou os seus estudos ou ainda daqueles que dizem respeito a uma criança em idade lactente; g) Sendo a criança de tenra idade, origens geográficas ou familiares da pessoa ou pessoas de referência com as quais a criança vive, a guardam efectivamente e dela cuidam; h) Estando a criança em idade lactante, razões da mudança da mãe para outro Estado, seus conhecimentos linguísticos e suas origens geográficas e familiares; i) Intenção dos progenitores, que, embora não seja, em princípio, decisiva para determinar a residência habitual de uma criança, pode constituir um indício susceptível de completar um conjunto de outros elementos concordantes, nomeadamente quando expressa em circunstâncias exteriores; j) Propositura conjunta de uma acção por ambos os pais de uma criança num tribunal da sua escolha".

Q) Operando uma integração jurídica dos critérios supra aos factos do conhecimento do Tribunal para aferir de qual o Estado com maior proximidade do menor.

R) Ora, da factualidade provada na 1ª Instância, bem como da fixada pelo Tribunal a quo e tida por relevante para resolução da questão da competência, resulta que:

> i O Menor nasceu em …, a …/06/2013, no Reino Unido; ii O menor é cidadão de nacionalidade britânica; iii O menor sempre viveu, e vive, no Reino Unido, na casa da Recorrente, juntamente com esta e uma irmã uterina; iv O menor desde a data do nascimento e, com excepção de quatro meses, sempre viveu com a mãe, aqui Recorrente, no Reino Unido, numa habitação com todas as condições; v O Menor tem na sua mãe, Recorrente, a figura principal de referência; vi O menor apenas frequentou, e frequenta, a mesma escola britânica, onde se encontra totalmente integrado; vii Não tem laços sociais com Portugal; viii Tem actualmente 10 anos de idade, sendo que tinha cerca de 6 anos, à data da propositura da acção. ix O tempo limitado que o menor passou em Portugal aliado ao facto da Recorrente não ter logrado reunir condições de vida em Portugal, leva- nos a concluir que a intenção da progenitora não pode ser um indício susceptível para

efeitos de determinação da residência habitual do Menor.

S) Tendo de se concluir que a Residência Habitual do Menor, ao tempo da propositura da acção, terá de se reconduzir ao Reino Unido, por ser esse o lugar de maior proximidade em relação ao qual se inclina o seu superior interesse, desde logo porque a sua estada nesse país nunca apresentou carácter transitório, temporário ou ocasional (contrariamente a Portugal), sendo aí onde se sedia a família, com carácter duradouro e regular, sendo o menor de nacionalidade britânica, e bem assim aí se constituem os seus laços familiares, sociais e escolares.

T) Por aplicação do critério do superior interesse do menor e da maior proximidade, a ter em conta no momento da instauração da presente acção, outra conclusão não poderia retirar-se que não fosse a de que são os Tribunais ingleses aqueles que apresentam maior ligação ao menor por serem aqueles com maior proximidade e, consequentemente, aqueles que melhor garantem o superior interesse do menor.

U) Ao decidir nos termos em que decidiu violou o douto Tribunal da Relação de Lisboa o disposto nos artigos 8.º, n.º 1 e 12.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2013, de 27 de Novembro, impondo-se a revogação da decisão proferida, e a mesma substituída por nova decisão que determine pela incompetência internacional dos Tribunais Portugueses para julgarem a presente causa.».

V) Mais, a fundamentação da decisão do douto Tribunal a quo assenta, entre outros, em acórdãos cujo teor vai em sentido, precisamente, contrário àquele que decidiu pois ao decidir que a residência habitual do menor não podendo ser em Portugal, também o não pode ser no Reino Unido, fundamenta como determinante para tal decisão a vinda para Portugal com propósitos não transitórios da Recorrente e do menor– na intenção da progenitora se estabilizar em Portugal – apesar de se ter frustrado tal desígnio/propósito!

W) Porém, o acórdão aí citado, de 8-6-2017 (14), proferido no Processo nº C- 111/17 PPU, [OL contra PQ], nele se tendo concluído que "uma vez que a determinação da residência habitual da criança, na acepção do Regulamento nº 2201/2003, assenta essencialmente em circunstâncias objectivas, a intenção dos progenitores não é, em princípio, decisiva, em si mesma, a este respeito. Trata-se apenas, eventualmente, de um indício suscetível de completar um conjunto de elementos concordantes. Por consequência, a vontade do progenitor que, na prática, exerce a guarda da criança de, no futuro, se instalar com a criança no Estado-Membro de que este progenitor é originário, independentemente de se verificar ou não, não pode, por si só, implicar a determinação da residência habitual da criança nesse Estado-Membro".

X) Pois que, não sendo suficiente tal vontade para determinar a residência habitual do menor, em Portugal, terá de, forçosamente, concluir-se que nunca deixou de ter a sua residência habitual no Reino Unido!

Y) Do próprio sumário do acórdão, na parte que aqui releva, respeitante à residência habitual do menor retira-se que "não se pode concluir que aquando da propositura da acção tinha já o referido menor a sua residência habitual em Portugal, nos termos e para efeitos do disposto no artº 8º, nº 1, do Regulamento(CE) n.º 2201/2003, de 27 de Novembro

Z) Ao concluir como supra concluiu o Tribunal a quo, não se alcança como tenha determinado, a final, e a contrario do entendimento da Recorrente e do Ministério Público, que o menor não tinha a

residência habitual no Reino Unido.

AA) Fazendo, no nosso modesto entendimento, errónea aplicação, por analogia, do critério plasmado no artº 13º nº 1 do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, que estabelece que "Se não puder ser determinada a residência habitual da criança nem for possível determinar a competência com base no artigo 12.º, são competentes os tribunais do Estado-Membro onde a criança se encontra"].

BB) Mais fazendo menção ao art.º 9º nº 1 do Regulamento supra citado, por terem já decorrido mais de três meses para efeitos da extensão da competência dos tribunais do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança;

CC) Assim, e salvo melhor entendimento, revelando contrariedade notória na fundamentação, pois o artº 9º do Regulamento CE nº 2201/2003 estipula que: "Quando uma criança se desloca legalmente de um Estado-Membro para outro e passa a ter a sua residência habitual neste último (negrito nosso), os tribunais do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança mantêm a sua competência, em derrogação do artigo 8.º, durante um período de três meses após a deslocação, para alterarem uma decisão, sobre o direito de visita proferida nesse Estado-Membro antes da deslocação da criança, desde que o titular do direito de visita, por força dessa decisão, continue a residir habitualmente no Estado-Membro da anterior residência habitual da criança".

DD) Pois que, entendendo o Tribunal a quo que o menor não tinha (como não tem, nem nunca teve) a sua residência habitual em Portugal, não se alcança o alicerce em tal normativo legal, pois estipula que para que tal seja aplicado o menor teria de passar a ter a sua residência habitual neste último (Portugal, no caso).

EE) Sendo a competência em matéria de responsabilidade parental aferida com base em conceito de residência habitual à data em que o processo seja instaurado no tribunal, tem sido entendimento dos Tribunais que uma vez que não define o Regulamento o que deva entender-se por residência habitual, sendo um conceito autónomo da legislação comunitária, independente relativamente ao que possa constar das legislações nacionais, devendo ser interpretado em conformidade com os objectivos e as finalidades do Regulamento, e que deve ser procurado caso a caso pelo juiz, mas tendo em conta, desde logo, que o adjectivo "habitual" tende a indicar uma certa duração.

FF) Pois que, face à nota (12) do Regulamento (Regulamento (CE) nº 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003) e na esteira do Ac. da Rel. de Lisboa de 12/7/2012, Proc.º n.º 1327/12.4..., relatado por Sérgio Almeida, o critério decisivo para a determinação da competência em sede de responsabilidade parental não é tanto a residência habitual mas sim a proximidade. Ou seja, a residência habitual é uma decorrência ou manifestação da proximidade, enquanto critério aferidor, e não o contrário.

GG) Defendendo o douto acórdão de que se recorre que os Tribunais Portugueses são competentes internacionalmente pois essa "é a única solução que melhor se adequa e compatibiliza com as preocupações do legislador do Regulamento, quer no sentido de as regras de competência em matéria de responsabilidade parental serem definidas e aplicadas em função do superior interesse da criança, quer da sobrevalorização na referida questão do critério da proximidade, devendo o processo ser da competência do tribunal do Estado-Membro que, à data da respectiva propositura, se encontre em melhores condições para dele conhecer [considerandos 12 e 13]".

HH) Olvida que a maior proximidade do menor é, sem dúvida, outra ordem jurídica – a inglesa, no caso -, devendo ser esse o Tribunal o competente – art.º 15 Regulamento, já que esse é, sim, o que melhor corresponde ao superior interesse na criança (nota 12), na medida em que é "o que se encontra mais bem colocado para conhecer do processo (art.º 15).

II) Pois o acórdão citado assim defendeu – que devia ser atribuída competência ao Tribunal que, pelo critério de aproximação e os superiores interesses do menor, que devem estar sempre na linha da frente, seria o Tribunal do lugar onde o menor nasceu e conviveu com os seus familiares, aí mantendo as suas origens e raízes, por um lado, e por outro o pouco tempo que se encontrava no outro Estado Membro.

JJ) Não se concebendo como o acórdão recorrido, baseando-se no conceito de "residência habitual", sufragado pelo acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22 de dezembro de 2010, concluiu que, no caso concreto, seriam competentes os tribunais Portugueses, porquanto não podia ser determinada a residência habitual do CC nem em Portugal, nem no Reino Unido.

KK) Pois se da aplicação do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro, resulta que "os tribunais de um Estado-Membro são competentes em matéria de responsabilidade parental relativa a uma criança que resida habitualmente nesse Estado-Membro à data em que o processo seja instaurado no tribunal" (art. 8.º, n.º 1).

LL) E no seu considerando n.º 12, o Regulamento explicita, expressamente, que as regras de competência em matéria de responsabilidade parental são "definidas em função do superior interesse da criança e, em particular, do critério de proximidade".

MM) Perante este conteúdo normativo, não há qualquer dúvida de que o Regulamento se orientou, na definição da competência da acção de responsabilidade parental, pelo superior interesse da criança e particularmente pela conexão da proximidade, elegendo, como tribunal competente, o da sua residência habitual no Estado-Membro.

NN) Por isso, por regra, tendo a criança a residência habitual num Estado-Membro são os seus tribunais os competentes para conhecer da acção em matéria de responsabilidade parental.

OO) O conceito de residência habitual, ou permanente, traduz em especial uma ideia de estabilidade do domicílio, assente, designadamente, num conjunto de relações sociais e familiares, demonstrativas da integração na sociedade local.

PP) Tendo o CC sempre vivido no Reino Unido, aí tendo a sua vida estabilizada, é este Estado Membro que oferece melhores condições para proceder à regulação do exercício das responsabilidades parentais, designadamente para aferir das condições sociais, morais e económicas dos pais, que, nesta matéria, se reveste de inegável importância.

QQ) Tem sido esse o entendimento que tem vindo a ser sufragado pelo Supremo Tribunal de Justiça, designadamente no acórdão de 28 de janeiro de 2016 (processo n.º 6987/13.6TBALM.L1.S1), acessível em www.dgsi.pt.

RR) Pois que, o CC nasceu em … de Junho de 2013, no Reino Unido, sempre aí residiu, apenas tendo passado por Portugal por um curto período temporal, ali vivendo, também, a sua mãe e a sua irmã, não havendo dúvidas quanto a uma nítida situação de estabilidade domiciliária.

SS) Resultando dos autos que o CC está, tal como estava antes da entrada do processo em juízo, totalmente integrado, no Reino Unido, em termos sociais, escolares e familiares, que a proximidade

do CC com a sua mãe, que reside no Reino Unido em momento anterior ao nascimento do CC – que hoje conta já com 10 anos de idade – , ao que acresce a sua nacionalidade (daquele país), a sua integração em equipamento escolar, e todos os cuidados de saúde que nesse país tem acesso dada a sua condição de saúde, ganha terreno nos escassos meses em que passou por Portugal, tais factos são determinantes e decisivos, para determinar a incompetência internacional dos Tribunais Portugueses.

TT) Não sendo os tribunais portugueses os que se encontram em melhores condições para decidir da regulação das responsabilidades parentais do CC.

UU) Nesse contexto, tendo em conta o critério de proximidade e ao interesse superior da criança, os tribunais do Reino Unido são os únicos internacionalmente competentes para conhecer da acção de regulação do exercício das responsabilidades parentais relativamente ao CC, nos termos do art. 8.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro.

VV) Consequentemente, neste caso, os tribunais portugueses terão de ser declarados internacionalmente incompetentes para conhecer da referida regulação das responsabilidades parentais, por incompetência absoluta, por violação das regras de competência internacional – art. 96.º, alínea a), do CPC.

O pai da criança não respondeu. Na sua resposta ao recurso, o Ministério Público concluiu pela sua procedência, devendo considerar-se verificada a excepção arguida pela recorrente.

O relator admitiu o recurso como revista normal ou comum.

2. Delimitação do âmbito objectivo do recurso e individualização da questão a decidir.

O acórdão impugnado no recurso estatuiu sobre uma pluralidade de objectos, de que se salienta a questão da incompetência internacional, portanto, absoluta, do Tribunal de 1.ª instância, que só foi suscitada pela recorrente na alegação do seu recurso de apelação. Aquele acórdão concluiu pela competência daquele órgão jurisdicional nacional. Mas isso deve-se, no ver da recorrente, ao *error in iudicando*, por erro na subsunção em que o acórdão da Relação se mostra incurso: segundo a impugnante, o Tribunal de que provém o recurso equivocou-se na integração dos factos materiais apurados na previsão da norma jurídica aplicável ao caso concreto – o art.º 8.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 – entretanto revogado, a partir de 1 de Agosto de 2022, pelo Regulamento (CE) n.º 2019/1111, do Conselho de 25 de Junho de 2019, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças (reformulação), aplicável, com algumas excepções, desde 1 de Agosto de 2022 (art.º 104.º. n.º 1, e 105.º, n.º 2) – e que atribui a competência, em matéria de responsabilidade parental, ao tribunal do Estado-Membro da residência habitual da criança.

Maneira que, considerando os parâmetros da competência funcional ou decisória deste Tribunal, tal como são definidos pelo objecto da acção, pelos casos julgados entretanto formados nas instâncias e pela impugnação do recorrente é uma só a ques-

tão concreta controversa que importa resolver: a de saber se o tribunal português é ou não internacionalmente competente para conhecer do objecto da acção.

A resolução deste problema vincula, naturalmente, ao exame, leve, mas minimamente estruturado da função das regras de competência internacional e dos critérios de aferição da competência contidos no Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho de 27 de Novembro de 2003. Este Regulamento substituiu, entre os Estados-Membros, as Convenções existentes, à data da sua entrada em vigor, celebradas entre dois ou mais Estados Membros, relativas às matérias nele reguladas (art.º 59.º, n.º 1, e 62.º, n.º 1). No tocante, especificamente, à Convenção da Haia de 19 de Outubro de 1996, relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Protecção das Crianças (Convenção da Haia de 1996), celebrada no quadro da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado,[1] o Regulamento era aplicável quando a criança tivesse a sua residência habitual no território de um Estado-Membro; em relação ao reconhecimento e à execução de uma decisão proferida pelo tribunal competente de um Estado-Membro no território de outro Estado Membro, mesmo se a criança residisse habitualmente no território de um Estado não membro que fosse parte contratante da Convenção (art.º 61.º). Convenção que continuava a produzir efeitos nas matérias não reguladas no Regulamento (art.º 62.º, n.º 1).

De harmonia com o Acordo sobre a Saída do Reino Unido e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia de Energia Atómica (2019/C 384 1/01), o Reino Unido deixou de ser membro da União Europeia no dia 31 de Janeiro de 2020, sem prejuízo de um período de transição que terminou no dia 31 de Dezembro de 2020 (art.º 126.º). No Reino Unido, bem como nos Estados-Membros em situações que envolvam o Reino Unido, são aplicáveis, no que respeita a processos judiciais intentados antes do termo do período de transição e a processos ou acções com eles relacionados, as disposições do Regulamento (UE) n.º 2201/2003, relativas à competência e, no tocante ao reconhecimento e execução de decisões, as disposições do mesmo Regulamento, desde que tivessem sido proferidas antes do termo do período de transição (art.ºs 67.º, n.ºs 1, c) e 2, b)). Com o termo do período de transição, ocorrido em 31 de Dezembro de 2020, a aplicação da Convenção de Haia foi repristinada na totalidade nas relações dos Estados-Membros da União com o Reino Unido, a partir de 1 de Janeiro de 2021.

É, assim, seguro que ao caso de recurso é aplicável o Regulamento apontado, dado que a providência foi proposta antes do *terminus ad quem* do período de transição. De resto, de harmonia com a orientação que se tem por preferível, para que o Regulamento seja aplicável, não é necessário que a criança cuja responsabilidade parental é objecto de regulação tenha residência habitual no território de um Estado-Membro (art.º 12.º, n.º 4)[2].

3. Fundamentos

3.1. Fundamentos de facto.

O Tribunal de que provêm o recurso, considerou provados e não provados os seguintes factos:

*3.1.1. **Factos provados:***

2.1. – (A) O menor CC nascido em … de Junho de 2013, é filho de AA e BB.

2.2. – (B) Desde a separação do ex-casal, tendo

o menor poucos meses de vida, o menor sempre residiu com a mãe.

2.3. – (C) Tem sido a progenitora quem tem tido sempre a criança a seu cargo, a si incumbindo a salvaguarda do bem-estar, sustento, educação

2.4. – (D) As despesas inerentes às necessidades de uma criança com esta idade, bem como, as despesas normais e diárias que subjazem ao dia a dia tem sido asseguradas pela Requerente.

2.5. – (E) Desde a separação do casal que o pai do menor, nunca proveu qualquer sustento a este.

2.6. – (F) A relação do menor com a mãe é pautada por proximidade e cumplicidade, na medida em que, partilham vivências diariamente.

2.7. – (G) A mãe veio de … para Portugal, por questões relacionadas com a frágil situação de saúde em que a avó do menor, mãe da Requerente, se encontrava.

2.8. – (H) O menor tem diagnostico de síndroma de Asperger.

2.9. – (I) A mãe estabeleceu o centro da sua vida em … por entender ter nesta cidade mais apoios sociais e escolares para o seu filho.

2.10. – (J) É no Reino Unido que vive a outra filha, já maior da progenitora.

2.11. – (L) As despesas inerentes às necessidades de uma criança com esta idade, bem como, as despesas normais e diárias que subjazem ao dia a dia sempre foram asseguradas pela ora Requerente.

2.12. – (M) O pai do menor auferia em 2019, pelo menos um valor não inferior a €3.500,00uros.

2.13. – (O) A mãe não informa o pai de qualquer aspeto da vida do menor.

2.14. – (P) A mãe não disponibiliza qualquer contacto telefónico ou outro para que o pai possa aceder ao filho.

2.15. – (Q) O Requerente não vê nem está com o menor desde 24 de Setembro de 2019.

2.16. – (R) O comportamento adotado pela Requerida impede o Requerente de manifestar a sua afectividade para com o filho, estreitar laços, partilhar emoções e ideias, transmitir-lhe valores e sentimentos indispensáveis ao seu crescimento e desenvolvimento.

2.17. – (S) A relação entre os pais é conflituosa e eles separam-se. A mãe acusa o pai de violência física contra ela. O pai acusa a mãe de manipulação: segundo ele, após a separação, a mãe só aceita que ele veja CC se ele comprar coisas para o seu filho e se ele tiver relações sexuais com ela.

2.18. – (T) Segundo a mãe, CC é diagnosticado com transtorno de espectro autista, hiperactividade e déficit de atenção.

2.19. – (U) Os pais são preocupados com o filho, mas têm um relacionamento muito disfuncional.

2.20. – (V) O progenitor vive em união de facto com a Sra. DD (nascida em … de maio de 1982), o filho desta (EE 11 anos) e o filho em comum, FF, com um ano. Moram num apartamento de 4, 5 assoalhadas, de construção recente, com uma cozinha aberta para a sala de jantar e sala de estar, 2 casas de banho, 2 varandas, um quarto principal, um quarto que serve de escritório e um quarto para EE.

2.21. – (X) FF dorme numa cama pequena no quarto dos pais. O casal pensa, quando receber CC, transformar o escritório para lhe oferecer um quarto (A Sra. GG está a trabalhar em casa, mas pode fazê-lo na cozinha ou no escritório do filho quando ele está na escola). A outra possibilidade é que EE e CC partilhem o quarto do primeiro. O casal também mencionou que não é um problema mudar-se, porque financeiramente não será um problema alugar um apartamento maior.

2.22. – (Z) O pai não está a trabalhar, tendo poupanças que lhe permitem não estar preocupado a nível financeiro. Também pode beneficiar da ajuda financeira do seu pai, se necessário.

2.23. – (Aa) O pai trabalhou anteriormente na … como maquinista e como operário. O pai verbaliza que nessa área profissional é muito fácil encontrar um emprego rapidamente. Planeia trabalhar em breve como pedreiro ou maquinista. No entanto, gostaria que a situação com o seu filho se estabilizasse antes de voltar ao trabalho.

2.24. – (Ab) Segundo transmitiu aos Serviços Sociais …, o pai pretendia pagar directamente da sua entidade patronal à mãe, mas segundo este, esta última recusou esta forma de fazer as coisas, não querendo dar a sua morada ao pai, nem querendo usar um canal oficial.

2.25. – (Ac) Em 2021, no Verão, o pai deslocou-se a Portugal para ver o filho, mas não o conseguiu ver, tendo reportado esse facto à Polícia.

2.26. – (Ad) O pai pode contar com a sua companheira, a Sra. GG, com quem mantém uma relação desde 2015.

2.27. – (Ae) A família paterna também tem em vão procurado ter contacto com o CC, o que lhe tem sido negado.

2.28. – (Af) A companheira do pai trabalha a tempo inteiro como engenheira química consultora, na M.… Está em teletrabalho, mas vai às instalações, em …, dois dias por semana. Ela diz que tem um salário muito bom.

2.29. – (Ag) Depois da separação, quando ele era bebé, o pai ainda morava em … e visitava-o diariamente.

2.30. – (Ah) Depois, quando voltou para a … e esteve a trabalhar como operário, visitou-o durante as suas férias passou meses sem o ver. Quando o via esses momentos eram sempre passados na presença da mãe e em sua casa, a pedido dela, pois esta continuou a agir como se o casal não estivesse separado.

2.31. – (Ai) Na perceção do pai a mãe potencia os distúrbios como uma tentativa da mãe de obter mais ajuda financeira do Estado ao engrandecer os tratamentos de CC.

2.32. – (Aj) O pai não sabe onde mora o filho, nem como ele está.

2.33. – (Al) A mãe manteve até 2019 relação cordial com o avô paterno, deixando a criança ir a casa do avô e deslocando-se lá. O avô desconhece a razão pela qual tais idas cessaram.

2.34. – (Am) O avô paterno declarou que se a criança ficar ou for ao pai, prontifica-se a acompanhá-los.

2.35. – (An) A tia materna da criança, de nome HH, mantém uma relação cordial com o pai e disponibilizou-se para veicular as ligações entre a criança e o pai.

2.36. – (Ao) A casa do avô paterno, na área metropolitana de Lisboa, também reúne condições para que a criança possa lá viver.

3.1.2. Factos não provados.

2.37. – A progenitora tem tentado promover a relação do menor com o Pai, continuando a entender essa interação por relevante na vida e para o desenvolvimento do menor.

2.38. – O progenitor do menor, não obstante a inexistência de quaisquer impedimentos de visita e convivência com o menor, sempre se teria mantido ausente da vida da criança, apenas o visitante raras vezes.

2.39. – Em face da grave doença grave diagnosticada ao menor, não se tem avizinhado possível a sua inserção em uma instituição de ensino em Portugal, dotada de meios e disponível para suprir as necessidades especiais que o menor evidencia.

2.40. –Tem sido a progenitora, que vivia em …, a propor ao requerido viver com ela em … e com a sua filha, II.

2.41. – A mãe padece de fragilidades psicológicas, consumo de medicamentos, uso de drogas,

prostituição, mentiras, manipulação, roubos, burlas para obter mais ajuda do Estado).

2.42. – A mãe muda frequentemente de escola, locais de vida.

3.1.3. O Tribunal da Relação fixou, como *factualidade provada – designadamente com base em prova documental – certidão de nascimento – e elementos extraídos do processado nos autos), e tida por relevante para resolução da questão da competência* – a seguinte:

2.43 – À 9/5/2019, data da propositura pelo MINISTÉRIO PÚBLICO da acção, a criança CC, nascido a … de junho de 2013 (em …, … Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte), residia com a progenitora BB, na Av.ª …, em …, casa da mãe desta última (a avó materna do menor);

2.44. – À dada da conferência de Pais realizada a 24/9/2019, a criança CC residia com a progenitora BB, ainda na morada indicada em 2.43, tendo ambos vindo (em data concreta não apurada, mas no decurso de 2019) do Reino Unido;

2.45. – A criança CC e a respectiva progenitora, BB, anteriormente à permanência na morada indicada em 2.43, sempre haviam residido no Reino Unido, tendo ambos vindo para Portugal com o propósito de refazerem a sua vida neste país e nele constituírem o seu centro de vida familiar, e outrossim, porque à data atravessava a mãe da Requerente (a avó do menor) uma frágil situação de saúde – cfr. facto nº 2.7.;

2.46. – Não obstante o referido em 2.45, posteriormente a 24/9/2019 a criança CC e a respectiva progenitora BB voltaram/regressaram definitivamente ao Reino Unido, onde fixaram novamente a sua residência, situação que já se verificava aquando da apresentação nos autos do requerimento de 10/1/2020 (refª …28).

3.2. Fundamentos de direito.

3.2.1. Função das regras de competência internacional.

Diz-se competência a medida de jurisdição de um tribunal. O tribunal é competente para o julgamento de certa causa quando os critérios determinativos da competência lhe atribuem a medida de jurisdição que é a suficiente e adequada para essa apreciação. A competência assim delimitada pode chamar-se *competência jurisdicional*.

A competência jurisdicional pode classificar-se, cumulativamente, quanto ao âmbito e quanto à origem. Quanto ao âmbito, a competência pode ser interna ou internacional (art.ºs 61.º e 62.º do CPC).

A competência interna é, em regra, aquela que respeita a questões que, na perspectiva do Estado do foro, não apresentam qualquer elemento de conexão com uma ordem jurídica estrangeira; a competência internacional, pelo contrário, é aquela que se refere a objectos processuais que comportam uma ou várias conexões com uma ou várias ordens jurídicas distintas do ordenamento do foro. A delimitação da competência é realizada através de determinados critérios legais que demarcam, no âmbito global da função jurisdicional, o tribunal competente para apreciar certa causa e é aferida segundo determinados elementos – como o objecto ou as partes – tal como se apresentam no momento da propositura da causa.

A competência jurisdicional é um pressuposto processual, i.e., uma condição necessária para que o tribunal se possa pronunciar sobre o mérito da causa, através de uma decisão de procedência ou improcedência. Como qualquer outro pressuposto processual é aferida em relação ao objecto apresentado pelo autor, requerente ou exequente. Convém reter este ponto que, aliás, se tem, doutri-

naria e jurisprudencialmente, por incontroverso: a competência do tribunal é aferida pelo objecto do processo – causa de pedir e pedido – definido pelo autor ou requerente, com inteira indiferença pelas excepções alegadas pelo réu ou requerido, sendo desinteressante averiguar a correcção dos termos do pedido ou do enquadramento jurídico do objecto da causa, valoração que não deve ser antecipada para o momento da apreciação do pressuposto processual da competência[3]. Sempre que a apreciação da competência – como é mais comum – ocorra num momento em que o mérito da causa se não mostre julgado, a aparência vale, aqui, como realidade para o efeito de se determinar se o tribunal é ou não dotado de competência,

A incompetência resolve-se numa excepção dilatória nominada de conhecimento oficioso, dado que respeita a matéria de interesse público, e pode dar lugar a uma das duas consequências, de pura forma, atribuídas às excepções dilatórias – a absolvição da instância, tratando-se de incompetência absoluta, ou à remessa do processo para o tribunal competente, se for meramente relativa (art.ºs 576.º, n.ºs 1 e 2, 577.º, a), e 578.º do CPC). Trata-se, porém, de uma excepção dilatória imprópria, dado que se limita a impugnar um pressuposto processual positivo – a competência do tribunal – que o autor considera preenchido. Por essa razão, o regime da prova da excepção é aquele que se encontra estabelecido para os factos alegados pelo autor e impugnados pelo réu. Não é, portanto, o réu que tem de provar que o pressuposto não está preenchido – é antes o autor que tem que provar que o pressuposto se mostra satisfeito (art.º 342.º, n.º 1, do Código Civil). Daí que o risco da falta de prova do pressuposto positivo recaia sobre o autor (art.ºs 346.º, *in fine*, do Código Civil, e 414.º do CPC). Assim, por exemplo, se o réu contestar a competência do tribunal, incumbe ao autor a prova dos factos que a justifiquem; se não a fizer, o tribunal deve julgar contra essa parte onerada, considerando-se incompetente[4].

De harmonia com a velha regra *ubi acceptum est semel judicum, ibi et finem accipere debet*, a competência fixa-se no momento em que a acção é proposta. As modificações do estado de facto ou no estado de direito posteriores são, em princípio, irrelevantes (art.º 38.º n.º 1 da LOSJ, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto). É o que se chama *perpetuatio fori ou iurisdicionis*.

Considerada a sua função, as regras de competência internacional não são, em si mesmas, regras de competência, dado que não se destinam a aferir qual o tribunal competente para conhecer do objecto da causa, antes têm por finalidade a definição da jurisdição na qual se determinará, por recurso a verdadeiras normas de competência, qual o tribunal competente para apreciar o litígio. São, portanto, normas de recepção, i.e., normas – processuais – de conflitos que definem as condições em que os tribunais do foro são competentes para a apreciação de um objecto que apresenta uma conexão com várias jurídicas e visam limitadamente facultar o julgamento de uma certa situação plurilocalizada pelos tribunais de uma jurisdição nacional[5].

A definição da competência internacional dos tribunais de uma certa ordem jurídica é, portanto, operada por estas normas de recepção. Este enunciado mostra que as normas de recepção desempenham, no âmbito processual, uma função paralela àquela que as normas de conflitos realizam no plano substantivo: estas definem qual é a lei aplicável a uma relação jurídica plurilocalizada – se a lei do foro ou uma lei estrangeira; aquelas determinam se essa mesma relação pode ser apreciada pelos tribunais de uma certa ordem jurídica. Portanto, as nor-

mas – de recepção – de competência internacional limitam-se a determinar as condições em que uma jurisdição nacional faculta os seus tribunais para a resolução de um certo litígio que apresenta uma conexão – objectiva relativa ao objecto do processo, ou subjectiva, referida às partes na causa – relevante com uma ordem jurídica estrangeira, mas não definem a lei substantiva à luz da qual esse litígio deve ser resolvido: essa lei é definida pelas normas de conflito. A competência internacional é, assim, aferida independentemente da lei aplicável ao mérito da causa, pelo que os tribunais nacionais podem ser internacionalmente competentes, mesmo que a causa deva ser julgada por aplicação de uma lei estrangeira; o inverso é também verdadeiro.

É axiomático que questão da competência do tribunal, seja qual for a sua modalidade, coloca, desde logo, um puro problema de facto relativo aos elementos de conexão relevantes, incumbindo às partes – no caso ao autor ou requerente – a prova dos respectivos factos. A competência absoluta constitui um pressuposto processual absoluto, portanto, um pressuposto cuja falta torna inadmissível qualquer decisão de mérito. A prioridade da apreciação da incompetência absoluta determina que a falta da prova de um facto duplo, i.e., de um facto que é relevante para apreciação quer daquela competência, quer do mérito da causa, implique a incompetência absoluta do tribunal. Do carácter duplo do facto decorre a regra de que as provas propostas pelas partes para a prova do mérito da causa valem igualmente para a questão da competência internacional do tribunal.

3.2.2. Critérios de determinação da competência do Regulamento (CE) n.º 2201/2003.

Como a nossa lei de processo logo acautela, o regime interno da competência internacional dos tribunais portugueses só é aplicável quando não deva ceder perante instrumentos internacionais e actos de direito europeu, designadamente perante o disposto no Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 (art.º 59.º, n.º 1, do CPC). Portanto, se o caso couber no âmbito de aplicação daquele Regulamento, é por este que se afere a competência internacional dos tribunais portugueses, dando-se, assim, corpo ao primado do direito de fonte europeia sobre o direito interno português. E, no caso, é indubitável, que a situação jurídica objecto do processo se inscreve no âmbito de aplicação do apontado Regulamento, dado que este abrange, quanto ao direito português, desde logo, a regulação das responsabilidades parentais, ponto que, aliás, não se controverte no recurso (art.º 1906.º do Código Civil).

Como resulta do considerado I, o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 – doravante designado simplesmente por Regulamento – visa contribuir para criar um espaço de liberdade, segurança e de justiça, no perímetro do qual é garantida a livre circulação das pessoas. Ordenado por essa finalidade, o Regulamento estabelece, v.g., regras reguladoras, nomeadamente, da competência em matéria de regulação das responsabilidades parentais, que visam garantir a segurança jurídica.

As regras de competência para a acção relativa à responsabilidade parental contidas no Regulamento

orientam-se pelos princípios do respeito do superior interesse da criança e da proximidade, conforme, aliás, decorre expressamente dos considerandos (12) e (13). Aquele interesse e esta proximidade é assegurada pela atribuição da competência ao tribunal da residência habitual da criança (art.º 8.º, n.º 1).

A eleição deste elemento de conexão assente, patentemente, no pensamento de que as autoridades do Estado da residência habitual são as mais bem colocadas para conhecer o meio social em que a criança se encontra inserida, para avaliar as suas necessidades bem como as pessoas susceptíveis de a tomarem a seu cargo e, assim, para regular de modo mais adequado o exercício da responsabilidade parental e para velar pela boa execução da decisão de regulação. Acresce que é também no Estado da residência habitual que, geralmente, a decisão de regulação deve ser executada, obviando a que se suscite, portanto, o problema de reconhecimento de decisões estrangeiras.

Assim, em observância do princípio da proximidade, o tribunal do Estado-Membro é competente em matéria de cuidado parental quando a criança resida habitualmente no território desse Estado à data da instauração do processo (art.º 8.º, n.º 1). Se a criança se desloca, licitamente, de um para outro Estado-Membro, os tribunais do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança mantêm a sua competência durante o período de três meses para alterarem a decisão, proferida antes da deslocação, no tocante ao direito de visita. Para essa extensão de competência é, porém, necessário que a criança passe a ter a sua residência habitual no Estado para o qual se deslocou (art.º 9.º).

Pode suceder que a residência habitual da criança não possa ser determinada. Neste caso, a competência é atribuída ao Estado em que a criança se encontra, assegurando-se, assim, um *forum necessitatis* (art.º 13.º, n.º 1). Deve, todavia, considerar-se assente que só se passa ao elemento de conexão subsidiário – a simples presença da criança no território de um dado Estado – na ausência de elementos de conexão ou se o elemento de conexão primário ou principal – a residência habitual da criança – for, de todo, incerto, faltando assim o conteúdo concreto deste último factor de conexão[6]. Como decorre das regras da litispendência, se a criança mudar de residência habitual, durante a pendência do processo, o tribunal no qual pende o processo continua a ser competente, por força da regra da *perpetuatio fori* (art.º 19.º).

O conceito de residência habitual é geralmente menos carregado de elementos técnico-jurídicos que o conceito de domicílio. É mais fácil de aplicar e gera menos divergências na sua aplicação. Daí a preferência que lhe é concedida nas Convenções internacionais, designadamente nas Convenções da Haia – v.g. a de 1996 – nos Regulamentos europeus e em algumas codificações mais recentes. No entanto, este conceito designativo também suscita alguns problemas delicados de interpretação.

Por residência dos indivíduos é de entender o seu centro da vida pessoal. O conceito de residência já contém uma nota de permanência. Mas a residência pode ser ocasional, caso em que há um centro de vida que, embora dotado de certa permanência, é precário. O qualificativo de habitual inculca um elevado grau de estabilidade e permanência. Uma residência só passa a ser habitual quando, tendo sido estabelecida sem um limite temporal próximo, dure efetivamente durante um lapso de tempo que deva considerar-se relevante. Poderemos então definir residência habitual do indivíduo como centro efetivo e estável da sua vida pessoal.

A atribuição de competência internacional aos tribunais de um Estado-Membro pressupõe, pois,

que a causa apresenta um elemento de conexão com a ordem jurídica desse Estado-Membro. Ao caso do recurso releva o elemento de conexão representado pela residência habitual da criança, ou na impossibilidade da sua determinação, a sua simples presença no território daquele Estado-Membro. Em face deste elemento de conexão, há, desde logo uma conclusão que se impõe: a de que a criança, ainda que divida a sua vida entre dois Estados-Membros apenas pode ter a sua residência habitual num desses Estados-Membros, pelo que só os tribunais da residência habitual são competentes para decidir da responsabilidade parental a ela relativa[7].

O Regulamento não contém uma definição do conceito residência habitual, em particular da residência de uma criança, nem remete expressamente para o direito interno dos Estados-Membros a determinação do sentido e compreensão desse mesmo conceito, o que vincula a uma *interpretação autónoma* do conceito, no contexto das disposições do Regulamento e de harmonia com os seus objectivos. As normas do Regulamento podem ser interpretadas, a título prejudicial, pelo Tribunal de Justiça, sendo, portanto, preferível uma interpretação autónoma dos seus termos e reconhecida, relativamente a eles, a jurisprudência do Tribunal de Justiça (art.º 267.º, § 1.º, b), do TFUE).

No contexto da interpretação do Regulamento, o Tribunal de Justiça já declarou que a utilização do adjectivo *habitual*, utilizado no elemento de conexão, permite concluir, de um aspecto, que a residência deve ter uma certa estabilidade e regularidade e, de outro, que a transferência, por uma pessoa, da sua residência habitual para um Estado-Membro, reflecte a vontade dessa pessoa de aí se fixar, com intenção de lhe conferir um carácter estável, o centro dos seus interesses – interpretação que é corroborada pelo Relatório Explicativo da Convenção Relativa à Competência, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Matrimonial ou "Convenção Bruxellas II", elaborado por Alegría Borras – JOCE, C 221/27 – que inspirou o texto do Regulamento, no qual se sustenta que na eleição da residência habitual enquanto critério, v.g., de atribuição de competência em matéria, v.g., de dissolução do vínculo matrimonial se teve particularmente em conta a definição dada pelo Tribunal de Justiça, noutros domínios, segundo a qual este conceito designava o lugar onde o interessado fixou, com a vontade de lhe conferir um carácter estável, o centro permanente ou habitual dos seus interesses[8].

No plano específico da competência para a regulação do cuidado parental, de harmonia com a jurisprudência do Tribunal de Justiça – e deste Supremo – a residência habitual de uma criança – enquanto conceito autonomamente construído, no sentido indicado – é aquela em que se situa o centro de interesses da vida criança, é a residência que torne patente uma determinada integração num ambiente social e familiar[9]. O conceito de residência habitual da criança, sendo constituída por dois elementos – a vontade de fixação do centro dos seus interesses num lugar determinado e uma presença que revista um grau de suficiente de estabilidade no território do Estado-Membro em causa – insinua, indelevelmente, que o que é relevante é que a criança tenha o seu centro social de vida, de modo estável e com intenção de permanência, num Estado-Membro, devendo entender-se por centro social de vida da criança, o local no qual dispõe do núcleo principal das suas relações com outras pessoas, familiares ou não. A residência habitual da criança concretiza-se, assim, no lugar do centro da sua vida, no local no qual se tenha fixado, voluntaria e estavelmente, o centro permanente dos

seus interesses, dado que só nesse caso se verifica um vínculo real e efectivo com o território do Estado-Membro.

O conceito de residência habitual está sujeito, no contexto do Regulamente, a diferentes chaves de leitura, do que que decorre que deve ser entendido em sentidos distintos, segundo a norma em que se contém, de harmonia com a finalidade e objectivos dessa mesma norma. Assim, no plano da competência internacional, v.g., relativa ao divórcio, ao elemento subjectivo – a intenção das partes – pode ser atribuída uma maior latitude, o que conduz a um conceito mais amplo de residência habitual, facilitador do acesso aos tribunais em caso de crise matrimonial; diferentemente, nas normas relativas à regulação da responsabilidade parental, o conceito pode ser submetido a uma interpretação mais restritiva ou expansiva, conforme for reclamado pelo interesse superior da criança. Em qualquer caso, uma coisa parece certa: a simples intenção de residir habitualmente num dado país não é suficiente para constituir a residência habitual no Estado correspondente; entendimento diverso fomentaria o *forum shopping*, a corrida ao tribunal e o conflito de competência entre tribunais e tornaria inteiramente imprevisível a determinação do foro competente. Se a residência habitual da criança é aquele local ou país onde fica o ponto principal das suas ligações, familiares e sociais, ou seja, o centro da sua existência, a enfâse deve ser colocada, não na intenção de se estabelecer permanentemente num lugar – mas na ligação ou conexão efectiva da criança com o seu meio actual de interesses.

Além, evidentemente, da presença da criança no Estado-Membro, para a determinação da residência habitual é atendível uma constelação de factores, como por exemplo, a duração, as condições e os motivos dessa presença, a nacionalidade e a idade da criança, as condições de escolaridade, os conhecimentos linguísticos e os laços familiares e sociais que a criança tem nesse mesmo Estado. Dado que para se concluir pela habitualidade da residência, o que é relevante é que a criança tenha nesse Estado o centro social da sua vida, social e familiar, a duração dessa residência não é absolutamente decisiva, embora, evidentemente, quanto mais longa for a permanência num determinado Estado, maior será também a probabilidade de aí residir habitualmente. Uma residência habitual pode adquirir-se num ano, num mês ou numa semana de permanência num dado local; o que é relevante é que a criança, no momento da instauração da acção, mantenha nesse lugar a maior parte das suas relações sociais e familiares e que estas sejam significativas e substanciais. A determinação das relações sociais e familiares da criança, a sua qualidade e o seu carácter substancial ou significante, exigem, evidentemente, a aquisição dos factos materiais correspondentes. E como a determinação da residência habitual coloca, essencialmente, uma questão de facto[10], cabe ao tribunal do Estado-Membro verificar se o seu território corresponde ao local onde se situa a residência habitual da criança, na acepção do Regulamento.

Apesar da autonomia da construção do conceito de residência habitual, a verdade é que o que foi encontrado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça não difere, substancialmente, daquele que pode ser deduzido de fontes normativas de direito interno. Afinal, tudo está em saber o que, neste contexto, se deve entender por residência.

Domicílio e residência coincidem em regra, visto que o domicílio é o lugar onde a pessoa singular tem a sua residência habitual – que não se confunde nem com a residência permanente nem com a residência ocasional (art.º 82, n.ºs 1 e 2, do Códi-

go Civil). Podem, porém, não coincidir, ou porque a pessoa tem o seu domicílio necessário num lugar e a residência efectiva noutro ou porque a pessoa tem diversas residências onde vive alternadamente. As dificuldades de aplicação da regra legal surgem, assim, na determinação do conceito de residência. A residência supõe uma certa fixação, uma certa permanência num lugar. Assim, não reside numa localidade quem se encontra nela acidentalmente, de passagem. Residência inculca estabilidade. No nexo de uma pessoa com uma localidade, o domicílio exprime a ligação mais forte: é a residência habitual; a simples residência supõe ainda uma certa fixidez, uma certa demora, a habitação estável e prolongada – mas não excluiu a habitação durante algum tempo noutro lugar, dado que a lei figura, precisamente, o caso de uma pessoa ter mais que uma residência onde viva alternadamente (art.º 82.º, 2ª parte, do Código Civil). A residência ocasional ou acidental é o laço mais ténue entre uma pessoa e uma localidade, dado que se traduz no facto de a pessoa se encontrar momentaneamente em determinado lugar (art.º 82.º, nº 2, do Código Civil).

Isto mostra a impossibilidade de fixar um conceito rígido de residência. Exige-se, para esta, estabilidade e continuidade. Contudo, a determinação sobre se a habitação num lugar já tem a duração suficiente para constituir residência, deve decidir-se em face de caso concreto, através da verificação de dois requisitos: um requisito material – a morada em certo lugar – um requisito subjectivo – a intenção ou o ânimo de se fixar nesse lugar, de nele permanecer. A habitação, com alguma duração, em certo lugar pode não configurar residência porque, por exemplo, só circunstâncias acidentais forçam a pessoa a permanecer nessa localidade; ao contrário, a habitação num lugar por período de tempo relativamente curto pode inculcar residência se tudo revela que a pessoa está disposta a fazer desse lugar o centro da sua vida e dos seus interesses.

De tudo isto se conclui que o conceito de residência habitual é um conceito elástico, irremediavelmente necessitado de concretização jurisprudencial, o que torna particularmente difícil encerrá-lo numa definição que seja, a um tempo, suficientemente compreensiva para nada deixar de fora, e tão precisa quanto necessária para evitar quaisquer dúvidas sobre a sua aplicação aos casos concretos da vida. Não é, por isso, de estranhar que muitas vezes as definições se limitem a destacar, por vezes com recurso a neologismos expressivos, a ideia central que o conceito sugere: a da procura de um local que se possa considerar o centro da vida de uma pessoa, designadamente de uma criança, o lugar em que ela se encontra socialmente integrada. Se bem vemos, não é substancialmente outro, á luz do Regulamento, o entendimento do Tribunal de Justiça.

Seja como for, por residência habitual da criança deve entender-se, no contexto do Regulamento, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça – e mesmo de harmonia com a jurisprudência deste Supremo – o local em que situa o centro dos interesses da criança, o lugar que constitui o centro da sua vida, social e familiar, em que mantém e desenvolve, com outras pessoas, familiares ou não, relações significantes e substanciais. Ou, dito doutro modo: o conceito de residência habitual da criança, de harmonia com aquela jurisprudência, caracteriza-se por dois elementos: a vontade de fixar o centro habitual dos interesses da criança no território de um Estado-Membro; uma presença ou permanência da criança com um certo grau de estabilidade nesse mesmo território.

3.2.3. Concretização.

No caso do recurso, a recorrente e o Ministério Público – nas duas instâncias – são acordes em que, no momento da propositura da providência, a criança, embora se encontrasse em território nacional, tinha a sua residência habitual no Reino Unido e, consequentemente, que o tribunal nacional não é internacionalmente competente para conhecer do objecto da causa. Diferentemente, o acórdão impugnado concluiu – com base em factos que, oficiosamente, julgou provados e que aditou àqueles que a sentença impugnada no recurso de apelação considerou igualmente demonstrados – que a criança, no momento relevante, não residia habitualmente, nem em Portugal nem no Reino Unido, e terminou por aplicar, *quanto mais não seja por analogia*, a regra, subsidiária, que elege como regra de conexão ou facto designativo a simples presença da criança em território nacional.

Não cremos que se tenha decidido bem.

Os factos materiais relevantes para aferir da competência são os seguintes:

1. A criança nasceu no dia … Junho de 2013 e sempre residiu com a mãe.

2. A mãe veio de … para Portugal, por questões relacionadas com a frágil situação de saúde em que a avó do menor, mãe da Requerente, se encontrava;

3. A mãe estabeleceu o centro da sua vida em … por entender ter nesta cidade mais apoios sociais e escolares para o seu filho e é no Reino Unido que vive a outra filha, já maior da progenitora;

4. A 9/5/2019, data da propositura pelo Ministério Público da acção, a criança CC, nascido a …de junho de 2013 (em …, …, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte), residia com a progenitora BB, na Av.ª …, em …, casa da mãe desta última (a avó materna do menor);

5. À data da conferência de Pais realizada a 24/9/2019, a criança CC residia com a progenitora BB ainda na morada atrás indicada em 4. tendo ambos vindo (em data concreta não apurada, mas no decurso de 2019) do Reino Unido;

6. A criança CC e a respectiva progenitora BB, anteriormente à permanência na morada indicada em 5., sempre haviam residido no Reino Unido, tendo ambos vindo para Portugal com o propósito de refazerem a sua vida neste país e nele constituírem o seu centro de vida familiar, e outrossim, porque à data atravessava a mãe da Requerente (a avó do menor) uma frágil situação de saúde – cfr. facto nº 2.7.;

7. Não obstante o referido em 6., posteriormente a 24/9/2019 a criança CC e a respectiva progenitora BB voltaram/regressaram definitivamente ao Reino Unido, onde fixaram novamente a sua residência, situação que já se verificava aquando da apresentação nos autos do requerimento de 10/1/2020 (refª …28).

Do conjunto destes factos extrai-se, sem erro, que a causa se conecta com duas ordens jurídicas diversas: a do Reino Unido; a portuguesa. Atento o elemento de conexão conspícuo aplicável – a residência habitual da criança – só uma alternativa se abre: ou se considera que a criança, na data relevante, residia habitualmente naquele país estrangeiro; ou se entende que, na mesma data, tinha a sua residência habitual no nosso país. Concluir que a criança não tinha a sua residência habitual nem num país nem noutro não corresponde a uma leitura que encontre nos factos assentes uma confirmação ou tradução adequada.

Em face dos factos apontados, tem-se por correcta a conclusão de que a criança, no momento da instauração da providência não tinha a sua residência habitual em Portugal e por incorreta a de que, naquele mesmo momento, não residia habi-

tualmente no Reino Unido. Não depõe em sentido contrário a circunstância de a mãe da criança se ter deslocado para território nacional também com o propósito de, com ela, refazer a sua vida no nosso país e aqui constituírem o centro da vida familiar.

Desde logo porque – como se observou – a simples intenção de residir habitualmente num dado país – que, no caso, o acórdão impugnado extraiu *do processado nos autos* (?) – não é, de *per se*, desacompanhada de outros factores concorrentes ou adjuvantes, suficiente para se ter por constituída a residência habitual no Estado correspondente. Ponto que, no caso, é especialmente relevante dado que se ignora a data precisa desde a qual a criança, na data da propositura da providência – 9 de Maio de 2019 – se encontrava em território nacional, uma vez que a matéria de facto adquirida para o processo a única realidade que mostra é que a deslocação da criança para Portugal ocorreu no ano de 2019. Se se considerar que a residência habitual exige uma presença da criança com um certo grau de duração ou permanência no Estado-Membro e que na dúvida sobre a realidade desse facto o tribunal deve ficcionar o facto contrário ao facto que a parte vinculada com a prova devia provar, é meramente consequencial a conclusão de que a presença da criança em Portugal não se reveste – na data relevante – daquela característica (art.ºs 414,º do CPC e 346.º, *in fine*, do Código Civil).

Depois, porque apesar da presença da criança em território nacional, a verdade é que os factos adquiridos para o processo não tornam patente que, na data da instauração da providência, a criança tivesse em Portugal o centro da sua vida social e familiar e aqui desenvolvesse relações e vínculos significantes e substanciais.

Por último, o regresso da criança com a mãe, em data posterior a 24 de Setembro de 2019 e anterior a 1 de Janeiro de 2020, ao Reino Unido, país no qual reinstalaram a sua residência, inculca que a sua presença em Portugal foi meramente acidental, transitória ou episódica.

Diferentemente, o que a matéria de facto demonstrada convence é que a criança, no momento da propositura da providência, residia habitualmente no Reino Unido, país no qual sempre viveu desde o nascimento e tinha o centro da sua vida e dos seus interesses e ao qual, de resto, regressou, a breve trecho, retomando essa residência habitual. E devendo concluir-se que a criança tinha a sua residência habitual naquele país, o critério de conexão aplicável é o da habitualidade dessa residência e não o critério ou a competência subsidiária da simples presença da criança no território do Estado-Membro – *forum necessitatis* - à data da propositura da providência, que só ganha aplicação como *ultima ratio*, i.e., na impossibilidade de determinação da sua residência habitual. Critério ou regra de competência subsidiária que, aliás, o acórdão impugnado aplicou com nítida falta de convicção dado que sentiu a necessidade de declarar que seria mobilizável *quanto mais não seja por aplicação por analogia do disposto no art.º 13º, nº 1, do Regulamento.* Aplicação analógica que não se julga correcta dado que, no caso, não existe, patentemente, qualquer lacuna, dado que esta só verifica quando há caso – mas não há regra, o que, de todo, não ocorre na espécie sujeita (art.º 10.º, n.º 1, do Código Civil). A competência internacional para regular as responsabilidades parentais cabia, portanto, aos tribunais do Reino Unido, conclusão que é conforme, tanto com o princípio da proximidade, como com o princípio do interesse superior da criança, dado que eram aqueles tribunais que estavam em melhores condições – por força do maior e mais estreito contacto com a situação jurídica objecto do processo – para conhecer deste mesmo objecto.

A recorrente – e o Ministério Público – têm, pois, razão: o tribunal nacional não é internacionalmente competente para regular as responsabilidades parentais relativas à criança. Importa, assim, julgar verificada a excepção dilatória correspondente e, em consequência, absolver os requeridos da instância.

As considerações expostas, que impõem a revogação do acórdão impugnado, podem sintetizar-se nestas proposições:

– A incompetência absoluta resolve-se numa excepção dilatória nominada de conhecimento oficioso; trata-se, todavia, de uma excepção dilatória imprópria, dado que se limita a impugnar um pressuposto processual positivo – a competência do tribunal – que o autor considera preenchido, razão pela qual não é o o réu que tem de demonstrar que o pressuposto não está preenchido, mas antes o autor que tem que provar que o pressuposto se mostra satisfeito;
– As regras de competência internacional não são, em si mesmas, regras de competência, mas antes normas de recepção, dado que não se destinam a aferir qual o tribunal competente para conhecer do objecto da causa, antes têm por finalidade a definição da jurisdição na qual se determinará, por recurso a verdadeiras normas de competência, qual o tribunal competente para apreciar o litígio;
– O regime interno da competência internacional dos tribunais portugueses só é aplicável quando não deva ceder perante instrumentos internacionais e actos de direito europeu, designadamente perante o disposto no Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000;
– As regras de competência para a acção relativa à responsabilidade parental contidas no Regulamento orientam-se pelos princípios do respeito do superior interesse da criança e da proximidade, que são assegurados pela atribuição da competência ao tribunal da residência habitual da criança;
– De harmonia com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a residência habitual da criança – enquanto conceito autonomamente construído – é aquela em que se situa o centro de interesses da vida criança, é a residência que torne patente uma determinada integração num ambiente social e familiar;
– Dado que o conceito de residência habitual é constituído por dois elementos – a vontade de fixação do centro dos seus interesses num lugar determinado e uma presença que revista um grau de suficiente de estabilidade no território do Estado-Membro em causa – uma criança só reside habitualmente nesse Estado-Membro se nele tiver, de modo estável e com intenção de permanência, o centro, familiar e social, da sua vida;
– O critério de conexão ou a regra de competência assente na simples presença da criança no território do Estado do foro só é aplicável – directamente e não por analogia – se a sua residência habitual não puder ser determinada, pelo que aquele elemento de

conexão só intervém na ausência dos elementos de conexão primário ou principal – a residência habitual da criança – ou se esses elementos forem, por inteiro, incertos, e faltar, deste modo, o conteúdo concreto deste último elemento de conexão;

– Se uma criança, nascida no dia 4 de Junho de 2013, no Reino Unido – país em que sempre viveu, com a mãe, desde o nascimento e no qual tinha o centro da sua vida, até data anterior a 9 de Maio de 2019 mas posterior a Janeiro do mesmo ano – e ao qual regressou, com a mãe, em data posterior 24 de Setembro desde mesmo ano e anterior a 1 de Janeiro de 2020, deve concluir-se que, apesar de se ter deslocado, com a mãe, para Portugal por questões relacionadas com a vulnerabilidade do estado de saúde da avó materna e com o propósito de refazer a sua vida no nosso país, no momento da propositura da providência de regulação da responsabilidade parental – 9 de Maio de 2019 – residia habitualmente, no país do nascimento.

O Ministério Público sucumbe objectivamente no recurso. Não deverá, porém, suportar as respectivas custas, visto que, no caso, actua em nome próprio e, por isso, está delas isento (art.º 4.º, n.º 1, a), do RC Processuais).

4. Decisão

Pelos fundamentos expostos, concede-se provimento ao recurso, julga-se verificada a excepção dilatória da incompetência internacional dos tribunais portugueses e, consequentemente, revoga-se o acórdão impugnado e absolvem-se os requeridos, AA e BB, da instância.

Não são devidas custas.
2024.06.04
Henrique Antunes (Relator)
Jorge Arcanjo
Pedro de Lima Gonçalves

1. Dado que só Estados soberanos podem ser partes da Convenção da Haia de 1996 e, por isso, não podia ser subscrita pela Comunidade Europeia, a Decisão 2003/93/CE, do Conselho, autorizou os países da União a assiná-la.
2. João de Castro Mendes/Miguel Teixeira de Sousa, Manual de Processo Civil, Vol. I, AAFDL, 2022, pág. 235, e Maria Helena Brito, "Descrição Breve do Regulamento do Regulamento (CE) N.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental" *in* Seminário Internacional Sobre A Comunitarização do Direito Internacional Privado, Luís de Lima Pinheiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2005, pp. 38-39.
3. Acs. do STJ de 15.06.2023 (493/20), 29.09.2022 (3289/20) 29.11.2022 (358/21) e 28.02.2019 (9086/18). Assim, também a jurisprudência firme do T. dos Conflitos, como decorre, v.g. do Ac. de 22.11.2023 (0471/23). Manuel de Andrade, Noções Elementares de Processo Civil, Coimbra, 1993, págs. 90 e 91.
4. Miguel Teixeira de Sousa, Introdução ao Processo Civil, Lisboa, Lex, 2000, págs. 85 e 86.
5. Miguel Teixeira de Sousa, A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns, Lisboa, Lex, 1994, págs. 41 a 46.

6. Luís de Lima Pinheiro, Direito Internacional Privado, Introdução e Direito dos Conflitos, Parte Geral, Vol. I, 2.ª edição, Coimbra, pág. 444. Batista Machado – Lições de Direito Internacional Privado, 2.ª edição, Coimbra, 2002, pág. 232 – explica que não sendo possível determinar com segurança o Estado em relação ao qual a conexão se verifica, de deve recorrer à regra da maior probabilidade, desde que os elementos de prova disponíveis sejam bastantes para criar *o grau de probabilidade considerado suficiente nas relações humanas*, afirmando ainda que se a dúvida reside em determinar em relação a que Estado a conexão efectivamente se verifica, *só muito raramente deixará de haver indícios ou circunstâncias capazes de fazer presumir como bastante mais provável uma das hipóteses postas em alternativa*.
7. Assim, ainda que no tocante à residência habitual enquanto elemento de conexão para atribuir a competência para decidir o pedido de dissolução do vínculo matrimonial, o Ac. do TJ (3.ª Secção), de 23 de Novembro de 2021, disponível em www.curia.europa.eu.
8. Ac. do TJ de 22.12.2010, Mercredi, C-497/10, PPU, EU.C:2010, 829, n.ºs 44 a 51.
9. Acs. do TJ de 02.09.2009 (C-423/07), 23.12.2010 (C-497/10 PPU) e 28.06.2018 (C-512/17) Acs. do TJ de 02.04.2009 (525/07), e do STJ de 28.01.2016 (6987/13), 21.02.2017 (7919/16) e de 26.01.2017 (1691/15); Ana Rita Oliveira Sousa Nogueira Lopes, O princípio do superior interesse da criança na regulamentação das responsabilidades parentais pela União Europeia, Universidade do Minho, 2017, págs. 59 a 62 e Luís de Lima Pinheiro, Competência Internacional em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Protecção de Crianças Perante o Regulamento Bruxelas II Bis e Convenção da Haia de 1996, ROA, Ano 76, 2016, págs. 53 a 60.
10. Ac. do TJ de 8 de Junho de 2017, OL, C-111/17, PPU, EU:C:2017:436, n.º 51.

ANOTAÇÃO

1. *Introdução*. O presente acórdão decide a questão da competência internacional dos tribunais portugueses para tramitar uma providência tutelar cível de regulação das responsabilidades parentais, com processo especial de jurisdição voluntária, proposta pelo Ministério Público em 9 de maio de 2019 num dos Juízos de Família e Menores do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, contra os progenitores (AA e BB) de uma criança (CC), nascida em junho de 2013, em que se pedia a regulação daquelas responsabilidades relativas a esta última.

Trata-se da pura resolução de uma questão competencial, em que se não abordam temas relativos ao mérito, mas nem por isso de menor importância, pelo carácter central desta problemática. Acresce que o ponto é discutido à luz do disposto num acto legislativo de direito da União Europeia[1], cuja aplicação os tribunais portugueses

[1] O Regulamento (CE) N.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, publicado no *JOCE*, L, n.º 338, de 23.12.2003, p. 1-29 (de ora em diante, simplesmente, «o Regulamento 2201/2003», ou «o Regulamento»). Sobre este instrumento, cfr. Peter Mc Eleavy, «The Brussels II Regulation», v. 51 *The International and Comparative Law Quarterly* (2002), Issue 4, p. 883-908, Alegria Borràs Rodriguez, «De "Bruselas II" a "Bruselas II BIS"… o a "Bruselas II Plus?"», *in Soberania del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, p. 239-257, Stefano Scarafoni, «Il regolamento N. 2201/2003 sulla competenza ed esecuzione delle decisione in materia matrimoniale e genitoriale», in *Il Processo Civile e la Normativa Comunitaria* (a

são cada vez mais chamados a levar a cabo, e que o aresto acima reproduzido procede a um tratamento exaustivo do tema e obedecendo a uma metódica que diríamos exemplar. O que, cremos, bastaria para que lhe dedicássemos a nossa atenção.

Começaremos por recordar brevemente os factos relevantes para a pronúncia que a este respeito teve lugar e as posições tomadas pelas instâncias (I), para nos debruçarmos depois sobre a decisão com que o Supremo encerrou a lide (II).

2. *Os factos relevantes para a pronúncia e a posição tomada pelas instâncias*. Como se deixou dito[2], o Ministério Público instaurou, em 9 de maio de 2019 uma acção visando regular as responsabilidades parentais dos progenitores (AA e BB, que se encontravam separados) de uma criança (CC) nascida em junho de 2013. Por sentença de 19 de julho de 2023, um dos Juízos de Família e Menores do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa veio a considerar-se competente e, decidindo de mérito, procedeu à regulação solicitada.

Em recurso ordinário de apelação, no qual, com fundamento no facto de o menor não residir habitualmente em território português à data da propositura da providência, invocou a incompetência internacional do tribunal e, com base nesta arguição, a mãe da criança (BB) pediu a revogação daquela decisão e a sua substituição por outra que julgasse verificada a excepção da *incompetência territorial internacional* do tribunal português. Respondendo, o Ministério Público concluiu pela procedência do recurso, enquanto o pai da criança optou por não se pronunciar.

Em acórdão de 11 de janeiro de 2024[3], o Tribunal da Relação de Lisboa não julgaria verificada a excepção, decidindo de mérito quanto à questão das responsabilidades parentais em relação a CC. Para julgar não verificada a excepção, considerou que, no momento da propositura da providência, CC «*ainda não "residia habitualmente"* (…) *em Portugal, antes "encontrava-se" em Portugal, ainda que com o propósito/intenção da sua progenitora de no nosso País fixar a respectiva residência habitual*», pelo que *«à data da propositura da ação*[4] (…) *nada justificava considerar que a residência habitual do menor era em Portugal, nos termos e para efeitos do disposto no art.º 8º, nº 1, do Regulamento*[5]», que «*se a factualidade assente não permite enveredar pela conclusão de que à " data da propositura da acção", tinha o menor C a respectiva residência habitual em Portugal, do mesmo modo estamos em crer que não permite*

cura di Stefano Scarafoni), Torino, 2012, UTET, p. 297-375, *Brussels IIbis Regulation* (edited by Ulrich Magnus/Peter Mankowski), Munich, 2012, Sellier european law publishers, *Brussels II – Rome III. Article-by Article Commentary* (edited by Christian Althammer), Munchen, 2019, C.H.Beck, e, entre nós, Maria Helena Brito, «O Regulamento (CE) N.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental», *in Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, v. I, Coimbra, 2005, Almedina, p. 305-356, Lima Pinheiro, «O Reconhecimento de Decisões Estrangeiras em matéria matrimonial e de responsabilidade parental. Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003», 66 *Revista da Ordem dos Advogados* (2006), II, p. 517-546, e *Direito Internacional Privado*. v. III, 3ª edição refundida, Lisboa, 2019, AAFDL Editora, Tomo I - Competência Internacional, p. 270-307, e Tomo II - Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, p. 148-176, Nuno Lemos Jorge, «O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental», 6 *Lex Familiae* (2006), p. 157-162, Carlos M. G. de Melo Marinho, «O Regulamento (CE) N.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental», *in Textos de Cooperação Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial*, Coimbra, 2008, Coimbra Editora, p. 49-81, e Ana Sofia Gomes, *Responsabilidades Parentais Internacionais, em especial na União Europeia*, Lisboa, 2013, Quid Iuris, p. 31-71.

[2] Cfr. *supra*, n.º 1.

[3] Relatado pelo Desembargador António Manuel Fernandes dos Santos, e igualmente subscrito pelos Desembargadores Adeodato Brotas e Nuno Gonçalves.

[4] Como se deixou dito *supra*, a 9 de maio de 2019.

[5] De acordo com esta disposição, «Os tribunais de um Estado-Membro são competentes em matéria de responsabilidade parental relativa a uma criança que resida habitualmente nesse Estado-Membro à data em que o processo seja instaurado no tribunal».

igualmente a mesma factualidade concluir (…) que na referida data mantinha "ainda" o menor a referida residência habitual no Reino Unido, e isto "apenas" porque foi neste último País que sempre – desde que nasceu - viveu e residiu junto da progenitora guardiã», que «*a verdade é que a criança C e a respectiva progenitora B deixaram o Reino Unido e vieram para Portugal com o propósito de refazerem a sua vida neste país e de nele constituírem o seu centro de vida familiar, e outrossim porque à data atravessava a mãe da Requerente (…) uma frágil situação de saúde (…), ou seja, subjacente à referida mudança "territorial" existiu a intenção da progenitora em se fixar doravante em Portugal e a vontade de estabelecer no nosso país o lugar e o centro permanente e habitual da sua vida com o menor*», e que, «*em suma, e em face da factualidade assente, e quanto mais não seja por aplicação por analogia do disposto no art.º 13º, nº1, do Regulamento*[6], considerou que «*residindo a criança C e a respectiva progenitora B, em 9/5/2019 (data da propositura da acção) em Portugal, é o tribunal a quo o competente para a acção de regulação pelo MP intentada*», pelo que concluiu que o tribunal da 1.ª instância «*dispõe de competência internacional para apreciar e julgar a presente acção*», e, em coerência, julgou não verificada a excepção da incompetência internacional dos tribunais portugueses.

Inconformada com o assim decidido, BB veio impugnar o acórdão no segmento de não verificação da excepção através do recurso ordinário de revista excepcional, pedindo a sua revogação e que «se considere verificada *a incompetência territorial internacional dos tribunais portugueses para decidir sobre as responsabilidades parentais do filho*». Alega essencialmente que a competência internacional dos tribunais portugueses no presente caso dependeria, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento[7], da circunstância de o menor (CC) residir habitualmente em Portugal à data da instauração da acção[8]. E que essa residência não poderia deixar de se considerar fixada no Reino Unido, «por ser esse o lugar de maior proximidade em relação ao qual se inclina o seu superior interesse, desde logo porque a sua estada nesse país nunca apresentou carácter transitório, temporário ou ocasional (contrariamente a Portugal), sendo aí onde se sedia a família, com carácter duradouro e regular, sendo o menor de nacionalidade britânica, e bem assim aí se constituem os seus laços familiares, sociais e escolares»[9].

O pai da criança (AA) optou por não responder, enquanto o Ministério Público concluiria pela procedência do recurso, sustentando dever considerar-se verificada a excepção (de incompetência internacional) arguida pela recorrente.

3. *A decisão do Supremo*. Delimitando o objecto do recurso, considera o Supremo que ele se restringe à questão da competência internacional dos tribunais portugueses, ponto a dilucidar nos termos do referido Regulamento 2201/2003[10], afas-

[6] Nos termos do qual «Se não puder ser determinada a residência habitual da criança nem for possível determinar a competência com base no artigo 12.º, são competentes os tribunais do Estado-Membro onde a criança se encontra».

[7] Regra que deveria, nos termos do *considerandum* 12 do Regulamento, ser definida «em função do superior interesse da criança e, em particular, do critério da proximidade».

[8] A 9 de maio de 2019, portanto.

[9] Cfr. a conclusão S das suas alegações.

[10] Note-se que este acto legislativo da União veio a ser revogado pelo Regulamento (UE) 2019/1111, do Conselho, de 25 de junho de 2019, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças (que, publicado no *JOUE*, L, n.º 178, de 2 de julho de 2019, p. 1-115, entrou em vigor, nos termos do seu artigo 105.º, n.º 1, a 22 de julho de 2019), revogação que, de acordo com o n.º 1 do seu artigo 104.º, apenas produz efeitos a partir de 1 de agosto de 2022.

Sobre a reformulação operada por este regulamento no regime anteriormente vigente, cfr. Ulrich Magnus/Peter Mankowski, *ECPIL – European Commentaries on Private International Law. Commentary,* v. IV - *Brussels IIter Regulation*, Koln, 2023, Ottoschmidt, e, entre nós, Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «O Regulamento 2019/1111 – Relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em

tando-se assim, e como resulta também do artigo 59.º do Código de Processo Civil[11], quer o direito convencional pertinente[12] quer o direito processual civil português comum.

Discorre o acórdão em seguida sobre a função das regras de competência internacional, que identifica com «a definição da jurisdição na qual se determinará, por recurso a verdadeiras normas de competência, qual o tribunal competente para apreciar o litígio», pelo que se limitam «a determinar as condições em que uma jurisdição nacional faculta os seus tribunais para a resolução de um certo litígio que apresenta uma conexão - objectiva relativa ao objecto do processo, ou subjectiva, referida às partes na causa - relevante com uma ordem jurídica estrangeira». O que o leva a sustentar, na esteira de Miguel Teixeira de Sousa[13], que tais normas constituem *normas de recepção*, definidas como «normas de conflitos que definem as condições em que os tribunais de um dado ordenamento são competentes para a apreciação de um objecto que apresenta uma conexão com várias ordens jurídicas».

Sendo essas normas, *in casu*, como vimos, as constantes do Regulamento 2201/2003[14], que se orientam, nos termos do *considerandum* 12 deste acto legislativo, em função do superior interesse da criança[15] e, em particular, do critério da proximidade[16], o Supremo entende justificada a atribuição

matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças (Bruxelas II *ter*)», *in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito*, v. I, Coimbra, 2022, GESTLEGAL, p. 103-131, e *Matérias Matrimoniais e Responsabilidades Parentais na União Europeia. O Regulamento [UE] 2019/1111*, Coimbra, 2023, Editora D'Ideias.

[11] Que expressamente admite, na linha do disposto no artigo 8.º, n.ºs 2 e 4 da Constituição da República, que o Código apenas regula a competência internacional dos tribunais portugueses «sem prejuízo do que se encontre estabelecido em regulamentos europeus e em outros instrumentos internacionais».

[12] Designadamente a Convenção da Haia de 19 de Outubro de 1996, relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Protecção das Crianças (mas também as demais convenções referidas no artigo 60.º do Regulamento, em relação às quais, nos termos desta disposição, nas relações entre os Estados-Membros, aquele texto prevalece). Note-se que a aplicação deste instrumento convencional é afastada em favor do Regulamento, nos termos da alínea a) do artigo 61.º deste acto legislativo da União, «quando a criança tenha a sua residência habitual no território de um Estado-Membro» e que no presente caso apenas se questiona se essa residência deve ter-se por fixada, em 9 de maio de 2019, em Portugal ou no Reino-Unido, na altura ambos Estados-Membros da União Europeia. Na verdade, este último Estado veio a abandonar a União mas apenas por força do Acordo sobre a saída do Reino-Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atómica (publicado no *JOUE*, C, 384 I, de 12 de novembro de 2019, p. 1-177), que só entrou em vigor a 1 de fevereiro de 2020, pelo que posteriormente àquela data.

Sobre o ponto, cfr., entre nós, e tendo já em conta as modificações introduzidas pelo Regulamento 2019/1111 (*cit. supra*, nota 10), Ana Sofia Gomes, «Regulamento Bruxelas II *ter* e as relações com as Convenções da Haia de 1980 e de 1996», *in Boletim de Ciências Económicas*, v. LXVI (2023), Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Carlos Lopes Porto, t. II, p.1559-1617 (1583-1612).

[13] Cfr. do Autor, os seus «Apontamentos sobre a Competência e as Partes da Acção Declarativa», *in Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*, 2.ª Edição, Lisboa, 1997, Lex, p. 107-192 (107-108).

[14] Para uma análise das regras de competência constantes do Regulamento, cfr., entre nós, Lima Pinheiro, «Competência internacional em matéria de responsabilidade parental e medidas de protecção de crianças perante o Regulamento Bruxelas II Bis e a Convenção da Baía de 1996», 76 *Revista da Ordem dos Advogados* (2016), p. 47-61, e *Direito Internacional Privado*. v. III, Tomo I - Competência Internacional (*cit. supra*, nota 1), p. 286-301, e António José Fialho, «A Competência Internacional dos Tribunais Portugueses em Matéria de Responsabilidade Parental», *in Julgar*, n.º 37 (2019), p. 13-35 (17-28).

[15] Cfr., a propósito deste princípio, Bertrand Ancel/Horatia Muir Watt, «L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des jurisdictions: le Règlement de Bruxelles II *bis*», *Rev. crit. DIP* 94 (2005), p. 569-605, Petra Hammje, «L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé», *in Le Droit International Prívé: Esprit et Méthodes. Mélanges en l'Honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, Dalloz, p. 365-381, Gwenaëlle Hubert-Dias, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Etude éclairée par le droit européen*, 2018, ÉPURE – Editions et Presses Universitaires de Reims, e, entre nós, Ana Rita Oliveira Sousa Nogueira Lopes, *O princípio do superior interesse da criança na regulamentação das responsabilidades parentais pela União Europeia*, Universidade do Minho – Escola de Direito, 2017 (dissertação de mestrado).

Para uma abordagem crítica desta noção, cfr. Gilles Lebreton, «Le droit de l'enfant au respect de son «intérêt supérieur». Critique républicaine de la derive individualiste du droit civil français», *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n.º 2, 2003, p. 77-86.

[16] Sobre este princípio, e a sua aplicação em matéria de competência jurisdicional directa, cfr. Paul Lagarde, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 196 (1986-I), p. 9-237 (128-168), e, em geral, Tito Ballarino/Gian Paolo Romano, «Le Principe de Proximité chez Paul Lagarde», in *Le Droit International Prívé: Esprit et Méthodes. Mélanges en l'Honneur de Paul Lagarde* (*cit.*

da competência feita pelo Regulamento ao tribunal da residência habitual da criança (art.º 8.º, n.º 1). Tal decorreria quer da ideia de que «as autoridades do Estado da residência habitual são as mais bem colocadas para conhecer o meio social em que a criança se encontra inserida, para avaliar quer as suas necessidades quer as pessoas susceptíveis de a tomarem a seu cargo e, assim, para regular de modo mais adequado o exercício da responsabilidade parental e para velar pela boa execução da decisão de regulação», como do facto de ser «também no Estado da residência habitual que, geralmente, a decisão de regulação deve ser executada, obviando a que se suscite, portanto, o problema de reconhecimento de decisões estrangeiras». E refere em seguida as regras nele previstas para a hipótese de deslocação lícita da criança para o território de outro Estado-Membro acompanhada de fixação da residência nesse Estado[17], como para o caso de impossibilidade de determinação da sua residência habitual[18].

O acórdão sublinha depois a diferença entre os conceitos de domicílio e de residência habitual[19], sublinhando que a preferência que este último tem vindo a merecer[20] se fica a dever à maior facilidade na sua aplicação, sem com isso ignorar os problemas suscitados pela sua interpretação[21]. E refere que com ele se apela ao centro da vida pessoal, e que a nota da habitualidade leva em si ínsito «um elevado grau de estabilidade e permanência», implicando que «tendo sido estabelecida sem um limite temporal próximo, [a residência] dure efectivamente

supra, nota 15), p. 37-54, e Catherine Kessedjian, «Le príncipe de proximité vingt ans après», *ibidem*, p. 507-521.

[17] Trata-se do artigo 9.º, n.º 1, nos termos do qual «os tribunais do Estado-Membro da anterior residência habitual da criança mantêm a sua competência durante o período de três meses para alterarem uma decisão, proferida antes da deslocação, no tocante ao direito de visita», sendo, porém, esta extensão de competência condicionada à manutenção nesse Estado-Membro da residência habitual do titular do direito de visita.

[18] Caso em que o artigo 13.º, n.º 1, atribui a competência ao Estado-Membro onde a criança se encontra, assim consagrando um *forum necessitatis*.

[19] Referindo, a propósito, que «domicílio e residência coincidem em regra, visto que o domicílio é o lugar onde a pessoa singular tem a sua residência habitual – que não se confunde nem com a residência permanente nem com a residência ocasional (art.º 82, n.ºs 1 e 2, do Código Civil). Podem, porém, não coincidir, ou porque a pessoa tem o seu domicílio necessário num lugar e a residência efectiva noutro ou porque a pessoa tem diversas residências onde vive alternadamente». E acrescentando que «as dificuldades de aplicação da regra legal surgem, assim, na determinação do conceito de residência. A residência supõe uma certa fixação, uma certa permanência num lugar. Assim, não reside numa localidade quem se encontra nela acidentalmente, de passagem. Residência inculca estabilidade. No nexo de uma pessoa com uma localidade, o domicílio exprime a ligação mais forte: é a residência habitual; a simples residência supõe ainda uma certa fixidez, uma certa demora, a habitação estável e prolongada – mas não excluiu a habitação durante algum tempo noutro lugar, dado que a lei figura, precisamente, o caso de uma pessoa ter mais que uma residência onde viva alternadamente (art.º 82.º, 2ª parte, do Código Civil). A residência ocasional ou acidental é o laço mais ténue entre uma pessoa e uma localidade, dado que se traduz no facto de a pessoa se encontrar momentaneamente em determinado lugar».

[20] Em particular quanto ao que a este respeito sucede no sistema de conflitos da União Europeia, cfr. Bettina Reutsch, *Der gewohnliche Aufenthalt im System des Europaischen Kollisionsrecht*, Tubingen, 2017, Mohr Siebeck, e, entre nós, recentemente, Elsa Dias de Oliveira, *Direito de Conflitos da União Europeia. Contributo para o Estudo da Parte Geral*, Coimbra, 2024, Almedina, p. 196-201.

[21] Estas dificuldades são naturalmente comuns aos demais actos legislativos da União que utilizam este critério. Com particular referência ao que se passa com o Regulamento relativo às sucessões por morte, em que o critério fundamental é também o da residência habitual do falecido no momento do óbito (artigos 4.º e 21.º, n.º 1, respectivamente para a competência jurisdicional e a competência legislativa), cfr. Andrea Bonomi et Patrick Wautelet (Avec la collaboration d'Ilaria Pretelli et Azadi Ozturk), *Le Droit Européen des Successions. Commentaire du Règlement nº 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles, 2013, Bruylant, p. 173-180, Angelo Davì/Alessandra Zanobetti, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014, G. Giappichelli Editore, p. 46-51, Jacopo Re, «Where Did They Live? Habitual Residence in the Succession Regulation», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, v. LIV (2018), p. 978-1009, Ornella Feraci, «The last habitual residence of the deceased: potentials and challenges», *in Insights and Proposals related to the Application of the European Succession Regulation 650/2012* [a cura di Sara Landini], 2019, Giuffrè, p. 273-293, Isabella Martone, «The concept of habitual residence in Italian jurisprudence», *ibidem*, p. 405-428, e, em particular na nossa doutrina, Afonso Patrão, «Problemas práticos na aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões: determinação da residência habitual por autoridades extrajudiciais, reenvio para a lei de um Estado-Membro e utilização da cláusula de excepção», *in Boletim da Faculdade de Direito,* vol. 94, (2018), t. II, p. 1171-1200 (1173-1181), A. Pinto Monteiro/Rui Dias, «Residência habitual à luz do Regulamento Europeu das Sucessões», *in Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 151.º (Mai/Jun 2022), N.º 4034, p. 282-292, e Dulce Lopes, «Residência habitual no Regulamento das Sucessões – O caso particular dos adultos vulneráveis», *in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito* (*cit. supra*, nota 10), p. 223-245, e Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado.* v. III, Tomo I - Competência Internacional (*cit. supra*, nota 1), p. 289-290.

durante um lapso de tempo que deva considerar-se relevante». Pelo que se poderá definir a residência habitual do indivíduo como o «centro efectivo e estável da sua vida pessoal».

O acórdão prossegue referindo que à luz do Regulamento apenas é possível a posse de uma residência habitual. E que, sendo possível ter mais do que uma residência, a ausência de uma que se revista da nota da habitualidade implicará o recurso ao critério da simples presença para fixar a competência jurisdicional (artigo 13.º, n.º 1).

O acórdão reconhece depois que o Regulamento não contém, sequer por remissão, uma noção de residência habitual, e salienta a necessidade de proceder a uma interpretação autónoma deste conceito, tal como defendido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça[22], que tem a propósito salientado «de um aspecto, que a residência deve ter uma certa estabilidade e regularidade e, de outro, que a transferência, por uma pessoa, da sua residência habitual para um Estado-Membro, reflecte a vontade dessa pessoa de aí se fixar, com intenção de lhe conferir um carácter estável, o centro dos seus interesses»[23].

Em particular quanto à residência habitual de uma criança, o acórdão salienta que esta é «aquela em que se situa o centro de interesses da vida da criança, é a residência que torne patente uma determinada integração num ambiente social e familiar»[24]. O conceito de residência habitual da criança, sendo constituída por dois elementos – a vontade de fixação do centro dos seus interesses num lugar determinado[25] e uma presença que revista um grau suficiente de estabilidade no território do Estado-Membro em causa – insinua, indelevelmente, que o que é relevante é que a criança tenha o seu centro social de vida, de modo estável e com intenção de permanência, num Estado-Membro, devendo entender-se por centro social de vida da criança, o local no qual dispõe do núcleo principal das suas relações com outras pessoas, familiares ou não. A residência habitual da criança concretiza-se, assim, no lugar do centro da sua vida, no local no qual se tenha fixado, voluntaria e estavelmente, o centro permanente dos seus interesses, dado que só nesse caso se verifica um vínculo real e efectivo com o território do Estado-Membro.

E conclui a análise dos critérios de determinação da competência sublinhando que «por residência habitual da criança deve entender-se, no contexto do Regulamento, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça (…) o local em que se situa o centro dos interesses da criança, o lugar que constitui o centro da sua vida, social e familiar, em que mantém e

[22] Esta jurisprudência tem em geral salientado que «decorre das exigências tanto de aplicação uniforme do direito comunitário como do princípio da igualdade que os termos de uma disposição do direito comunitário que não contenha qualquer remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e alcance devem normalmente ser interpretados em toda a Comunidade de modo autónomo e uniforme, tendo em conta o contexto da disposição e o objectivo prosseguido pelas normas em causa» (assim, para o domínio que nos ocupa, cfr. o acórdão de 2 de abril de 2009, *A.*, C-523/07, *Colectânea*, 2009, p. I-2381-2856, ponto 34), no caso «o superior interesse do menor, em particular, o critério da proximidade» (ponto 35). Este acórdão enumera, de resto, nos pontos 38 a 41, a um conjunto de circunstâncias de facto relevantes em cada caso concreto

[23] Neste mesmo sentido, de resto, o Relatório Explicativo (de Alegria Borras) sobre a Convenção Bruxelas II (que não chegaria a entrar em vigor, sendo transformada no Regulamento (CE) n.º 1347/2000, do Conselho, de 29 de Maio de 2000 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação a filhos comuns do casal, diploma que foi revogado (artigo 71.º, n.º 1) pelo Regulamento 2201/2003 – cfr. *supra*, na nota 1), *in JOCE*, C, n.º 221, de 16 de julho de 1998, p. 27-64.

[24] Assim, o acórdão de 22 de dezembro de 2010, *Mercredi*, processo C-497/10 PPU, *Colectânea*, 2010, p. 829, ponto 47.

[25] O acórdão salienta, no entanto, a insuficiência deste elemento. Assim, refere que «a simples intenção de residir habitualmente num dado país não é suficiente para constituir a residência habitual no Estado correspondente; entendimento diverso fomentaria o forum shopping, a corrida ao tribunal e o conflito de competência entre tribunais e tornaria inteiramente imprevisível a determinação do foro competente. Se a residência habitual da criança é aquele local ou país onde fica o ponto principal das suas ligações, familiares e sociais, ou seja, o centro da sua existência, a ênfase deve ser colocada, não na intenção de se estabelecer permanentemente num lugar – mas na ligação ou conexão efectiva da criança com o seu meio actual de interesses».

desenvolve, com outras pessoas, familiares ou não, relações significantes e substanciais. Ou, dito doutro modo: o conceito de residência habitual da criança, de harmonia com aquela jurisprudência, caracteriza-se por dois elementos: a vontade de fixar o centro habitual dos interesses da criança no território de um Estado-Membro; uma presença ou permanência da criança com um certo grau de estabilidade nesse mesmo território».

Passando enfim à concretização destes critérios na situação submetida à sua apreciação, o tribunal começou por recordar os factos no seu entender relevantes para aferir a sua competência:

- a criança (CC) tinha nascido em junho de 2013, tendo sempre vivido no Reino Unido com a mãe (BB), que veio para Portugal em 2019 por questões relacionadas com a frágil situação de saúde em que a avó do menor, mãe da Requerente, se encontrava;
- BB havia estabelecido o centro da sua vida no Reino Unido, por entender ter nesse país mais apoios sociais e escolares para o seu filho e ser nele que vive outra filha, já maior;
- à data da propositura da acção[26], CC residia com BB, em Portugal, em casa da mãe desta última (sua avó materna), o mesmo acontecendo em 24 de setembro de 2019.
- CC e BB, anteriormente à referida deslocação para Portugal, e à permanência em casa da avó do primeiro, sempre haviam residido no Reino Unido, tendo ambos vindo para Portugal com o propósito de refazerem a sua vida no nosso país e nele constituírem o seu centro de vida familiar, e outrossim, porque à data a avó do menor atravessava uma frágil situação de saúde;
- não obstante, posteriormente à data acima referida, CC e BB voltaram/regressaram definitivamente ao Reino Unido, onde fixaram novamente a sua residência, o que se verificava já em 10 de janeiro de 2020.

Dos factos descritos, conclui o tribunal que a criança tem seguramente uma residência habitual[27], e que ela não pode deixar de ser considerada fixada no Reino Unido, não depondo em sentido contrário «a circunstância de a mãe da criança se ter deslocado para território nacional também com o propósito de, com ela, refazer a sua vida no nosso país e aqui constituírem o centro da vida familiar»[28]. E isto dado «a simples intenção de residir habitualmente num dado país (…) não ser, de *per se*, desacompanhada de outros factores concorrentes ou adjuvantes, suficiente para se ter por constituída a residência habitual no Estado correspondente»; faltaria assim a esta residência, para se poder revestir de habitualidade, um mínimo de duração e permanência. Depois, por, apesar da presença da criança em território nacional, «a verdade é que os factos adquiridos para o processo não tornam patente que, na data da instauração da providência, a criança tivesse em Portugal o centro da sua vida social e familiar e aqui desenvolvesse relações e vínculos significantes e substanciais». Enfim, também «o regresso da criança com a mãe (…) ao Reino Unido[29], país no qual reinstalaram a sua residência, inculca que a sua presença em Portugal foi meramente acidental, transitória ou episódica».

Pelo contrário, «o que a matéria de facto demonstrada convence é que a criança, no momento

[26] 9 de maio de 2019.

[27] Residência que apenas poderia fixar-se fixada em Portugal ou no Reino Unido.

[28] E de a acção haver sido proposta durante essa deslocação.

[29] Em data posterior a 24 de setembro de 2019 e anterior a 1 de janeiro de 2020.

da propositura da providência, residia habitualmente no Reino Unido»[30] (…) pelo que «o critério de conexão aplicável é o da habitualidade dessa residência e não o critério ou a competência subsidiária da simples presença da criança no território do Estado-Membro à data da propositura da providência»[31]. E termina afirmando que «a competência internacional para regular as responsabilidades parentais cabia, portanto, aos tribunais do Reino Unido, conclusão que é conforme, tanto com o princípio da proximidade, como com o princípio do interesse superior da criança, dado que eram aqueles tribunais que estavam em melhores condições – por força do maior e mais estreito contacto com a situação jurídica objecto do processo – para conhecer deste mesmo objecto».

Conclusão que, em nosso entender, se afigura intocável, correspondendo a uma apropriada caracterização da situação de facto apresentada a juízo e assentando numa correcta interpretação do direito aplicável.

[30] País no qual sempre viveu desde o nascimento e onde tinha o centro da sua vida e dos seus interesses e ao qual, de resto, regressou, a breve trecho, retomando essa residência habitual.

[31] O acórdão salienta ainda que o acórdão da Relação tinha aplicado esse critério «com nítida falta de convicção dado que sentiu a necessidade de declarar que seria mobilizável *quanto mais não seja por aplicação por analogia do disposto no art.º 13º, nº 1, do* Regulamento, (…) aplicação analógica que não se julga correcta dado que, no caso, não existe, patentemente, qualquer lacuna, dado que esta só verifica quando há caso – mas não há regra, o que, de todo, não ocorre na espécie sujeita».

O QUE DIZ O SUPREMO

Ana Resende
Juíza Conselheira Jubilada

É com particular gosto que se inicia a elaboração de uma breve crónica sobre o decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça, com vista a realçar algumas das questões apreciadas, dando-se prevalência à aplicação do direito substantivo e à decisão de mérito, sem prejuízo de serem apontadas matérias de cariz processual que se afigurem pertinentes pela frequência com que são colocadas, mas também pelas consequências resultantes do seu conhecimento, em qualquer dos casos, numa opção, que se depreende, marcada pelo subjetivismo.

No primeiro semestre de 2024, o Supremo debruçou-se sobre vários temas, conforme resulta do conjunto de sumários dos acórdãos proferidos em tal período, à frente consultável.

Segundo a orientação indicada, destaca-se o tratamento dado às seguintes questões: alimentos a ex-cônjuge; revisão de sentença estrangeira no caso de divórcio por repúdio unilateral; dissolução da união de facto e enriquecimento sem causa; caducidade do direito de anulação de negócio sobre a casa de morada de família; regulação das responsabilidades parentais, residência alternada e audição do menor. Em termos processuais, o curto apontamento recai sobre: a admissibilidade do recurso de revista; a competência internacional do tribunal e o valor extraprocessual da sentença de regulação de responsabilidades parentais no âmbito de posterior processo de maior acompanhado.

I. Questões substantivas e de conhecimento do mérito

1. *Dos alimentos a ex-cônjuge – Processo n.º 2649/14.5TBALM-A.L1.S1, Acórdão de 23.01.2024.*

1.1. A, ex-cônjuge marido, veio deduzir ação especial de cessação de alimentos contra B, ex-cônjuge mulher, pedindo que fosse determinada a cessação do direito à prestação de alimentos a favor da mesma, invocando que em virtude da partilha do património conjugal e do que lhe adviera por herança, que entendeu em parte doar, dispunha de um património imobiliário passível não só de rentabilizar como também de alienar por forma a prover ao seu sustento.

B contestou negando que o património de que era titular fosse apto a proporcionar-lhe qualquer rendimento, tendo 82 anos de idade e dependendo da pensão satisfeita pelo A para se sustentar.

Foi proferida Sentença pelo Tribunal no sentido da procedência da ação; aí se declarou cessada a obrigação alimentícia do A estabelecida a favor de B.

B apelou da Sentença, sendo proferido Acórdão da Relação de Lisboa, que revogou a Sentença recorrida e julgou a ação improcedente.

1.2. Interposto recurso de revista, o Supremo proferiu Acórdão no qual se entendeu que cabendo ao A demonstrar que tinham ocorrido factos que

fundamentavam a cessação da obrigação alimentar a que voluntariamente se sujeitara, não o lograra fazer, improcedendo assim a sua pretensão, mantendo o decidido no Acórdão recorrido.

1.2.1. Na fundamentação jurídica salientou que com o divórcio cessavam as relações pessoais e patrimoniais dos cônjuges, consequentemente, os deveres inerentes ao matrimónio, incluindo o de assistência, e desse modo, estabelecida a regra segundo a qual cada cônjuge deveria proceder à sua subsistência depois do divórcio, casos havia, no entanto, em que o ex-cônjuge podia ficar obrigado a prestar alimentos ao outro que deles carecesse.

Em conformidade, considerou ser de seguir o entendimento, prevalente e consolidado na Jurisprudência do Supremo, no sentido de, pese embora o caráter excecional, subsidiário e transitório da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, independentemente da responsabilidade individual de cada cônjuge na rutura da relação matrimonial, não deve ser esquecida a realidade de uma vida em comum antecedente, assentando a obrigação num princípio de solidariedade pós-conjugal.

Mais se sublinhou que do aludido princípio da autossuficiência em conjugação com o desligamento da obrigação de alimentos resultava a não exigência do padrão de vida gozado na constância do casamento, mas apenas o suprimento de dificuldades de subsistência decorrentes da cessação da relação matrimonial, competindo ao alimentado solucioná-las, por forma a desonerar o obrigado, face às possibilidades concretas de cada um, com a referência ao ónus de alegação e prova da alteração das circunstâncias determinantes da fixação dos alimentos recair sobre quem as viesse invocar.

1.2.2. Na situação concreta, estava em causa o pagamento por A da pensão de alimentos a B, resultante de um acordo homologado por sentença proferida em 6.05.2015.

Para reverter o decidido pela Relação, A invocou que em dezembro de 2021, aquando da propositura da ação, a situação patrimonial de B sofrera alterações, pois por efeito da partilha foram adjudicadas a B: a quantia de € 6.000,00, ações no valor global de € 17.898,06, terrenos rústicos cujo valor patrimonial global rondava os € 175,00, aptos a serem cultivados, prédios urbanos, casa de morada de família – com valor de venda na ordem dos € 200.000,00, e um valor no mercado de arrendamento de, pelo menos € 1.100,00 mensais–, uma garagem, um armazém e uma moradia, todos devolutos e aptos a serem alienados. Não foi apurado o estado dos imóveis e ainda património imobiliário herdado por morte do seu irmão, que B era livre de doar, mas desde que com essa opção não prejudicasse A.

O Supremo conheceu das razões aduzidas, considerando no que concerne ao valor em dinheiro e aos títulos mobiliários partilhados, que se tratava de bens cujo montante não era suscetível de proporcionar um valor relevante para a subsistência do seu titular, garantindo apenas necessidades transitórias. Relativamente aos terrenos rústicos, para além de reduzido valor patrimonial, nada se apurara em termos da sua rentabilidade económica. Quanto ao imóvel que era a casa de morada de família, não era exigível que B dele se privasse, pondo em causa o seu próprio direito à habitação, não cabendo ao filho de B, em primeira linha, recebê-la, suprindo as necessidades de habitação da mãe.

No que respeitava aos demais prédios urbanos, não se provara que fossem suscetíveis de rendimento relevante, apenas se apurando que os valores patrimoniais, da garagem, € 5 054,70, do armazém, de € 1 877,31 e de uma casa de habitação, € 36 225,35. Por sua vez, dos dois prédios urbanos doa-

dos pela B a um dos filhos, um deles, terreno para construção, estava ocupado por alguém que reclamava a sua propriedade, e o outro, a fração autónoma para habitação, nada se apurara quanto ao seu valor de mercado ou de arrendamento.

Mais referiu, fundamentando o decidido, que A e B se tinham divorciado após mais de 50 anos de casamento, tendo B cerca de 84 anos de idade, não auferindo qualquer pensão, subsídio ou rendimento, para além da pensão de alimentos que A lhe pagava.

Considerou, também, que o património de que B era titular, integrando o património comum do casal à data em que foi acordada a obrigação de alimentos em causa, não era passível de garantir as necessidades duradouras do seu sustento, nem ficara demonstrado que os bens que doara lhe garantiam esse sustento, não sendo expectável nem exigível à B, que refizesse a sua vida e reunisse condições para a sua autossubsistência.

1.3. Em nota, como se menciona no presente Acórdão, foi seguido o sentido consolidado na jurisprudência do Supremo, com a indicação de um número assinalável de Arestos que o acolheram, apontando como fundamento ético-jurídico da obrigação alimentar entre ex-cônjuges uma solidariedade pós-conjugal, com raiz no desenvolvimento das relações matrimoniais, mas também das suas consequências, elas próprias delineadoras e limitativas do conteúdo da prestação do obrigado.

Estamos perante um regime que sofreu profundas alterações com a vigência da Lei n.º 61/2008 de 31.10, introduzindo paradigmas até então inexistentes, que por sua vez, nomeadamente na Doutrina, propendem para procurar o fundamento da subsistência da obrigação alimentar entre ex-cônjuges em termos diversos, que não cabe nesta sede apontar e analisar.

Primordial, contudo, e daí a explanação feita, o factualismo em concreto apurado determinante para a solução achada, que justificou que um dos ex-cônjuges, ainda que de forma excecional e transitória, ficasse obrigado a prestar alimentos ao outro.

2. *Da revisão de sentença estrangeira de divórcio por repúdio unilateral – Processo n.º 2985/22.7YRLSB.S1, Acórdão de 29.02.2024.*

2.1. Para a melhor compreensão do decidido, importa fazer um apanhado sucinto dos eventos, bem como das ocorrências processuais referenciadas nos autos.

A requerente, A, e o requerido, B, (portugueses) casaram-se numa Mesquita muçulmana no Japão, em 1969, mostrando-se o casamento transcrito na ordem jurídica portuguesa desde 1992.

No dia 6.01.2015, A instaurou contra B, no Reino Unido, uma ação pedindo que fosse decretado o divórcio entre as partes, que correu termos junto da Divisão de Família do *High Court of Justice*.

No dia 20.3.2015, B declarou divorciar-se de A ao pronunciar: estás *"Taliq"*, tendo comparecido, no dia 23.03.2015, perante o juiz de direito do Tribunal da Sharia de Sharjah, pedindo que o divórcio fosse confirmado, sendo nesse mesmo dia confirmado pelo Tribunal da Sharia. A decisão tornou-se definitiva, sendo A notificada, em 8.7.2015, na pessoa do seu mandatário, de que o divórcio *Talaq* entre as partes havia sido concedido pelo Tribunal da Sharia de Sharjah.

No âmbito da ação que corria termos no Reino Unido, em 30.07.2015, o Tribunal, após ter tido conhecimento da Sentença de divórcio *Talaq*, afirmou que as partes já estavam divorciadas, não tendo A contestado o *Talaq*, e convidou esta a pedir pedido de assistência financeira ao abrigo da Parte III do *Matrimonial and Family Proceedings Ac*t 1984.

A aceitou o convite do Tribunal do Reino Unido

e alterou o seu pedido em julho de 2015 e janeiro de 2016, formulando nesta última data um pedido de assistência financeira após divórcio estrangeiro, tendo o Tribunal do Reino Unido proferido, em 12.10.2016, Sentença final que regulou os efeitos patrimoniais do divórcio entre as partes.

Em 7.11.2017, A iniciou ação de revisão e confirmação da Sentença do Tribunal do Reino Unido, que correu termos no Tribunal da Relação de Lisboa, que absolveu B do pedido.

Interposto recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão proferido entendeu-se que a falta de inscrição do divórcio entre as partes no registo civil português era uma condição de procedibilidade do reconhecimento da Sentença do Tribunal do Reino Unido, sendo que a circunstância de o ordenamento jurídico português considerar ainda subsistente o matrimónio de B e A, não inviabilizava que pudesse vir a ser reconhecida a dissolução do mesmo através da revisão da Sentença dos Emirados Árabes Unidos que decretou o divórcio *Talaq*, absolvendo B da instância.

Em 04.03.2015, B instaurou ação de divórcio contra A, correndo termos no Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Oeste, na qual a instância se encontra suspensa, por despacho de 7.1.2019.

A veio intentar a presente Ação Especial de Revisão/Confirmação de Sentença Estrangeira contra B, pedindo a revisão e confirmação de Sentença de divórcio transitada em julgado proferida pelo Tribunal da Sharia de Sharjah, Emirados Árabes Unidos, em 23.03.2015, que confirmou o divórcio operado pela iniciativa unilateral de B de se divorciar de A, efetuada em 20.03.2015, através do procedimento denominado *Talaq*, pelo qual B se divorciou de A pronunciando as palavras *"taliq"*.

Por Acórdão do Tribunal da Relação, prolatado em 6.07.2023, foi decidido conceder a revisão e confirmar a Sentença proferida pelo Tribunal da Sharia de Sharjah, Emirados Árabes Unidos, em 23.03.2015, operando dessa forma, por divórcio, a cessação do vínculo matrimonial entre A e B, para que a mesma produzisse efeitos em Portugal.

Inconformado, veio B interpor recurso de revista, tendo o Supremo proferido Acórdão, que julgou improcedente o recurso, mantendo o decidido no Acórdão da Relação.

2.2. Na fundamentação do decidido, foram apreciadas as seguintes questões: requisitos previstos nas alíneas e) e f) do artigo 980.º do Código de Processo Civil; fraude à lei; existência de ação de divórcio a correr termos num Tribunal português; abuso do direito.

2.2.1. Da verificação dos requisitos previstos nas alíneas e) e f) do artigo 980.º do Código de Processo Civil.

B invocou que não se verificavam tais requisitos por a declaração do *Talaq* violar os princípios da igualdade entre os cônjuges e do contraditório, princípios constitucionais, decorrendo da sua inobservância, uma manifesta violação da ordem pública internacional.

O Supremo considerou que estando em causa a revisão e confirmação de uma Sentença dos Emirados Árabes Unidos não existia tratado ou convenção internacional que estivesse em vigor e que regulasse a situação concreta, pelo que se aplicava tão só o regime interno previsto nos artigos 978.º e seguintes do Código de Processo Civil.

No que concerne à falta de verificação do requisito previsto na alínea e) do artigo 980.º do Código de Processo Civil, apontou-se o seu conhecimento não oficioso, pois a recusa de reconhecimento em caso de violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes visava preservar

os direitos fundamentais de defesa do réu, e desse modo apenas o cônjuge prejudicado pela violação de tais princípios o podia invocar, não assistindo a B legitimidade para tanto.

Quanto ao requisito previsto na alínea f), de conhecimento oficioso, apesar de o divórcio *Talaq* poder ser, em abstrato, contrário à ordem pública internacional do Estado Português, designadamente por violação do princípio da igualdade, importava que fosse feita uma análise da situação concreta antes de serem extraídas consequências.

Em conformidade, configurando-se que o repúdio da mulher portuguesa pelo marido muçulmano ofendia o preceito constitucional que consagra o princípio da igualdade dos cônjuges, se a mulher deu o seu assentimento ao repúdio, no próprio ato, ou posteriormente, inexistiam motivos para fazer apelo à ordem pública, no caso de o repúdio ter sido feito no estrangeiro, o mesmo se considerando sendo a mulher quem pedia, em Portugal, o reconhecimento dos efeitos do repúdio.

Com efeito, consistindo a excecionalidade uma das caraterísticas fundamentais da cláusula de ordem pública internacional só devia intervir como limite à aplicação do direito estrangeiro, se a solução dada fosse não apenas divergente da que resultaria com a aplicação do Direito Português, mas se fosse "*manifestamente intolerável*", o que não se verificava nos autos, porque em ambos os casos se pretendia o divórcio.

2.2.2. Relativamente à situação de fraude à lei apontada por B, esta resultava de A ter suscitado a competência internacional dos tribunais ingleses para o decretamento do divórcio, originando a aplicação de uma lei que era mais desfavorável para ele em termos de efeitos patrimoniais decorrentes do divórcio, sendo até tais tribunais incompetentes para regular esses efeitos.

O Supremo considerou que os presentes autos tinham como objeto o reconhecimento da decisão judicial pelo Tribunal da Sharia de Sharjah, que confirmou o divórcio das partes, em 23.03.2015, e não a proferida no Tribunal do Reino Unido que regulou os efeitos patrimoniais do divórcio, pelo que qualquer que fosse a questão a suscitar relativamente a esta última decisão, proferida pelo Tribunal do Reino Unido – isto é, ser a legislação portuguesa mais favorável quanto à partilha do património conjugal ou até a competência do Tribunal do Reino Unido –, só podia ser deduzida no processo ali correndo termos.

Mais se consignou que A propôs a presente ação no uso do único meio judicial ao seu dispor para obter a inscrição do divórcio decretado por um tribunal estrangeiro no registo civil português, tendo o feito ao abrigo de decisão judicial prévia, ou seja, o anterior Acórdão do Supremo, no qual foi expressamente apontada a possibilidade de A suscitar a revisão da Sentença dos Emiratos Árabes Unidos, que decretou o divórcio entre as partes como forma de obter essa inscrição.

2.2.3. Quanto à existência de ação de divórcio a correr termos num tribunal português intentada por B, como uma situação de litispendência, devia esta ser reportada também à ação pendente nos tribunais do Reino Unido, pois à data da propositura das duas ações vigorava ainda na ordem jurídica o Regulamento (CE) n° 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003 – relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parentais – e como se previa no mesmo, fora ordenada a suspensão da instância no Tribunal onde o processo foi instaurado em segundo lugar.

Mas não menos relevante, disse o Supremo que não se verificava qualquer litispendência, por

inexistir o pressuposto relativo à identidade da causa de pedir em ambas as ações, para além de, tal como B suscitou a questão, o tribunal português ser o competente para decretar o divórcio entre as partes, atendendo aos elementos de conexão existentes, ou seja, ambos os cônjuges serem de nacionalidade portuguesa, residentes em Portugal durante mais de três décadas, para além de nos termos da alínea c) do art.º 980 do Código de Processo Civil, não se estar em matéria exclusiva da competência dos tribunais portugueses.

2.2.4. Quanto ao abuso do direito por B, ainda que válidas quaisquer das objeções à confirmação da Sentença revidenda por ele alegadas, procurando obstaculizar o reconhecimento de uma Sentença que confirmou o *Talaq*, por si mesmo pedido, sob a invocação que pretendia com isso salvaguardar as suas convicções religiosas, considerou o Supremo que tal invocação sempre deveria ser considerada abusiva, pois se assim não fosse entendido, levaria a que sobre a mesma situação jurídica, o divórcio, pudessem coexistir decisões contraditórias em ordenamentos jurídicos diferentes, o que o procedimento de reconhecimento de decisões estrangeiras visa evitar. Além de criar um impasse processual difícil de ultrapassar, pois não podendo A obter o reconhecimento da decisão do Tribunal da Sharia, esbarrava na impossibilidade, por tempo indeterminado, de registar o divórcio – que ambas as partes queriam ver validado – no nosso país, solução essa, tão iniqua, que devia ser afastada.

2.3. Em nota, o entendimento perfilhado pelo Supremo não se afasta do antes explanado no Acórdão da Relação sob recurso, confirmando-o, relevando o comentário a este último, efetuado pelo Senhor Professor Doutor Rui Manuel Moura Ramos, na Revista *Lex Familiae*, Ano 20, n.º 40 – 2023, a fls. 89 e seguintes.

Salienta-se a referência aí realizada quanto à violação da ordem pública internacional por desrespeito dos princípios do contraditório e da igualdade das partes, no caso de ser o cônjuge mulher quem vem desencadear o mecanismo que importaria a consideração de tais princípios, manifestando a sua vontade no sentido da declaração do divórcio, aponta para uma abertura que pode " *ser vista como envolvendo de alguma forma uma certa subjectivização da ordem pública internacional,",* sublinhando que tal "*individualização que lhe vai associada não é mais que um novo aspeto desta tendência que, (…). tem marcado na atualidade o conflito de jurisdições*". (fls.109).

3. *Cessação da união de facto e enriquecimento sem causa - Processo n.º 928/20.1T8PTM.E1.S1, Acórdão de 28.05.2024*

3.1. A intentou ação declarativa de condenação, contra a Herança de B, e contra C, na qualidade de único herdeiro do *de cujus*, pedindo que fosse reconhecida a união de facto existente entre A e B, no período que mediou entre 10.03.2002 e 28.04.2019, e assim reconhecido que naquele período contribuiu na mesma proporção e em partes iguais para a formação do património, que os RR se encontram injustificadamente enriquecidos à custa da A na proporção de 50%, relegando para liquidação em execução de sentença o apuramento do valor final desse património, e desse modo sendo condenados a restituir lhe 50% do dito valor ou "da correspondente meação sobre esses bens".

Na Sentença proferida foi a ação julgada parcialmente procedente, declarando reconhecida a união de facto entre A e B no período que mediou entre 10.03.2002 e 28.04.2019, e quanto ao mais improcedente.

No âmbito do recurso interposto pela A, a Relação de Évora concedeu parcial provimento à apelação, condenando o C a restituir-lhe o que viesse a ser apurado em posterior incidente de liquidação, constituindo o seu contributo, em medida inferior a 50%, decorrente da ajuda prestada ao falecido na exploração do bar e limpeza das casas que aquele arrendava, para a aquisição do património identificado, deduzido o passivo também a ser apurado.

3.2. C interpôs recurso de revista, no qual foi proferido Acórdão que negando a revista, confirmou a decisão recorrida.

3.2.1. Na fundamentação jurídica realizada, o Supremo considerou que às relações patrimoniais advenientes da cessação da união de facto eram aplicáveis as regras do enriquecimento sem causa, tendo como pressupostos constitutivos, a existência de um enriquecimento, a obtenção desse enriquecimento à custa de outrem e a falta de causa justificativa para ele.

Assim, uma obtenção de uma vantagem de carácter patrimonial tanto podia ser um aumento do ativo patrimonial, como uma diminuição do passivo, ou mesmo uma poupança de despesa, em qualquer dos casos sempre teria de traduzir-se numa melhoria da situação patrimonial da pessoa obrigada à restituição. Relativamente à ausência de causa justificativa, reportava-se a uma causa que deixou de existir ou uma que não se verificou.

3.2.2. No caso concreto, o Supremo considerou que tinha ficado provado que entre 2002 e 2019, A vivera em união de facto com B, pai de C, tendo a vida em comum cessado com a morte do companheiro. Nesse período de tempo o falecido adquiriu o património descrito, para cuja aquisição beneficiou de meios financeiros disponibilizados pelos seus pais e dos rendimentos da atividade da exploração de um bar, atividade essa em que A ajudava, para além de colaborar na limpeza dos imóveis que B tinha arrendados.

Mais se explicitou que não estava em causa uma divisão de bens, mas apenas compensar A pela sua contribuição na aquisição do património pelo falecido B ao longo dos 17 anos em que perdurou a vida em comum, património esse agora pertença de C, por morte do pai e fim da união de facto, mostrando-se assim configurada uma situação de vantagem patrimonial obtida em parte com o trabalho de A e desse modo preenchidos os pressupostos do enriquecimento sem causa.

3.3. Em nota, tal como se consignou no Acórdão em referência, o decidido consubstancia-se em jurisprudência dominante do Supremo, ilustrada com a menção a outros Arestos no sentido perfilhado, traduzindo-se numa exigência da sanação de situações de desequilíbrio no atendimento das prestações de cada um dos membros da união de facto, com patentes proveitos patrimoniais tão só para um deles.

4. *Caducidade do direito de anulação de negócio sobre a casa de morada de família, para o qual o outro cônjuge não deu consentimento – Processo n.º 2886/21.6T8CSC-A.L1.S1, Acórdão de 28.05.2024*

4.1. A propôs ação declarativa contra B e C, pedindo a condenação dos Réus, a reconhecerem o direito de propriedade da A sobre um anexo destinado à habitação e sobre a arrecadação do prédio urbano identificado, restituindo os locais reivindicados.

Na contestação, para além do mais os RR alegaram que o contrato de transação concluído entre

a A e B era anulável por C não ter consentido na revogação do contrato de arrendamento da casa de morada da família. A respondeu, deduzindo a caducidade do direito de anulação.

Em sede de despacho saneador foi julgada procedente a caducidade do direito de anulação. Interposto recurso de apelação por C, foi o mesmo julgado procedente, sendo anulado o contrato de transação concluído entre A e B, absolvendo os RR do pedido de restituição.

4.2. Inconformada veio A interpor recurso de revista, sendo proferido Acórdão que julgou improcedente o recurso, confirmando a decisão recorrida.

4.2.1. O Supremo considerou que a questão a apreciar se pautava em saber se aos prazos constantes do artigo 1687.º do Código Civil devia ser aplicado o disposto no artigo 287.º, n.º 2, do mesmo diploma legal, isto é, enquanto o negócio não estivesse cumprido, a anulabilidade podia ser arguida, sem dependência de prazo, quer por via de ação, quer por via de exceção, ou diversamente, conforme a pretensão de A, os artigos 1682.º-B e 1687.º do Código Civil estabeleciam um regime especial, que afastava o regime geral da anulabilidade dos negócios jurídicos.

Para a solução a achar importava aferir da compatibilidade das razões justificativas do artigo 287.º com as subjacentes aos artigos 1682.º-B e 1687.º, no atendimento dos fundamentos para os prazos de anulação dos negócios jurídicos, isto é, por parte do contraente que pudesse prevalecer-se da invalidade do negócio jurídico, o interesse em agir, sem inércia prolongada, para a parte contrária, se o contraente que podia invocar a invalidade não o fazia, a confiança na continuidade da situação de facto, determinando-se em conformidade.

Ora, enquanto o negócio não estivesse cumprido, nenhuma das duas razões para os prazos de anulação relevaria, e desse modo explicada a lógica do n.º 2, do artigo 287.º do Código Civil, bem como do regime dos artigos 1682.º-B e 1687.º do Código Civil, e assim o cônjuge que não dera o seu consentimento, nem sequer participara na celebração do negócio, não tinha pressa de arguir a anulabilidade do que ainda não fora cumprido, nem se justificaria, nessa hipótese, que a parte contrária pudesse confiar na continuidade da situação de facto.

O Supremo concluiu assim que nos casos de algum dos efeitos respeitantes às diversas alíneas do artigo 1682.º-B do Código Civil não se produzir de imediato, podia o cônjuge que não dera o seu consentimento pedir a anulação do ato celebrado pelo outro cônjuge enquanto tal efeito não se produzisse, e ainda que já tivesse decorrido mais de três anos desde a sua celebração.

4.2.2. No caso concreto, constava do contrato de transação concluído entre A e B, homologado por Sentença de 4.03.2014, que A reconhecia que B era titular de um direito ao arrendamento, que vinculando as partes, passava a ter a duração de mais 7 anos, com *términus* em 28.02.2021, abrangendo tal prazo quer o arrendamento relativo à casa de habitação, quer à arrecadação, passando assim de um contrato de arrendamento sem prazo, para um com prazo de sete anos.

Tal transação revogava o contrato de arrendamento concluído em outubro de 1979, sem prazo, substituindo-o por um contrato com prazo, pelo que dependia do consentimento de C, e desse modo, passível de anulação, conforme o artigo 1687.º do Código Civil.

Constatando-se que só se verificava uma alteração relevante com efeitos para C após A denunciar o contrato de arrendamento, opondo-se à sua renovação, ficara obstaculizado o cumprimento do

contrato de transação, pelo que embora decorrido um prazo muito superior a três anos sobre a data em que A e B o tinham concluído, o direito de anulação de C não se mostrava caducado.

4.3. Em nota, não foram reportadas indicações jurisprudenciais.

5. ***Regulação de responsabilidades parentais. Direito de audição do menor. Residência alternada - Processo n.º 21794/21.4T8LSB.L1.S1, Acórdão de 18.06.2024***

5.1. A instaurou ação de regulação das responsabilidades parentais contra B, referente às filhas de ambos, C e D, nascidas, respetivamente, em 2008 e 2010. Após a conferência de pais foi estabelecido um regime provisório, segundo o qual as meninas ficavam à guarda e cuidados de cada um dos pais de modo alternado, semanalmente, e uma vez que ambos os progenitores residiam na mesma casa, aquele a que não cabia a guarda das crianças deveria nessa semana providenciar por não estar presente, ou participar nas refeições, bem como nos restantes aspetos da gestão da casa.

Após audiência final foi proferida Sentença na qual se decidiu fixar a residência das menores na cidade onde viviam os progenitores, morando alternadamente com o pai, A, e com a mãe, B, que, entretanto, arranjara casa própria, perto da casa do pai, por períodos de sete dias com cada um, e troca ao domingo.

B apelou da Sentença, tendo a Relação de Lisboa confirmado a decisão recorrida.

5.2. B recorreu para o Supremo, relativamente à menor C, pretendendo que fosse fixado o regime residencial da filha junto de si, com visitas ao A, sendo proferido Acórdão, revista excecional, que confirmou o decidido.

5.2.1. No que concerne à fundamentação legal, quanto à admissibilidade do recurso, o Supremo considerou que os autos se regiam pelas regras próprias da jurisdição voluntária, com decisões proferidas segundo critérios de conveniência ou oportunidade, no entanto, presidindo à jurisdição voluntária uma discricionariedade vinculada, traduzida no dever de o juiz respeitar os limites e padrões que o legislador tiver estabelecido nessa área, sendo questionada a interpretação pelo tribunal *a quo* dos critérios de determinação da residência habitual da criança, o princípio igualdade dos progenitores bem como o preenchimento do critério normativo do superior interesse da criança e, nesse aspeto, a relevância da opinião da criança, como foi referenciado no Acórdão da Formação, não lhe estava vedado conhecer do objeto do recurso interposto.

5.2.2. Em conformidade, entendeu que no caso de divórcio dos pais o padrão-regra vigente, por acordo ou por imposição judicial, era o de os progenitores exercerem em conjunto as responsabilidades parentais, visando a proximidade entre a criança e ambos os pais, admitindo o legislador, mesmo na falta de acordo, a fixação de um regime de residência alternada, se tal correspondesse ao superior interesse da criança, como o regime que mais se aproximava da situação anterior à separação dos pais, num plano de igualdade que melhor satisfazia os interesses e as aspirações de pais e filhos.

Referiu uma atitude mais cautelosa de alguma jurisprudência que afastava a residência alternada, nomeadamente, quando existia um clima de conflitualidade entre os progenitores, mas também se encontrava uma perspetiva diversa no sentido que a residência alternada teria a virtualidade de pacificar a situação de conflitualidade existente entre os progenitores que alegadamente decorreria da

guarda exclusiva atribuída a um deles, atenuando esse antagonismo, ou pelo menos não o agravando.

O Supremo concluiu que se do lado de ambos os pais houvesse igual disponibilidade e capacidade, e não existissem condições da vida, caso do afastamento geográfico, que a tal obstasse, não haveria razões para que a criança não partilhasse a sua vida, com ambos os pais, de forma igualitária, sendo aconselhável e desejável que assim sucedesse.

5.2.3. Quanto à audição das crianças envolvidas, pronunciou-se o Supremo no sentido que tal audição constituía, de acordo com a respetiva idade, peça fundamental no apuramento do regime a fixar, e assim devendo apontar-se a audição e participação da criança como princípios orientadores dos processos tutelares cíveis.

Desse modo, a criança devia ser ouvida na fixação do regime de exercício das responsabilidades parentais, levando em consideração a sua vontade tendo em conta a idade, mas também a maturidade, principalmente quando a mesma já se encontrava na fase da adolescência, o que não significava que a sua opinião ou até vontade fossem vinculativas para o Tribunal, pois se deviam ser conhecidas as razões e até os desejos da menor, como frisou o Supremo, era ao julgador que incumbia ajuizar o que melhor podia satisfazer o interesse superior da criança ou jovem.

5.2.4. Com efeito, salientou o Supremo, que o padrão cimeiro a ter em consideração era o superior interesse da criança, conceito indeterminado, carecido de preenchimento de acordo com as particularidades do caso em concreto, de modo que o regime de regulação das responsabilidades parentais fosse o que melhor proporcionasse à criança, a segurança, o desenvolvimento, a autoconfiança, a responsabilidade, o equilíbrio, e a inserção na comunidade em termos restritos, mas também alargados.

5.2.5. No caso concreto, o obstáculo à manutenção do regime de residência alternada prendia-se com a oposição manifestada pela jovem C.

Na apreciação feita, o Supremo considerou que as instâncias não tinham desvalorizado a voz da jovem, antes a ponderando com as demais circunstâncias atendíveis para a fixação do regime residencial, considerando-o como o mais favorável ao seu interesse e ao da sua irmã, e desse modo verificadas as condições objetivas para a fixação de residência alternada, face às boas competências parentais de ambos os pais, e a proximidade das respetivas moradas.

Mais se aduziu, quanto à rejeição de residência alternada verbalizada pela menor C, que no seu estádio de desenvolvimento, plena adolescência, a jovem atravessava dificuldades, conflitos interiores e transformações próprias dessa importante fase do crescimento, não resultando que os obstáculos que levantara decorressem ou tivessem por base uma atitude menos adequada do pai, mostrando-se este responsável e dedicado, procurando fazer tudo para responder às necessidades e apelos das filhas.

Assim, centrada a questão em saber se atendendo às circunstâncias concretas, isto é, cedendo à vontade de C, era salvaguardado o seu superior interesse ou este seria melhor defendido mantendo o regime de residência alternada, concluiu-se que a personalidade da jovem revelada e a forma como a adolescência estava a marcar o seu comportamento, mostravam a necessidade tanto do pai como da mãe nos termos relacionais que ambos proporcionavam para o preciso equilíbrio emocional da menor, e, em conformidade o seu superior interesse, aconselhava a aplicação do regime do exercício conjunto e da residência alternada.

5.3. Em nota, no que concerne ao conhecimento do objeto do recurso, o Supremo seguiu um dos entendimentos existente sobre a admis-

sibilidade da revista no âmbito dos processos de jurisdição voluntária.

Quanto às questões da residência alternada, bem como da audição da menor e da respetiva valoração, foram apontadas as várias posições jurisprudenciais, com ampla referência a Arestos que as contemplaram.

II - Nótula processual:

1. ***Admissibilidade do recurso de revista:***

1.1. No processo n.º 1477/21.6T8V-CD.P1.S1 foi proferido o Acórdão de 25.01.2024, considerando que a decisão proferida em sede de ação de alteração de regulação do exercício de responsabilidades parentais, que determinou que a menor ficava a residir com a mãe e não em residência alternada, num juízo de conveniência e na ponderação do superior interesse da criança, não admite recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça.

1.2. Também no processo n.º 1790/22.5T8TMR-A.E1.S1 foi proferido o Acórdão, em conferência, de 18.04.2024, que não conheceu do objeto do recurso de revista com vista a saber se era do superior interesse do menor manter o regime provisório anteriormente fixado, ou antes a sua alteração, estabelecendo-se a residência alternada, entendendo que neste tipo de processos de jurisdição voluntária existia uma grande margem de atuação, sem vinculação ou amarra a normas estritas, com emissão de juízo subjetivo, mas não arbitrário, visando o que no concreto era melhor para o menor.

2. ***Competência internacional dos Tribunais portugueses***

2.1. No processo n.º 3322/22.6T8LRA-A.C1-A.S1 foi proferido o Acórdão, de 29.02.2024, que julgou o Tribunal internacionalmente competente para a regulação e cumprimento de responsabilidades parentais com elementos transnacionais ou plurilocalizados em dois Estados soberanos, no caso Portugal e Emirados Árabes Unidos.

Aplicou-se o Regulamento 2019/1111, (EU) de 25.6.2019, do Parlamento Europeu, tendo como elemento de conexão o critério da residência habitual da criança, interpretado no sentido de que essa residência correspondia ao local onde o menor tinha organizada a vida familiar, social e escolar, com carácter de estabilidade e duração, demonstrativas da integração na sociedade local, aferidas face às circunstâncias do caso e assim em função do superior interesse da criança, na situação concreta, em Portugal, onde tinha as suas referências familiares preponderantes, próximas e estáveis, e inserção social e cultural com durabilidade.

2.2. No processo n.º 9751/19.5T8LSB.L1.S1 foi proferido o Acórdão, de 04.06.2024, que julgou o Tribunal internacionalmente incompetente para a regulação das responsabilidades parentais de um menor que não residia habitualmente em Portugal à data da propositura da ação (9.05.2019), sendo a sua estadia aqui temporária, transitória ou ocasional, mas sim no Reino Unido, onde nasceu, viveu e residiu junto da progenitora.

Aplicavam-se aos autos as disposições do Regulamento (UE) n.º 2201/2003, relativas à competência e, no tocante ao reconhecimento e execução de decisões, as disposições do mesmo Regulamento, desde que tivessem sido proferidas antes do termo do período de transição relativo à saída do Reino Unido da União Europeia.

3. ***Eficácia extraprocessual.***

Processo n.º 2323/22.9T8PRT.P1.S1, Acórdão proferido em 09.05.2024, em ação especial de acompanhamento de maior proposta quando ainda corriam termos autos de regulação de responsabilidades parentais relativa ao então menor, e cuja instância recursiva foi julgada extinta por inutilidade superveniente da lide, entendeu-se ser válida a atribuição de eficácia extraprocessual à Sentença proferida no processo de regulação de responsabilidades parentais quanto à definição do regime de contactos entre o ora beneficiário e o seu pai.

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 (1.º semestre de 2024) *-**

JANEIRO

Acórdão de 11-01-2024

Revista n.º 1843/21.7T8CHV.G1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Ana Paula Lobo

Link: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a724c567b1cdbd0580258aa300592a96?OpenDocument

Palavras-chave: Impugnação de paternidade; Presunção de paternidade; Prazo de caducidade; Descendente; Progenitor; Termo; Direito de ação; Direito à identidade pessoal

Sumário:

Numa ação de impugnação da paternidade instaurada pelos descendentes do presumido pai é irrelevante, para o efeito de alargar o prazo de caducidade estabelecido no art. 1844.º, n.º 2, do CC, o momento do conhecimento das circunstâncias de que pudesse concluir-se a não paternidade, por parte do presumido pai, por parte do cônjuge, e, ou, descendentes ou ascendentes do presumido pai.

Acórdão de 23-01-2024

Revista n.º 2649/14.5TBALM-A.L1.S1 – 1.ª Secção

Relator: Jorge Leal

Link: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b50d4a0569dbff8b80258ab4005f3770?OpenDocument

Palavras-chave: Obrigação de alimentos; Ex-cônjuge; Fundamentos; Dever de solidariedade; Ónus de alegação

Sumário:

I A obrigação de alimentos entre ex-cônjuges visa suprir as dificuldades de subsistência com que se depare um dos ex-cônjuges na sequência da cessação da relação matrimonial, que deverão ser por ele solucionadas de molde a desonerar o outro ex-cônjuge de uma obrigação que dificilmente se compagina com a extinção da relação matrimonial decorrente do divórcio – mas tudo dependendo, como é óbvio, das possibilidades concretas de cada um.

II Recairá sobre quem invoca a alteração das circunstâncias determinantes da fixação dos alimentos o ónus de alegação e prova dessa alteração, ou seja, tal ónus incidirá sobre o autor da ação que tem em vista o reconhecimento dessa alteração.

* A seleção dos acórdãos não tem exclusivamente por base matérias reguladas pelo Livro IV do Código Civil, englobando também matérias com interesse *conexo* como seja a união de facto ou o regime do acompanhamento de maiores.

** Seleção realizada pelos Juízes Assessores Rui Machado, Ana Luísa Dias, Joana Savador, Carolina Girão e Sofia Rodrigues.

III Tendo o autor, aquando do seu divórcio com a ré, acordado em lhe pagar uma prestação de alimentos, improcede a pretensão de cessação dessa obrigação quando apenas se demonstre que a ré é titular de património na sequência de partilha do património comum já existente aquando da fixação da pensão de alimentos, entre o qual avulta, como bem mais valioso, o imóvel que era a casa de morada de família e que constitui a residência da ré quando esta não está em casa do filho do ex-casal, provando-se igualmente que as partes se divorciaram após mais de 50 anos de matrimónio e que a ré tem 84 anos de idade, não auferindo qualquer pensão, subsídio ou rendimento para além da pensão acordada com o autor.

Acórdão de 25-01-2024

Revista n.º 646/21.3T8VCD.P1.S1 – 2.ª Secção

Relator: Afonso Henrique

Link: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c047627be77df8b080258aaf0060530f?OpenDocument

Palavras-chave: Perfilhação; Falsidade; Tempestividade; Impugnação de paternidade; Caducidade da ação; Assento; Paternidade biológica

Sumário:

I O assento de nascimento do réu, no que se reporta à sua paternidade, configura uma perfilhação daquele pelo autor.

II Estando em causa a falsidade da mesma perfilhação, a sua impugnação pode ser feita a todo o tempo.

Acórdão de 25-01-2024

Revista n.º 1477/21.GT8VCD.P1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Nuno Pinto Oliveira

Link: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f9a56d0cd16e4ee680258aaf0061f8f7?OpenDocument

Palavras-chave: Admissibilidade de recurso; Recurso de revista; Processo de jurisdição voluntária; Critérios de conveniência e oportunidade; Regulação do exercício das responsabilidades parentais; Residências alternadas; Direito de visita; Filho menor; Progenitor; Rejeição de recurso

Sumário:

I O art. 988.º, n.º 2, do CPC determina que não é admissível recurso de revista para o STJ das decisões proferidas no âmbito de processos de jurisdição voluntária segundo critérios de conveniência ou de oportunidade.

II Entre os casos típicos de decisões proferidas de acordo com critérios de conveniência ou de oportunidade estão aquelas em que sejam ou em que devam ser ponderadas as circunstâncias concretas da vida de um menor ou da vida dos seus progenitores para que seja tomada uma decisão sobre o regime de residência alternada ou sobre o regime de visitas dos pais.

FEVEREIRO

Acórdão de 06-02-2024

Revista n.º 2211/21.6T8PDL.L1.S1- 1.ª Secção

Relator: Pedro de Lima Gonçalves

Link: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a987e8fafda2010480258abb0058b0fb?OpenDocument

Palavras-chave: Inventário; Partilha dos bens do casal; Reclamação; Relação de bens; Poderes da Relação; Substituição; Tempestividade; Conhecimento do mérito; Indemnização; Bens comuns do casal; Bens próprios

Sumário:

I O tribunal da Relação pode, por força dos poderes de substituição que lhe advém e se lhe impõe nos termos do n.º 2 do art. 665.º do CPC e após considerar a tempestividade da reclamação de bens do cabeça-de-casal, na qual veio acusar a falta de bens e reclamar créditos, sem ter apresentado relação de bens, quando notificado para tal, conhecer do mérito desta reclamação no sentido da sua improcedência.

II As indemnizações devidas por fatos verificados contra a pessoa de cada um dos cônjuges ou contra os seus bens próprios são bens incomunicáveis.

Acórdão de 08-02-2024

Revista n.º 8894/22.2T8VNG.P1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Nuno Pinto de Oliveira

Link: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/571410c2b826bd8480258abd005fa960?OpenDocument

Palavras-chave: Competência material; Tribunal de Família e Menores; União de facto; Reconhecimento; Aquisição da nacionalidade; Juízo cível

Sumário:

Os juízos de família e menores não são competentes para julgar as ações de reconhecimento judicial da situação de união de facto, com vista à obtenção da nacionalidade portuguesa.

Acórdão de 27-02-2024

Revista n.º 17087/16.7T8LSB.L2.S2 – 1.ª Secção

Relator: Manuel Aguiar Pereira

Link: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/74ebd32f057b1adb80258ad6005d56bc?OpenDocument

Palavras-chave: Recurso de revista; Matéria de facto; Poderes do Supremo Tribunal de Justiça; Direito probatório material; Regime de comunhão de adquiridos; Bem imóvel; Bens próprios; Bens comuns do casal; Sub-rogação; Indicação de proveniência; Partilha dos bens do casal

Sumário:

I O eventual erro de julgamento do tribunal da Relação na fixação dos fatos materiais da causa só é suscetível de ser objeto de recurso de revista se se verificar alguma das hipóteses previstas no art. 674.º, n.º 3, do CPC;

II Não ocorre fundamento de revista se, não exigindo a lei uma certa espécie de prova para a demonstração de doação de quantias em dinheiro de pais a filhos, a convicção do tribunal sobre essa realidade se fundar, conjugadamente, em prova testemunhal e documental e na ad-

missão da parte contrária sobre a utilização da totalidade da quantia entregue, analisada à luz das regras de experiência comum que tornam inverosímil a conclusão de que apenas foi doada uma parte da totalidade da verba utilizada;

III No regime supletivo da comunhão de adquiridos, os bens imóveis adquiridos na constância do matrimónio, em parte com dinheiro ou bens comuns e em parte com dinheiro ou bens próprios de um dos cônjuges, são bens comuns ou bens próprios, conforme a natureza que tiverem os bens utilizados para realizar a prestação mais valiosa.

Acórdão de 29-02-2024

Revista n.º 2985/22.7YRLSB.S1 – 2.ª Secção

Relator: Fernando Baptista

Link: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e6d02224004b7df980258ad2005f2f26?OpenDocument

Palavras-chave: Revisão de sentença estrangeira; Divórcio; Ordem pública internacional; Princípios de ordem pública portuguesa; Princípio do contraditório; Igualdade das partes; Abuso do direito; *Venire contra factum proprium*.

Sumário:

I A lei presume a verificação dos requisitos previstos nas als. b) a e) do referido art. 980.º do CPC (correspondente ao anterior art. 1096.º do anterior Código), dispensando o requerente de fazer a respetiva prova, cabendo ao requerido o ónus da prova de que tais requisitos não se verificam, a menos que o tribunal, pelo exame do processo ou por conhecimento derivado do exercício das suas funções, apure que falta algum dos requisitos exigidos nessas alíneas, caso em que, nos termos previstos no art. 984.º, deve negar oficiosamente a confirmação.

II Sendo certo que o repúdio da mulher portuguesa pelo marido muçulmano (o instituto do talak) é susceptível de violar a ordem pública internacional portuguesa (porque coloca o cônjuge mulher numa situação de inferioridade, não lhe concedendo um direito que é concedido ao cônjuge marido, dessa forma ofendendo, em abstrato, o preceito constitucional que consagra o princípio da igualdade dos cônjuges), casos há em que essa desigualdade não será suficiente para desencadear a atuação da ordem pública internacional.

IIII Uma dessas situações é o caso de a cônjuge mulher pedir o reconhecimento da decisão estrangeira de repúdio unilateral, pois está, dessa forma, a manifestar a sua vontade de que a dissolução do casamento seja também reconhecida em Portugal.

IV Age em abuso do direito, na modalidade do *venire contra factum proprium*, o requerido ao afirmar que estava no seu direito ao ter intentado a ação de divórcio nos tribunais competentes, tendo de seguida requerido o talak, pretendendo com isso salvaguardar "as suas convicções religiosas", e, simultaneamente, deduzindo oposição ao reconhecimento dessa mesma decisão talak.

Acórdão de 29-02-2024

Revista n.º 3322/22.6T8LRA-A.C1-A.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Isabel Salgado

Link:https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f7944218eb9f6dbc80258ad2005fb336?OpenDocument

Palavras-chave: Regulação das responsabilidades parentais; Interesse superior da criança; Competência internacional; Regulamento (CE) 2201/2003; Residência habitual; Critérios de conveniência e oportunidade; Processo de jurisdição voluntária; Legalidade

Sumário:

I A natureza do processo especial tutelar cível de Regulação das Responsabilidades Parentais autoriza que o tribunal divirja dos critérios de legalidade estrita, dispondo da necessária flexibilidade na sua condução e investigação dos fatos, na salvaguarda da solução concreta mais adequada ao superior interesse do menor, e não ao interesse dos pais, que apenas terá de ser considerado na justa medida em que se mostre conforme àquele outro.

II Daí que, sem embargo do objeto decisório do acórdão se centrar na apreciação da exceção da incompetência internacional, legitimam e aconselham a indicação das providências subsequentes a executar pela primeira instância, associadas ao cumprimento efetivo da decisão.

III O art. 62.º do CPC estabelece quais os fatores a atender para a competência internacional dos tribunais judiciais, salvaguardado o estabelecido nos regulamentos europeus e demais instrumentos internacionais que vinculem o Estado Português – art. 59.º do CPC.

IV Em particular, importa o disposto no art. 7.º do Regulamento Bruxelas II ter- norma de competência geral, em matéria de responsabilidade parental, que atribui, em primeiro lugar, a jurisdição ao tribunal da residência habitual da criança, e não contém indicador que confine a sua aplicação às relações jurídicas que atravessem Estados Membros, justificando-se, por conseguinte, a sua aplicação no caso dos autos, que envolve um país externo à União.

V O conceito autónomo de "residência habitual ou permanente" que envolve elementos objetivos e subjetivos, deve ser interpretado no sentido de que essa residência corresponda ao local onde o menor tem organizada a vida familiar, social e escolar, com caráter de estabilidade e duração, demonstrativas da integração na sociedade local, e também a intenção dos titulares das responsabilidades parentais de se fixarem com a criança em certo Estado, com caráter de permanência.

MARÇO

Acórdão de 12-03-2024

Revista n.º 3563/22.6T8STS.P1.S1 – 1.ª Secção

Relator: Jorge Leal

Link:https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/dcbc646fc24e154a80258adf002fe6be?OpenDocument

Palavras-chave: Regulação do exercício das responsabilidades parentais; Filho menor; Ascendente; Medidas tutelares; Processo tutelar; Incumprimento; Poderes da Relação; Princípio do contraditório; Ampliação da matéria de facto; Competência em razão de hierarquia

Sumário:

I O art. 1887.º-A do CC, introduzido pela Lei n.º 84/95, de 31-08, reconhece a relevância jurídica do convívio das crianças com os irmãos e ascendentes.

II Na prossecução desse interesse, os avós poderão intentar a correspondente ação tutelar comum, ao abrigo do art. 67.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC).

III Fixado um regime de convívio entre o requerente e a sua neta, o meio processual adequado para apreciar o seu eventual incumprimento é o incidente de incumprimento regulado no art. 41.º do RGPTC.

IV A Relação não pode substituir-se à 1.ª instância na apreciação do incumprimento indevidamente alegado na ação tutelar cível já julgada e finda, não podendo proceder à fixação da matéria de facto sem o prévio cumprimento do contraditório e com ultrapassagem de uma instância.

Acórdão de 12-03-2024

Revista n.º 3569/19.2T8CSC.L1.S1 – 1.ª Secção

Relator: Pedro de Lima Gonçalves

Link: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ba78911a74b89ddb80258adf002cebb2?OpenDocument

Palavras-chave: Contrato de arrendamento; Arrendamento urbano; Transmissão da posição contratual; Arrendatário; Cônjuge; Comunicabilidade; Caducidade; Regime de bens

Sumário:

I A comunicabilidade do arrendamento ao cônjuge que não teve intervenção no contrato de arrendamento constitui aspeto introduzido no regime do arrendamento pelo art. 1068.º do CC, na redação introduzida pela Lei n.º 6/2006 (NRAU).

II À data do óbito do arrendatário, o arrendamento não era comunicável ao seu cônjuge, como expressamente consagrado no art. 83.º do RAU que dispunha "seja qual for o regime, a posição do arrendatário não se comunica ao cônjuge e caduca por morte, sem prejuízo do disposto nos dois artigos seguintes."

III Mesmo considerando-se imediatamente aplicável ao contrato o disposto no art. 1068.º do CC, por via do art. 59.º do NRAU e do art. 12.º do CC, sempre seria necessário que, no momento da entrada em vigor daquela norma, existisse um casamento atual do arrendatário, isto é, o cônjuge apenas poderia beneficiar da comunicabilidade do arrendamento caso se mantivesse a relação jurídica do casamento, o que não sucedeu, uma vez que o arrendatário que celebrou o contrato de arrendamento havia falecido em 1993.

ABRIL

Acórdão de 04-04-2024

Revista n.º 862/22.0T8PTM-A.E1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Ferreira Lopes

Link:https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/782d4186777ff88180258af500565b67?OpenDocument

Palavras-chave: Competência interna; Competência material; Juízo cível; Tribunal cível; Tribunal do Trabalho; Ex-cônjuge; Contrato-promessa; Contrato de trabalho; Partilha dos bens do

casal; Divórcio; Sociedade comercial; Sócio-gerente; Causa de pedir; Pedido; Nulidade de acórdão; Excesso de pronúncia.

Sumário:

I A competência em razão da matéria afere-se pela natureza da relação jurídica tal como ela é apresentada pelo autor na petição inicial.

II É o tribunal cível e não o tribunal de trabalho o competente em razão da matéria para conhecer de uma ação proposta por um ex-cônjuge contra o outro, em que se alega o incumprimento pelo réu de um contrato promessa de partilha subsequente a divórcio no qual o réu se obrigou a assegurar a celebração de um contrato de trabalho entre a autora e uma sociedade comercial de que é sócio-gerente.

Acórdão de 18-04-2024

Revista n.º 1790/22.5T8TMR-A.E1.S1 – 2.ª Secção

Relator: Fernando Baptista

Link: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/23ceef88d6bf33ad80258b040059afc8?OpenDocument

Palavras-chave: Regulação do exercício das responsabilidades parentais; Processo de jurisdição voluntária; Admissibilidade de recurso; Recurso de revista; Critérios de conveniência e oportunidade; Processo tutelar; Interesse superior da criança; Regime provisório; Residências alternadas; Matéria de facto; Oposição de acórdãos; Pressupostos; Irrecorribilidade; Reclamação para a conferência.

Sumário:

I O processo tutelar comum é um processo de jurisdição voluntária, nele se impondo como limite recursório o tribunal da Relação, sem prejuízo de admissibilidade do recurso para o STJ, desde que estejam verificados os pressupostos gerais de recorribilidade da decisão do tribunal da Relação e estejam em causa questões de legalidade estrita.

II Como casos típicos de decisões tomadas de acordo com critérios de conveniência ou de oportunidade são apontadas aquelas em que sejam ou devam ser ponderadas as circunstâncias concretas da vida de um menor ou da vida dos seus progenitores para que seja tomada uma decisão relativamente à guarda, ao regime de visitas e à pensão de alimentos, pois que nesse aspecto não há regras de determinação legal vinculativa moldando-se a decisão a proferir sobre princípios de ampla disponibilidade.

III Nessa senda, estando em causa apenas aferir se é do superior interesse do menor manter-se o regime provisório anteriormente fixado ou se a alteração a tal regime provisório, efetivada com a fixação de residência alternada, salvaguarda os superiores interesses da criança, a revista não é admissível, pouco importando trazer à colação normas constitucionais, artigos da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança, ou outras, por não se estar a aferir da sua eventual violação.

Acórdão de 23-04-2024

Revista n.º 400/19.2T8CSC.L2.S1 – 1.ª Secção

Relator: Manuel Aguiar Pereira

Link: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f2780fc7b88024c580258b09003e8c8a?OpenDocument

Palavras-chave: Obrigação de alimentos; Direito a alimentos; Ex-cônjuge; Ação cível; Propositura da ação; Retroatividade; Princípio da atualidade; Decisão final; Interpretação da lei; Interpretação literal

Sumário:

I A obrigação de prestação de alimentos, cujos requisitos sejam reconhecidos na respetiva ação, abrange os alimentos vencidos desde a proposição da ação.

II Não cabe nem na letra nem do pensamento do legislador, ao estabelecer, na primeira parte do art. 2006.º do CC, o princípio da retroatividade da obrigação de alimentos à data da proposição da ação, uma interpretação corretiva que, modificando a definição do momento a partir do qual são devidos alimentos, protele o início da obrigação de alimentos para a data da decisão final.

MAIO

Acórdão de 09-05-2024

Revista n.º 2323/22.9T8PRT.P1.S1 – 2.ª Secção

Relator: Fernando Baptista

Link:https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c7f09c79703dcb8c80258b190030720c?OpenDocument

Palavras-chave: Processo de acompanhamento de maiores; Regulação do exercício das responsabilidades parentais; Sentença; Caso julgado material; Direito de visita; Inutilidade superveniente do recurso; Maioridade; Progenitor; Beneficiário; Princípio do acesso ao direito e aos tribunais; Tutela jurisdicional efetiva; Processo equitativo; Constitucionalidade; Nulidade de acórdão; Ambiguidade

Sumário:

I Interposto recurso de uma sentença e tendo sido julgada extinta a instância do recurso por inutilidade superveniente da lide recursória (no caso, por, tratando-se de processo de regulação das responsabilidades parentais, o menor ter atingido a maioridade ainda antes da prolação do despacho de admissibilidade do recurso interposto), o facto superveniente e que levou à extinção da instância não se deve repercutir na integralidade da lide.

II A decisão (de recurso) de extinção da instância por inutilidade não forma caso julgado material, mas apenas formal, por não ter conhecido do mérito da causa (*ut* art. 620.º, n.º 1, do CPC). Esta decisão, por implicar o não conhecimento do objeto do recurso (*ut* art. 655.º do CPC), apenas determinou o esgotamento do direito ao recurso, não mexendo com o efeito de caso julgado material que se atribui à sentença que analisou o mérito da causa.

III Assim, podem atribuir-se efeitos definitivos (tem força de caso julgado material, associada à ideia de "imodificabilidade" e de "indiscutibilidade" na definição do mérito da causa) àquela sentença, com eficácia extraprocessual, em posterior ação especial de acompanhamento

de maior em que também se discute o regime de contatos entre o beneficiário maior de idade e o seu pai.

IV A atribuição de eficácia extraprocessual, na ação especial de acompanhamento de maior, daquela sentença proferida no processo de regulação do exercício das responsabilidades não viola o princípio de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva ou do direito ao processo equitativo (*ut* n.os 1 e 4 do art. 20.º da CRP), desde que não tenha havido tratamento processual discriminatório ou arbitrário nos aludidos processos e os critérios legais (definidos de modo objetivo) para a atribuição dos pressupostos e condições de aquisição da força de caso julgado tenham sido observados pelo tribunal.

Acórdão de 28-05-2024

Revista n.º 928/20.1T8PTM.E1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Ferreira Lopes

Link: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/76415ed1d83527cb80258b2b00581d5c?OpenDocument

Palavras-chave: União de facto; Cessação; Enriquecimento sem causa; Pressupostos; Morte; Vantagem patrimonial; Bem imóvel; Compensação; Impugnação da matéria de facto; Reapreciação da prova; Poderes da Relação; Exame crítico das provas; Livre apreciação da prova; Poderes do Supremo Tribunal de Justiça

Sumário:

Provando-se que a autora, que viveu em união de facto com o falecido durante 17 anos, período durante o qual contribuiu com o seu trabalho para a aquisição de património imobiliário registado apenas em nome do companheiro, cujo falecimento ditou a cessação da vida em comum, tem direito a ser ressarcida a título de enriquecimento sem causa na medida do seu contributo para o incremento patrimonial do réu.

Acórdão de 28-05-2024

Revista n.º 2886/21.6T8CSC-A.L1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Nuno Pinto Oliveira

Link: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/81b7de65af844de680258b2b0057c649?OpenDocument

Palavras-chave: Anulabilidade; Prazo de arguição; Contrato de arrendamento; Casa de morada de família; Consentimento; Cônjuge; Caducidade; Negócio jurídico; Transação; Interpretação da lei; Interpretação extensiva; Princípio do contraditório; Abuso do direito

Sumário:

O art. 287.º, n.º 2, do CC deve aplicar-se ao caso de anulabilidade do negócio jurídico previsto nos arts. 1682.º-B e 1687.º do CC.

JUNHO

Acórdão de 04-06-2024

Revista n.º 9751/19.5T8LSB.L1.S1 – 1.ª Secção

Relator: Henrique Antunes

Link: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9cf224ac9d3c8db280258b320056a684?OpenDocument

Palavras-chave: Competência internacional; Competência interna; Regulação do exercício das responsabilidades parentais; Residencial habitual;

Regulamento (CE) 2201/2003; Domicílio; Interesse superior da criança; Exceção dilatória

Sumário:

I A incompetência absoluta resolve-se numa exceção dilatória nominada de conhecimento oficioso; trata-se, todavia, de uma exceção dilatória imprópria, dado que se limita a impugnar um pressuposto processual positivo – a competência do tribunal – que o autor considera preenchido, razão pela qual não é o réu que tem de demonstrar que o pressuposto não está preenchido, mas antes o autor que tem que provar que o pressuposto se mostra satisfeito.

II As regras de competência internacional não são, em si mesmas, regras de competência, mas antes normas de receção, dado que não se destinam a aferir qual o tribunal competente para conhecer do objeto da causa, antes têm por finalidade a definição da jurisdição na qual se determinará, por recurso a verdadeiras normas de competência, qual o tribunal competente para apreciar o litígio.

III O regime interno da competência internacional dos tribunais portugueses só é aplicável quando não deva ceder perante instrumentos internacionais e atos de direito europeu, designadamente perante o disposto no Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho de 27-11-2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000.

IV As regras de competência para a ação relativa à responsabilidade parental contidas no Regulamento orientam-se pelos princípios do respeito do superior interesse da criança e da proximidade, que são assegurados pela atribuição da competência ao tribunal da residência habitual da criança.

V De harmonia com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a residência habitual da criança – enquanto conceito autonomamente construído – é aquela em que se situa o centro de interesses da vida criança, é a residência que torne patente uma determinada integração num ambiente social e familiar.

VI Dado que o conceito de residência habitual é constituído por dois elementos – a vontade de fixação do centro dos seus interesses num lugar determinado e uma presença que revista um grau de suficiente estabilidade no território do Estado-Membro em causa – uma criança só reside habitualmente nesse Estado-Membro se nele tiver, de modo estável e com intenção de permanência, o centro, familiar e social, da sua vida.

VII O critério de conexão ou a regra de competência assente na simples presença da criança no território do Estado do foro só é aplicável – diretamente e não por analogia – se a sua residência habitual não puder ser determinada, pelo que aquele elemento de conexão só intervém na ausência dos elementos de conexão primário ou principal – a residência habitual da criança – ou se esses elementos forem, por inteiro, incertos, e faltar, deste modo, o conteúdo concreto deste último elemento de conexão.

VIII Se uma criança, nascida no dia 00-06-2013, no Reino Unido – país em que sempre viveu, com a mãe, desde o nascimento e no qual tinha o centro da sua vida, até data anterior a 09-05-2019 mas posterior a Janeiro do mesmo ano – aí regressou, com a mãe, em data posterior a 24-09-2019 e anterior a 01-01-2020, deve concluir-se que,

apesar de se ter deslocado, com a mãe, para Portugal por questões relacionadas com a vulnerabilidade do estado de saúde da avó materna e com o propósito de refazer a sua vida no nosso país, no momento da propositura da providência de regulação da responsabilidade parental – 09-05-2019 – residia habitualmente no país do nascimento.

Acórdão de 18-06-2024

Revista n.º 21794/21.4T8LSB.L1.S1 – 1.ª Secção

Relator: Jorge Leal

Link:https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c0af483430223f6280258b410028f992?OpenDocument

Palavras-chave: Regulação do exercício das responsabilidades parentais; Residências alternadas; Direito de audição; Filho menor; Interesse superior da criança; Poderes do Supremo Tribunal de Justiça; Processo de jurisdição voluntária; Critérios de conveniência e oportunidade; Princípio da igualdade; Progenitor

Sumário:

I Na fixação do regime de exercício das responsabilidades parentais deve ouvir-se a criança, levando-se em consideração a sua vontade, em harmonia com a sua idade e maturidade.

II Assumindo essa vontade especial relevância quando a criança se encontra já na fase da adolescência.

III Porém, essa vontade não é vinculativa do tribunal.

IV Ao STJ cabe, em processos de jurisdição voluntária como o de regulação do exercício das responsabilidades parentais, fiscalizar o respeito, pelas instâncias, dos critérios normativos aplicáveis à matéria em questão, sem se imiscuir nas resoluções que essas instâncias, com respeito pelos referidos padrões normativos (*maxime*, o critério do superior interesse da criança), tenham proferido de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, isto é, de acordo com um juízo de adequação da solução encontrada às circunstâncias e particularidades do caso concreto.

Acórdão de 18-06-2024

Revista n.º 2636/22.0T8SNT.L1.S1 – 1.ª Secção

Relatora: Maria Clara Sottomayor

Link:https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/be0f4d3be5cacf3b80258b4100276f33?OpenDocument

Palavras-chave: Investigação de paternidade; Inversão do ónus da prova; Recusa de cooperação; Exame hematológico; Presunção legal; Constitucionalidade; Direito à integridade física; Reserva da vida privada; Direito à identidade pessoal; Estabelecimento da filiação; Filiação biológica; Princípio da proporcionalidade

Sumário:

I A recusa injustificada, por parte do réu, em ação de investigação de paternidade, em se submeter a exames científicos de paternidade, onera o mesmo réu com a prova que não é pai, conforme estabelecido no art. 344.º, n.º 2, do CC.

II A restrição mínima dos direitos do réu à integridade pessoal ou à reserva da vida familiar

implicada na citada orientação está mais do que justificada no princípio da não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento (art. 36.º, n.º 4, da CRP) e no direito destes à identidade pessoal (art. 26.º, n.º 1, da CRP) e ao estabelecimento da filiação (art. 36.º, n.º 1, da CRP).

III Não se verifica, pois, na interpretação normativa adotada no acórdão recorrido qualquer violação dos direitos do réu ou qualquer restrição de direitos fundamentais que possa considerar-se desproporcionada à luz do art. 18.º, n.º 2, da CRP, dado o peso e a intensidade valorativa dos direitos dos filhos, que nem sequer pediram para nascer.

Acórdão de 18-06-2024

Revista n.º 6212/17.0T8CBR-F.C1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Isabel Salgado

Link:https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f-0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/11c10564b0485b4b80258b40005f-c5a5?OpenDocument

Palavras-chave: Admissibilidade de recurso; Efeito suspensivo; Exequibilidade; Sentença; Decisão provisória; Regulação do exercício das responsabilidades parentais; Incumprimento

Sumário:

I Tendo o tribunal *a quo* atribuído o efeito suspensivo ao recurso – art. 32.º, n.º 4, do RGPTC, resulta que a decisão impugnada não é exequível desde então e até à prolação do acórdão da Relação.

II A decisão provisória esgota o seu propósito – definir no ínterim o regime de responsabilidades parentais, caducando logo que proferida a decisão definitiva sobre o mesmo objeto.

Acórdão de 18-06-2024

Revista n.º 1010/22.2T8PTM.E1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Ferreira Lopes

Link: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6a-d9dd8b980256b5f003fa814/f57022909c5e-4b8080258b40006210cb?OpenDocument

Palavras-chave: Adoção; Adoção plena; Aplicação da lei no tempo; Herdeiro

Sumário:

I Os efeitos da adoção são os que resultam da lei em vigor ao tempo em que foi decretada.

II Tendo a autora sido adotada restritivamente em 1984, a eliminação da adoção restrita pela Lei n.º 143/2015 de 08-09, que instituiu uma única modalidade de adoção, muito próxima da conhecida como adoção plena até 2015, não converte a autora em herdeira dos adotantes.

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 editorais.
2. A "*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família" é uma publicação de caráter 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.