

# Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



Centro de  
Direito da  
*Família*

Ano 22 - n.º 43 - 2025  
Publicação Semestral



# Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família





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

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

## Ficha Técnica

### Conselho Redatorial

**Guilherme de Oliveira** (Diretor Científico)

Professor Jubilado da FDUC

Centro de Direito da Família da FDUC

**Ana Rita Alfaiate** (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](mailto:cdf@fd.uc.pt)

[www.centrodedireitodafamilia.org](http://www.centrodedireitodafamilia.org)

### Sede da Redação

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Pátio das Escolas

3004-528 Coimbra

### Editor

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

### Sede do Editor

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Pátio das Escolas

3004-528 Coimbra

### *Lex Famíliae*

Revista Portuguesa de Direito da Família

Ano 22 — n.º 43 — Janeiro a Julho 2025

### 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

#### Adrian D. Ward

The development of law and practice from the past  
and into the future: an international perspective ..... 5

#### Teresa Letras

Regime do maior acompanhado:  
entre o preconceito e o imposto reconhecimento  
da dignidade humana – questões processuais..... 11

#### Maria Beatriz Seixas de Sousa

Autorização do beneficiário – a imperativa necessidade  
de aferir a legitimidade ativa..... 17

#### Telma Oliveira Batista

Gestação de substituição: quem é a minha mãe?  
A problemática do estabelecimento da filiação  
em caso de conflito entre a gestante e o casal..... 29

Págs.

#### Margarida Santos Ferreira

Audição da criança na regulação do exercício  
das responsabilidades parentais em caso de divórcio..... 55

#### Ana Rita Contente

A rutura definitiva do casamento enquanto causa do divórcio  
sem consentimento de um dos cônjuges em Portugal  
e o divórcio a pedido em Espanha..... 77

### Jurisprudência

#### O que diz o Supremo

Conselheira Ana Resende..... 95

Seleção de sumários de acórdãos proferidos pelas  
secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça  
relevantes para o direito da família (2.º semestre de 2024)..... 115

Estatuto Editorial ..... 129

Págs.



## Doutrina

# THE DEVELOPMENT OF LAW AND PRACTICE FROM THE PAST AND INTO THE FUTURE: AN INTERNATIONAL PERSPECTIVE

Adrian D.Ward

European Law Institute

It was a pleasure to be invited back to Coimbra, a favourite place; and it was an honour to be invited to speak again at such a prestigious university. I thank the organisers for that, and I congratulate them on the timing of the conference, five years after the reform of relevant law in Portugal. I say “relevant law”, or more simply “our area” of law and practice, because there is no settled international description. We have mental capacity law, adult incapacity law, and even still the outdated adult protection law.

My Scottish experience tells me that the pace of societal change requires significant law reform approximately every quarter century, but major reform requires to be reviewed and adjusted about five years after implementation. If those intervals are exceeded, the system becomes unhelpfully out of date.

In Scotland we had significant law reform in 1960, 1983 and 2000<sup>1</sup>. Our 2000 reforms were major, were reviewed five years later, and adjusted

by legislation in 2007<sup>2</sup>. Our next process of reform is underway.

Maybe this resonates here. At the time of our 2007 updating, I wrote that our Government and Parliament were to be commended for accepting that “such radically new legislation requires ‘after-care’, and is bound to need some improvement”<sup>3</sup>.

To portray processes of law reform as a single step from one type of provision to another is unrealistic.

The long-term development of our area of law, in response to massive societal changes, has moved forward in different ways and at different speeds in different jurisdictions, and in different areas of law within each jurisdiction. A sequence has emerged of societal change impacting legal practice, with little or no formal law reform, and often leading to formulation of international instruments; next come developments in legal practice, then legislation; and then, most important of all, implementation of new law and use of it by citizens.

One can also generalise that all legal systems have been trying to progress along the same broad road in the same direction, away from what I term “old law”, typified by a “black-and-white” approach

---

\* O texto resulta da participação do autor na Conferência “Supporting Capacity – A experiência do acompanhamento – uma perspectiva nacional e internacional”, realizada em Coimbra, a 9 e 10 de Maio de 2024. Por decisão do Conselho Redatorial, o texto não foi sujeito a blind peer review.

\*\* *This paper reproduces with minimum editing my contribution as spoken, with some footnotes added, and at the end with some additional information and comment provided during the conference, now expanded.*

<sup>1</sup> The Mental Health (Scotland) Act 1960; the Mental Health (Amendment) (Scotland) Act 1983 as consolidated into the Mental Health (Scotland) Act 1984; and the Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000.

<sup>2</sup> The Adult Support and Protection (Scotland) Act 2007.

<sup>3</sup> A.D. WARD, *Adults with Incapacity Legislation*, Greens Essential Legislation (W. Green), 2008 – see pages 2 and 3.

under which people were simplistically classed as sane or insane, fully capable and responsible or lacking all capability and responsibility, educable or ineducable, and so on. Procedures were equally simplistic. An assessment amounting to little more than a diagnosis resulted in a standardised outcome, regardless of individual abilities and disabilities, often complete loss of legal capacity, and frequently of indefinite duration. “New law” has been characterised by a flexible range of available measures, providing individualised provision in each case, based on assessment of circumstances and needs, subject to periodic review, and with substantial protections and safeguards of the individual’s rights.

During my early years, our area of law was not recognised as a topic in its own right. It existed as little bits of law here and there, most of them as part of what we call private law. When I first studied law, our main legal provision was based in legislation the purpose of which, in the words of a 1908 Report that shaped it, was to remedy the perceived “lasting injury to the community” resulting from the presence of many “mentally defective persons” who were “at large in the population”. They were “placed” in institutions or in guardianship. The guardianship was a form of plenary guardianship which entirely incapacitated everyone placed under it, regardless of individual capabilities<sup>4</sup>.

That was plainly wrong. We had to shift from protecting society from people perceived almost as an alien species, to welcoming them as full members of society, and protecting their welfare, rights and interests from the prejudices of society. My own very first book, published 40 years ago now in 1984, opened with a description of a busy street,

viewed through lawyers’ eyes: all the transactions, all the web of legal rights and legal relationships, and so on. Then I placed people with relevant disabilities in that scene. Conceptually, I de-institutionalised them and placed them in society. 25 years later an eminent commentator wrote: “Ward’s book was revolutionary”<sup>5</sup>.

The immediate effect was a push for legal improvement from people with relevant disabilities, and their families and carers, using existing law inventively. Mr and Mrs Morris came because they had been told that they no longer had any role in relation to their son Simon, now that he was an adult. But Simon still needed support, guidance and at times supervision. So I persuaded our most senior court to revive an ancient, and long disused, procedure, updated to accord with modern values. Mr and Mrs Morris were appointed with only the powers shown by professional evidence to be necessary and appropriate in his case, and of limited duration to ensure review<sup>6</sup>.

Then Mr and Mrs Britton came with their daughter Eileen. She had been brain-damaged in a traffic accident. She had been awarded substantial compensation which was managed by a professional curator, who made his living from managing such funds, paid on a scale related to the capital amount of each. The family had been advised that the income that she was receiving from him was less than if she had been dependent on state benefits. He had never met her. But such curators were introduced in 1730 as a temporary appointment pending another type of appointment that had also fallen into disuse long ago. The court was persuaded to revive

<sup>5</sup> A.D. WARD, *Scots Law and the Mentally Handicapped*, SSMH, 1984.

<sup>6</sup> Decision of the Inner House of the Court of Session, not published in the law reports because the application was uncontested, but described in A.D. WARD, *Revival of Tutors Dative*, 1987 SLT (News) 69. See also A.D. WARD, *Tutors to Adults: Developments*, 1992 SLT (News) 325.

<sup>4</sup> The Mental Deficiency and Lunacy (Scotland) Act 1913; and Report of the Royal Commission on the Care and Control of the Feeble Minded.

it. Mr Britton was appointed and automatically displaced the curator<sup>7</sup>. Those two cases were in 1986 and 1992. Developments following on from them largely shaped the then modern guardianship contained in our legislation of 2000.

That legislation was also shaped by developments with powers of attorney. They were believed to be applicable only to property and finances, and to lose effect if the granter lost capacity. As a client put it to me: “The law gives you an umbrella, then takes it away when it starts to rain”. After warning clients of the legal uncertainty, I started preparing powers of attorney containing declarations that they should stay in force. I also included powers in health and welfare matters. But legal clarity, with controls and protections, was needed. That came in 2000.

I have described the overall international direction of reform towards having a range of flexible measures applied individually in each case.

The spoken contribution relied on PowerPoints, to assist with delivery within the time available. The relevant texts of all of those PowerPoints are reproduced in this paper, commencing with this diagram, which shows a categorisation of such measures:

*Voluntary Measures*

- Unilateral (e.g. Advance Choices)
- Bilateral (e.g. Powers of Attorney)

*Non-Voluntary Measures*

- Created by a court or other authority (e.g. Guardianship)
- Automatic (e.g. ex lege representation)

Put simplistically, more protection towards the bottom, more respect for autonomy and the role of the individual towards the top. Exclusion towards

the bottom, participation towards the top. Progress has been upwards from the bottom towards the top.

But old concepts and perceptions have tended to drag on beyond their relevance. The visualisation of “people apart” has not yet been fully eliminated. Using measures towards the bottom of the diagram has tended to be the “default position” for no reasons other than habit and inertia. However, non-voluntary measures are essentially not expressions of autonomy and self-determination. They may try to reflect the will and preferences of the individual, but they are not created by the individual. Bilateral voluntary measures are established by individuals themselves, but still modulated through the actions of someone else, albeit usually an attorney (or mandatee) chosen and appointed by the individual. At the top of the hierarchy are measures by which individuals themselves act and decide.

In Europe, the development of voluntary measures can largely be followed through successive Ministerial Recommendations of the Council of Europe.

**CM/Rec. (99)4**

Consideration should be given to the need to provide for, and regulate, legal arrangements which a person who is still capable can take to provide for any subsequent incapacity.

The trend has been from recommending what member states should consider to saying what they should do.

**CM/Rec. (2009)11**

**1.1** *States should promote self-determination for capable adults in the event of their future incapacity, by means of continuing powers of attorney and advance directives.*

**1.2** *In accordance with the principles of self-determination and subsidiarity, states should consider giving those methods priority over other measures of protection.*

<sup>7</sup> *Britton v Britton's Curator Bonis*, 1992, SCLR 947.

**CM/Rec. (2014)2**

1.4 Member States should provide for legislation which allows older persons to regulate their affairs in the event that they are unable to express their instructions at a later stage.

I was a member of the drafting group of Recommendation (2009)11, then in 2014 I was asked to review implementation across Europe. I reported in 2018.

**Report: “Enabling citizens to plan for incapacity” (June 2018)**

**Rapport: «Permettre aux citoyens de s’organiser en cas d’incapacité**

<https://www.coe.int/en/web/cdcj/activities/powers-attorney-advance-directives-incapacity>

See “Background document” at foot of landing page

I reported significant progress, but much still to be done. In relation to powers of attorney, progress has continued.

*Provision for advance directives, compared with continuing powers of attorney, is under-developed.*

*There is insufficient clarity as to how to balance expressions of self-determination when voluntary measures are created, with contradictory expressions when they are subsequently in operation.*

There has been significant development in relation to advance directives focused narrowly on healthcare provision, or even more narrowly on mental health provision, beyond which provision for advance directives was significantly under-developed, and it remains so. That has been the starting-point for the European Law Institute project on advance choices.

**ELI Project on Advance Choices for Future Disablement**

It is difficult to find anywhere provision that exists and is in use for advance choices which can cover the full range of provision defined in Recommendation (2009)11.

*“Advance directives” are instructions given or wishes made by a capable adult concerning issues that may arise in the event of his or her incapacity.”*

Principle 2.3

*“Advance directives may apply to health, welfare and other personal matters, to economic and financial matters, and to the choice of a guardian, should one be appointed.”*

Principle 14

The working definition currently adopted for the ELI project started with the definition in Principle 2.3, but added from the UN Disability Convention the additional element of preferences recorded.

*Advance Directives (= Advance Choices)*

- *Instructions Given*
- *Preferences Recorded*
- *Wishes Made*

Also, in various matters, notably medical matters, whether in the present or for the future, we can choose to accept or reject what is offered, or choose between alternatives, but we cannot direct. So the project is using “choices” in place of “directives”. As well as being more accurate, that avoids the risk of creating unrealistic expectations. The project will not attempt to tell states what should be lawful in their jurisdictions. The lawfulness of an instruction in an advance choice will be determined by the law in the place, and at the time, when it becomes operable.

That takes us to the differentiating feature of advance choices that I describe as “the tunnel”. The

principal difference between deciding for now, and deciding for the future, is that the advance choice, when executed, goes into a tunnel of uncertain length. Except to the extent that the tunnel is opened up and the document updated, it knows nothing of changes above ground, until it becomes operable and emerges from the tunnel.

*At the end of the tunnel:*

- *Disapplication in particular circumstances, not revocation*

*The beginning of the tunnel:*

- *Validity: maximum availability, minimum formalities*
- *Top level – the most formalities, including in particular robust certification*

*Central registration – basic up-to-date terms available in real time*

Working backwards, we need criteria for when an instruction should be disappplied, and at time of creation we require maximum availability, with minimum formalities, but more robust requirements to reduce the risk of disapplication. And the existence and terms of the document need to be readily available.

An advance choice is addressed to the world, and in particular to anyone involved formally or informally in acts or decisions following impairment of the granter’s capabilities, whether long-term and often foreseen impairments, or short-term and critical ones. They can be used in parallel with a power of attorney to instruct the attorney, and to continue in force if the attorney ceases to act, or they can be used where the granter cannot identify a suitable choice of attorney.

Advance choices are the next main step to be taken up to the top of the hierarchy that we looked at before.

*Voluntary Measures*

- *Unilateral (e.g. Advance Choices)*
- *Bilateral (e.g. Powers of Attorney)*

*Non-Voluntary Measures*

- *Created by court or other authority (e.g. Guardianship)*
- *Automatic (e.g. ex lege representation)*

The ELI project is based on ELI’s standard organisational structure for its projects.

## HOW IS ELI DEALING WITH THE PROJECT?

### **Project Reporters**

*Christiana Fountoulakis*

*Adrian DWard*

**19 Advisors** (4 of them Assessors reporting to ELI Council)

**18 Country Contributors**

**32 participants altogether**

*Some participants have dual roles*

**Members’ Consultative Committee**

*Currently 11 Members (Europe and beyond)*

**Observer**

*European Commission*

The project is still current.<sup>8</sup>

<sup>8</sup>The work of the project continues to develop beyond the descriptions in this article, including the appointment of Rieneke Stelma-Roorda as an additional Reporter.

**Further information and comment:**

1. I suggested that in addition to much available information on comparison between the laws of individual systems, more research is needed into comparisons between systems, such as civil (Roman) law and common law, also law (such as in mainland China) forming part of Confucian cultures, and so on. My thoughts on the effects of the civil law/common law contrasts, as well as more on the ELI project and its background, are expected to appear in my contribution to the 2024 Yearbook of Private International Law under the title (subject to editing) “From Past to Future: The Emergence and Development of Advance Choices”, anticipated for publication in or about October 2024.
2. I found it strange to hear, at times during the conference, a pairing of the extremes of unilateral voluntary measures, which can be created and operated to achieve human rights compliance, and so-called informal measures, which of their very nature cannot achieve basic human rights compliance. “Extremes” as they are at the top and bottom of the hierarchy on page 5 above. As long ago as 2000 I wrote: “To impose *de facto* provisions, such as guardianship powers, without the appropriate procedure to obtain those powers, and thus without the resulting monitoring and safeguards, would contravene ECHR, Art. 6”<sup>9</sup>.

That point was repeated and developed in various subsequent publications<sup>10</sup>. Obvious to me is the violation of Article 6 of the European Convention. The civil rights of any adult are clearly substantially modified if the right to make decisions on their behalf is transferred to someone else, however benignly. Unless done by a competent delegation by adults themselves, Article 6 requires that the determination of such a removal and transfer of civil rights can only be done “by an independent and impartial tribunal established by law”. The procedural requirements developed by the European Court of Human Rights with reference to Article 6 must be followed. The violations of the purpose and many individual provisions of the UN Disability Convention also seem to me to be obvious. A notable example would be the impossibility of compliance with the obligations of States Parties to ensure appropriate safeguards. Practical experience demonstrates that those most likely to acquire *ex lege* such *de facto* guardianship powers are statistically those most likely to be found to have committed financial and other abuses.

<sup>9</sup> A.D. WARD, *Annotations to the Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000*, Current Law Statutes, W. Green, 2000.

<sup>10</sup> H. PATRICK and A.D. WARD, *Mental Health (Scotland) Act 1984 and Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000*, Greens Annotated Acts, W. Green/Sweet & Maxwell, 2001; A.D. WARD, *Adult Incapacity*, Thomson/W. Green, 2003; A.D. WARD, *Adults with Incapacity Legislation*, W. Green, 2008.

## Doutrina

# REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO: ENTRE O PRECONCEITO E O IMPOSTO RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA QUESTÕES PROCESSUAIS\*

Teresa Letras

Advogada · Presidente do Conselho Regional de Coimbra da Ordem dos Advogados

\*

Permitam-me V. Excias. e antes de mais que comece por cumprimentar o Senhor Professor Doutor António Pinto Monteiro, meu Mestre, que preside a esta mesa, e o painel de Ilustres oradores que a compõem – Senhor Professor Doutor Miguel Teixeira de Sousa, Senhor Juiz Desembargador Dr. Joaquim Correia Gomes e Senhora Juíza de Direito, Senhora Dra. Vânia Magalhães – e que, no uso do privilégio que me foi concedido – integro com subida honra.

Cumprimento, igualmente, todos os eminentes Conferencistas que ao longo destes dois dias de trabalhos contribuem para aquilo que se considera ser uma imprescindível reflexão em torno do tão simbólica e acertadamente eleito tema – A experiência do acompanhamento – uma perspectiva nacional e internacional.

Cumprimento todos os que nos dão a honra da sua presença e, por último, *the last but not the least* felicito efusivamente os organizadores do evento, autorizando-me a fazê-lo na pessoa da Sra. Professora Doutora Paula Távora Vítor, e do Senhor Dr. Juiz de Direito Geraldo Rocha Ribeiro, respectivamente, Presidente e Vogal da Direcção do Cen-

tro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, agradecendo, desde logo, a generosidade pelo convite que me endereçaram, mas também pela renovada distinção que constitui o envolvimento do Conselho Regional de Coimbra da Ordem dos Advogados, a que tenho a honra de presidir, como parceiro neste fórum internacional de discussão que, ao congregar distintas visões e perspectivas, tem como previsível e garantido corolário, o sucesso.

Tendo-nos sido confiado o encargo de intervir como última oradora de um painel cuja excelência das intervenções se antecipava, senti-me compelida a procurar tratar o tema sob a perspectiva que, afinal, resulta do meu próprio ADN e da minha específica qualificação profissional – a perspectiva de uma Advogada.

A perspectiva de uma Advogada – desta Advogada – que, contudo, beneficiando do facto de há largos anos, por força do sucessivo desempenho de funções nos órgãos da Ordem dos Advogados, ter como fonte inesgotável e privilegiada de informação todos os seus pares, mormente os cerca de 4.000 Advogados que integram a área de circunscrição territorial do Conselho Regional de Coimbra, vai reunindo informação concreta sobre as dificuldades e constatações que os profissionais do foro vão recenseando no âmbito e por força do respectivo exercício profissional.

---

\* O texto resulta da participação da autora na Conferência “*Supporting Capacity – A experiência do acompanhamento – uma perspectiva nacional e internacional*”, realizada em Coimbra, a 9 e 10 de Maio de 2024. Por decisão do Conselho Redatorial, o texto não foi sujeito a *blind peer review*.

Exemplo do que acabamos de referir é, sem dúvida, a minha experiência enquanto causídica e a pronúncia de muitos Advogados e Advogadas, mais ou menos elaborada e desenvolvida, sobre o Regime Jurídico do Maior Acompanhado, aprovado pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, a sua implementação, a mudança que a mesma importou no tratamento das questões a que procurou dar resposta, em contraposição com o modelo precedente, e os efeitos que, nesta janela temporal de cerca de 5 anos de vigência, produziu.

Ter a pretensão de realizar a análise precedentemente indicada, sem assegurar a sua ligação ao regime depositado, afigura-se insusceptível de atingir a sua finalidade essencial que é, afinal, a de fazer um balanço sobre a evolução registada, perspectivando as medidas a adoptar para que a completa consecução do novo paradigma conformado pelo princípio da intervenção mínima, o possa ser num horizonte temporal correspondente à premência da mudança que determinou, mais do que a eliminação dos institutos da interdição e da inabilitação, a tão desejada consagração da dignidade da pessoa com deficiência e dos direitos de outros maiores que se encontrem incapacitados de exercer pessoal e livremente os seus direitos, sobre o preconceito e a discriminação que, ao longo de muitos e negros anos, votaram à exclusão e ao ostracismo essas pessoas.

Vejamos, pois, que coevo ao entendimento da época, a versão original do Código Civil de 1966, assentando no pressuposto definido no seu artigo 67º de que *as pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações (nisto consistindo a sua capacidade jurídica)*, rejeitava o exercício dos seus direitos por pessoas com deficiência.

Com a alegada finalidade de, por um lado, proteger de terceiros que pudessem aproveitar-se da incapacidade, as pessoas com deficiência, e, por

outro, de as proteger de si mesmas – numa lógica de salvaguarda própria – a capacidade de agir encontrava-se regulada através de dois institutos – o da interdição e o da inabilitação.

Prevía-se, então, no que ao primeiro diz respeito que podiam ser interditos do exercício dos seus direitos *todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens*, ou seja, e tal como se consagrou no Anteprojecto do Código Civil, a Interdição foi concebida como *“uma medida judiciária aplicável aos portadores de deficiências fisiopsíquicas tão graves que eliminem a vontade ou o entendimento e em que, por isso mesmo, a incapacidade só pode ser suprida por meio de representação, cabendo a um tutor agir em nome do incapaz.”*

Como consequência jurídica da interdição tínhamos, pois, a equiparação do interdito ao menor, sendo-lhe aplicáveis, nos termos do disposto no artigo 139º do Código Civil, *com as necessárias adaptações, as disposições que regulam a incapacidade por menoridade e fixam os meios de suprir o poder paternal.*

A nomeação de um representante legal para substituição do interdito no comércio jurídico, a par – nos casos de interdição por anomalia psíquica – da inaptidão para casar (artigo 1601º, alínea b)) e para perflhar (artigo 1850º, nº 1); da impossibilidade de exercício do poder paternal (artigo 1973º, alínea b)) e da insusceptibilidade de fazer testamento (artigo 2189º, alínea b) ) ou de ser tutor (artigo 1933º, alínea b)) são a evidência absoluta de que o regime legal então em vigor radicava no mais puro – e diríamos hoje, inaceitável preconceito.

No que ao instituto da Inabilitação, por seu turno, diz respeito, prevía-se no artigo 152º do CC que *podiam ser inabilitados os indivíduos cuja anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, embora de carácter permanente, não seja de tal modo grave que justifique a*

*sua interdição, assim como aqueles que, pela sua habitual prodigalidade ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostrem incapazes de reger convenientemente o seu património.*

Não obstante a assistência do inabilitado por um curador prevista na norma contida sob o artigo 153º – *a cuja autorização estavam sujeitos todos os actos de disposição de bens entre vivos e todos os que, em atenção às circunstâncias de cada caso, forem especificados na sentença* – e a aplicação do regime das interdições, em tudo o que não se mostrasse especialmente regulado para as inabilitações, parece claro que a inabilitação, distintamente do regime previsto para a interdição, não correspondia a uma incapacidade geral de exercício, mas a uma incapacidade limitada a determinados actos ou categorias de actos, concretizáveis em sentença judicial no apurado quadro circunstancial do inabilitando.

Conscientes de que uma rigorosa avaliação crítica dos citados institutos passa pela imersão nas controvérsias e discussões erigidas em torno : i) da densificação dos conceitos consagrados nas normas – como sejam o de *anomia psíquica*, o de *incapaz de se governar a si próprio e ao seu património* –; ii) da atribuição de natureza taxativa ou meramente exemplificativa às causas de interdição e de inabilitação; iii) da exigência de destrinça das situações incompreensivelmente aglutinadas pelo legislador sob uma mesma norma – **as situações de anomia psíquica e as duas deficiências físicas (cegueira e surdez-mudez)** –; iv) e da estatuição de soluções rígidas e uniformes para uma multiplicidade de situações distintas, **estamos em crer não comprometeremos a apreciação da questão ao afirmar que o denominador comum a ambos os institutos se traduzia no silenciar do interdito e do inabilitado, traduzido na impossibilidade de expressar a sua vontade, sujeitan-**

**do-os às escolhas e decisões de terceiros.**

Neste quadro é fácil intuir a diversidade das razões inspiradoras do coro de críticas ao regime pretérito:

- a) **da rigidez extrema**, com desprezo pela alteração e evolução das capacidades intelectuais, volitivas e emotivas dos sujeitos;
- b) **à natureza essencialmente patrimonial** dos interesses protegidos, com a finalidade primeira de garantir a segurança no tráfego jurídico;
- c) **ao estabelecimento de uma situação permanente de inferioridade jurídica;**
- d) **à morosidade e onerosidade** dos processos;
- e) **ao efeito estigmatizante dos institutos;**
- f) **à perversidade das consequências terapêuticas decorrentes da aplicação dos institutos;**
- g) **à própria desconsideração dos legítimos direitos da pessoa visada.**

Um coro de críticas que se veio intensificando e que, já em Abril de 2004, no I SIMPÓSIO FNAF-SAM realizado em Lisboa, no auditório do Instituto S. João de Deus, – numa coorganização da Organização Nacional das Associações de Famílias Pró-Saúde Mental e dos Centros de Direito Biomédico e de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – sob o tema **“O doente mental: a Pessoa – A gestão do Património”**, propiciou a definição e caracterização de muitas das problemáticas que, clamando por uma alteração legislativa, só no ano de 2018 viriam a ter resposta no ordenamento jurídico pátrio.

Permitam-me, a tal propósito, que saliente e agradeça a dedicação e o trabalho de todos os que ao longo dos anos têm vindo a contribuir para que a evolução aconteça e as alterações se operem, permitindo-me, nesta sede, recuperar o tema

então tratado pela Senhora Dra. Paula Távora Vítor (cujos traços gerais, apesar dos anos decorridos, certamente recordará) e que foi “A gestão do património”.

Já então se reflectia sobre questões como a escolha do acompanhante, o exercício de direitos pessoais do beneficiário, a autorização para internamento e a alienação de património – preocupações que vieram a ter eco na disciplina consagrada no novo Regime jurídico criado pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto.

Nos termos do novo paradigma, a tónica é colocada na definição de medidas de protecção e desenho de instrumentos à medida dos interesses do maior acompanhado, com garantia da sua vida privada e familiar, tendo por pressuposto inarredável o de que qualquer decisão que envolva o maior acompanhado deve assentar no respeito intransigente pelo **princípio do direito à dignidade da pessoa humana** – um valor ético-jurídico absolutamente incompatível com interdições genéricas e automáticas, antes impositivo de uma determinação casuística quer da extensão, quer dos limites da incapacidade –, tendo presentes, como verdadeiras pedras angulares, o **princípio da igualdade e não discriminação**.

Passa-se, assim, de um **modelo de substituição para um modelo de acompanhamento**, aplicável, nos termos do previsto no artigo 138º do CC, a todos aqueles que *por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento* estejam impossibilitados de exercer plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres.

Ao optar pelo conceito de maior acompanhado, o legislador, inspirado pelo Direito Alemão, elegeu como designio uma intervenção mínima e menos restritiva e cuidou pela consagração dos princípios

da **autonomia**, da **necessidade**, da **subsidiariedade**, da **proporcionalidade**, do **respeito pela dignidade da pessoa humana**, da **igualdade e não discriminação**, da **audição e participação do interessado** e do **controlo judicial e intervenção do Ministério Público**.

Ao colocar o maior acompanhado no centro do sistema consagrou o direito à autodeterminação, em que a **autonomia** se constitui **como instrumento de defesa e manutenção da liberdade de escolha e capacidade para, em maior ou menor grau, reger a sua pessoa e os seus bens** – um exercício só possível através da participação e inclusão plena e efectiva na sociedade, com a possibilidade de fazer as suas próprias opções, ainda que sujeita à possibilidade – que também é um direito – de errar, mas sempre e de forma inegociável, com respeito pela vontade do visado.

Um direito conferido, desde logo, através da atribuição de legitimidade ao próprio beneficiário para iniciar o processo ou autorizar que outros o façam por si.

Ao serviço daquele, os **princípios da necessidade**, da **subsidiariedade** e da **proporcionalidade** – garantes de que a decretação de uma medida de protecção só deve ser adoptada quando **necessária**, e outrossim, de que, quando tal venha a verificar-se, se opta, de entre o universo das possíveis, por aquela que se apresente como **menos gravosa**.

Destacando e reconhecendo que a distinção normativa entre questões de saúde e deficiência, constituiu um relevante contributo para afastar o entendimento de que uma pessoa com deficiência é uma pessoa doente, impõe-se, contudo, à doutrina e à jurisprudência continuar a desenvolver um trabalho de densificação e concretização da norma, desde logo tendo presente que nos termos do artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Pessoa

com Deficiência “*As pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efectiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros.*”

Mais do que recuperar o beneficiário, visa-se a sua inclusão na sociedade – um processo que, pelo reconhecimento da natureza evolutiva que pode assumir, se encontra sujeito à obrigatoriedade de revisão, com uma periodicidade, mínima, de 5 anos.

Tendo presente que, nos termos do artigo 138º do CC, a determinação de uma medida de acompanhamento pressupõe a verificação cumulativa de dois requisitos – i) que o sujeito, por doença, por deficiência ou pelo seu comportamento; ii) esteja impossibilitado de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos, importa reter que, em termos adjectivos, o acompanhamento de maiores tem o respectivo regime processual regulado nos artigos 891º a 904º do Código de Processo Civil.

O processo de acompanhamento é o único meio através do qual se poderá obter a aplicação de uma medida de acompanhamento, pois que a sua decretação, revisão, cessação ou modificação é, de acordo com estatuído nos artigos 139.º, n.º 1, 149.º, n.º 1 e 153.º do Código Civil, obrigatoriamente decretada pelo tribunal.

Um regime processual exigente, desde logo, porque a construção de uma solução consagradora da contínua participação do interessado, num espaço de individualidade e num tempo próprios, tem vindo a levantar dificuldades à realização dos fins visados pela atribuição de natureza urgente, desta feita através da norma vertida sob o n.º 1 do artigo 891º do CPC.

Embora sistematicamente o processo de acompanhamento de maior não esteja inserido nos processos de jurisdição voluntária, o que é facto é que

a mais relevante doutrina – invocando aqui os ensinamentos do Senhor Professor Dr. Miguel Teixeira de Sousa\*\* – tem vindo a entender que, atendendo ao âmbito alargado da remissão constante do n.º 1 do artigo 891º do CPC, se trata, em termos substanciais, de um processo de jurisdição voluntária, aplicando-se-lhe, por via disso, o disposto nos processos de jurisdição voluntária no que respeita aos poderes do juiz, ao critério de julgamento e à alteração das decisões com fundamento em circunstâncias supervenientes.

O n.º 2 do artigo 891.º do CPC, por seu turno – adjectivando o n.º 2 do artigo 139º do CC – prevê a possibilidade de, em qualquer altura do processo, poderem ser requeridas e decretadas, mesmo oficiosamente, as medidas cautelares de acompanhamento que a situação apurada no processo justificar, sendo tais medidas – que a lei distingue entre medidas de acompanhamento provisórias e urgentes (artigo 139º, n.º 2, do CC) e medidas cautelares (artigo 891.º, n.º 2, do CPC) –, por natureza, processuais e sempre circunscritas ao processo de constituição, modificação ou revisão da medida de acompanhamento.

Vale isto por dizer que, sendo sempre dependentes do pedido principal que delimita o objeto do acompanhamento, não são concebíveis como medidas autolimitadas e autónomas.

Ora, no que concerne ao conteúdo do acompanhamento, a consagração de um modelo casuístico assente no princípio da intervenção mínima, com opção pela solução menos restritiva, sem que o Tribunal se encontre sujeito ao peticionado no requerimento inicial – e que admite regulação quanto: a) ao exercício das responsabilidades parentais, ou

\*\* in “O Regime do Acompanhamento de Maiores: Alguns Aspectos Processuais”, e-book do CEJ “O novo Regime do Maior Acompanhado”.

dos meios de as suprir, conforme as circunstâncias; b) à representação geral ou representação especial com indicação expressa, neste caso, das categorias de atos para que seja necessária; c) à administração total ou parcial de bens; d) à autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos; e) a intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas – estende-se por domínios tão distintos quanto a complexidade que reveste a operacionalização prática do regime fixado.

Senão vejamos,

Na nossa opinião, o dissídio entre *Law in books* e *Law in action* assume aqui especial pertinência, pois que a operacionalização dos regimes estabelecidos no âmbito dos processos de acompanhamento de maiores constitui um dos maiores – senão o maior – desafio para os que, sendo escolhidos ou designados acompanhantes, lhe vêm ser cometidos algum ou alguns dos indicados regimes previstos no artigo 145º do CC, com a consequente obrigação de cabal e escrupuloso exercício de funções.

Porque o tempo disponível, não permite tratamento exaustivo da questão, optamos por nos referir de forma abrangente a todas as situações em que

o acompanhante, no cumprimento da respectiva função, procura dar satisfação às obrigações que sobre si impendem e em que amiúde, se vê confrontado, com uma teia de burocracia completamente alheada do quadro regulador das matérias. Seja nas instituições bancárias, nos serviços públicos ou mesmo nas entidades privadas, a regra é os serviços lançarem mão de procedimentos totalmente desajustados das reais necessidades de execução de regimes construídos especificamente para um indivíduo, rejeitando qualquer alternativa aos modelos procedimentais previamente estabelecidos internamente, condicionando – se não comprometendo – assim a produção de efeitos de um regime que pese embora tenha tardado enquanto solução jurídica, se revela excessivamente precoce no quadro de funcionamento das instituições nacionais.

Termino dizendo que, em benefício de todos aqueles para quem foi pensado, é pois, tempo de levar para além dos Tribunais, por via da imprescindível externalização de efectiva vigência, o novo regime jurídico do maior acompanhado.

Obrigada pela atenção que fizeram o favor de me dispensar.

Muito obrigada.

## AUTORIZAÇÃO DO BENEFICIÁRIO A IMPERATIVA NECESSIDADE DE AFERIR A LEGITIMIDADE ATIVA\*

Maria Beatriz Seixas de Sousa

Juíza de Direito

**Resumo:** *O artigo aborda a legitimidade processual ativa no processo de acompanhamento de maior, destacando a possibilidade de sanar a ilegitimidade por falta de autorização do beneficiário, quando necessária, mobilizando os princípios do hodierno processo civil.*

**Palavras-chave:** *acompanhamento de maior; pressuposto processual; legitimidade ativa; autorização do beneficiário*

**Abstract:** *The article discusses active procedural legitimacy in the process of adult custodianship, emphasizing the possibility of overcoming illegitimacy due to lack of beneficiary authorization, when necessary, by mobilizing the principles of modern civil procedure.*

**Keywords:** *adult custodianship; legal premises; active legitimacy; beneficiary authorization*

### 1. Introdução

A propósito da comemoração dos seis anos da alteração profunda do regime da incapacidade jurídica, operada pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, foi proposta pelo Centro de Direito da Família a reflexão acerca do sistema jurídico português.

---

(\*) O texto resulta da participação da autora na Conferência “Supporting Capacity – A experiência do acompanhamento – uma perspetiva nacional e internacional”, realizada em Coimbra, a 9 e 10 de maio de 2024. Por decisão do Conselho Redatorial, o texto não foi sujeito a blind peer review.

Prevê o Código Civil português que o beneficiário das medidas de acompanhamento tem de autorizar o acompanhamento, devendo escolher o acompanhante e ainda ser auscultado quanto às medidas de acompanhamento.

Ora, na maioria das vezes, quando os processos de acompanhamento de maior são propostos pelos familiares – necessitados de apoio legal e judicial para encetarem as diligências que muitas vezes já levavam a cabo, ainda que sem suporte legal – constatamos que é esquecida a necessidade de autorização do beneficiário. Cabe ao Ministério Público, nos casos em que não é requerente, alertar para a necessidade de apurar a incapacidade fáctica do beneficiário para autorizar o acompanhamento de maior, mas é o julgador que, ao abrigo dos seus poderes inquisitórios, tem o poder-dever de aferir a capacidade de o beneficiário autorizar tal acompanhamento a fim de garantir a legitimidade ativa no processo.

Se é verdade que muitos dos maiores acompanhados com os quais convivemos estão numa situação de evidente debilidade anímica, outros padecem de doenças mentais que, apesar de incapacitados para tomar determinadas decisões (nomeadamente patrimoniais), são capazes de se expressarem quanto à necessidade de acompanhamento.

Iremos expor alguns casos verídicos, num dos quais, não obstante ter sido requerido o suprimento de autorização do beneficiário, o tribunal reco-

lheu a autorização do acompanhado, em sede de audiência pessoal e direta do beneficiário, fazendo valer a prevalência da sua vontade, autonomia e desejos, incluindo-o no processo de decisão.

## 2. A legitimidade enquanto pressuposto processual

Antes de analisarmos as especificidades da aferição da legitimidade processual no seio do processo de acompanhamento de maior, importa escrutinar o conceito de legitimidade enquanto pressuposto processual.

Ser parte legítima (no processo) é ser a parte habilitada a propor ou a contradizer a ação. A legitimidade processual é encarada no nosso ordenamento jurídico como uma questão puramente processual.

O legislador português fez depender o conhecimento do mérito da ação da verificação deste pressuposto processual. A legitimidade processual não é uma qualidade pessoal, mas sim uma “qualidade posicional” perante o objeto da ação, que permite às partes estar devidamente em juízo<sup>1</sup>. Esta é apreciada “em função da relação da parte com o objecto da acção”<sup>2</sup>.

A legitimidade processual apenas pode ser afirmada atendendo ao caso concreto, à pretensa relação controvertida. Ao afirmar a legitimidade asseguramos a idoneidade para participar na ação<sup>3</sup>. Esta qualidade das partes deve ser apreciada no momento da propositura da ação<sup>4</sup>.

Estando este pressuposto processual previsto no artigo 30.º, do Código de Processo Civil (doravante, CPC), será legítima a parte que possuir um interesse direto em demandar ou em contradizer. Nas palavras de Liebman, a legitimidade processual é a “pertinência subjetiva da ação”<sup>5</sup>. A legitimidade processual será apreciada, nos termos do artigo 30.º n.º 3, do CPC, *in status assertionis*, ou seja, de acordo com a representação da relação jurídica controvertida que é feita pelo autor. Apesar de ser muitas vezes atribuída pela lei substantiva, a afirmação da legitimidade processual em nada influencia a procedência do pedido.

O interesse é o critério aferidor da legitimidade. Este interesse traduz-se na vantagem ou prejuízo que resulta da apreciação da causa (sendo este prejuízo ou vantagem relativos à essência da causa e não puramente patrimoniais e processuais, como poderá ser o pagamento de custas<sup>6</sup>).

Uma vez que estamos perante um verdadeiro pressuposto processual, a legitimidade processual deve ser apreciada no momento da propositura da ação, no despacho pré-saneador ou no despacho saneador, sendo por isso pautado pela independência da questão de fundo.

O preceito acima mencionado fornece-nos um critério geral, na medida em que recorreremos a este artigo apenas quando a lei não prevê expressamente quem tem legitimidade para propor determinada ação. Pensemos, por exemplo, na legitimidade para arguir a nulidade do título constitutivo de proprie-

<sup>1</sup> Vd. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil anotado*, vol. I, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, 76 e PIMENTA, Paulo, *Processo Civil Declarativo*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2018, 75.

<sup>2</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lisboa, LEX, 1995, 47.

<sup>3</sup> MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1987, 130.

<sup>4</sup> Cfr. REIS, José Alberto dos, “Modificação subjectiva da relação pro-

cessual – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de maio de 1926”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Coimbra Editora, ano IX, n.º 81-90, 1926, 208.

<sup>5</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manuale di diritto processuale civile: principi*, 7.ª edição, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007 149.

<sup>6</sup> MAGALHÃES, J. M. Vilhena Barbosa de, “Legitimidade das partes em processo de declaração [anotação]”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ordem dos Advogados, ano 2.º, n.º 1 e 2, 1942, 168.

dade horizontal (artigo 1416.º, do Código Civil – CC), na legitimidade para intentar a ação de anulação fundada em impedimento dirimente (artigo 1639.º, do CC) ou na legitimidade nas ações emergentes de acidentes de viação (artigos 62.º e 64.º, do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto). É a lei substantiva que define, em primeira linha, as partes legítimas para intentar estas ações (ou para nelas prosseguir). Tal poderia significar que, estando a legitimidade prevista em lei substantiva, ela seria matéria substantiva e, por isso, condição da ação interferindo com a procedência ou improcedência do pedido. Não obstante, a norma geral encontra-se prevista no CPC, sendo o artigo 30.º aquele que define quem se considera parte legítima, fornecendo critério para os casos em que a lei não atribui especificamente essa legitimidade.

O escopo da legitimidade processual é garantir que a ação é discutida entre as pessoas que têm o poder de o fazer, de forma a assegurar não só o efeito útil da decisão, mas também otimizar o funcionamento da Justiça.

A legitimidade processual, enquanto pressuposto, serve de filtro às ações cujo mérito o juiz conhecerá, garantindo também o contraditório devido. Entender a legitimidade processual como conhecimento da efetiva titularidade do direito a ter lugar no início do processo seria entender a legitimidade como condição da ação, pelo que não só retiraria a autonomia entre os conceitos de legitimidade processual e substantiva, como destruiria por completo as vantagens que verificamos com a conceção processual de legitimidade (enquanto pressuposto). Assim, se podemos separar a análise da existência e validade da relação jurídica da apreciação da titularidade da relação jurídica controvertida tal como foi apresentada pelo autor, conseguimos afirmar a legitimidade enquanto pressuposto processual e não como uma

questão da discussão do mérito, indispensável ao efetivo exercício do contraditório – base elementar de um processo equitativo.<sup>7</sup>

### 3. A legitimidade processual no âmbito do processo especial de acompanhamento de maior

Revertendo para o cerne do processo especial de acompanhamento de maior, previsto nos artigos 891.º a 905.º, do CPC, e à semelhança do que acontece noutro tipo de ações, é também a lei substantiva que elenca as pessoas que têm legitimidade processual para requerer o acompanhamento de maior. Assim, o artigo 141.º, do CC prevê que este processo especial pode ser instaurado (i) pelo próprio beneficiário, (ii) pelo cônjuge ou unido de facto, (iii) por qualquer parente sucessível e (iv) pelo Ministério Público.

Contudo, a propositura do processo de acompanhamento de maior pelo cônjuge, pelo unido de facto ou por qualquer parente sucessível está sujeita à autorização do beneficiário das requeridas medidas de acompanhamento. Nestes casos, verifica-se uma situação de substituição processual voluntária<sup>8</sup>, atuando o requerente em nome próprio, substituindo-se ao titular do direito sobre o qual a ação recai, visando, ainda assim, agir no interesse do beneficiário<sup>9</sup>.

Antes de nos debruçarmos sobre a autorização do beneficiário ou a possibilidade de suprimir tal autorização, cumpre fazer algumas observações quanto aos demais detentores de legitimidade ativa.

<sup>7</sup> SOUSA, Maria Beatriz Sousa, *A Ilegitimidade singular*, Coimbra, Alameda, 2022, 56 e ss.

<sup>8</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de, “O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais”, in MONTEIRO, António Pinto (coord.), *Colóquio: O novo regime do Maior Acompanhado*, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, 67.

<sup>9</sup> TRL, ECLI:PT:TRL:2021:10981.19.5T8LSB.L1.6.97.

Em primeiro lugar, no que ao beneficiário diz respeito, importa referir que na prática judiciária são escassos os processos de acompanhamento de maior que são instaurados pelo próprio futuro acompanhado. Tal é fácil de compreender se atentarmos nas situações que chegam ao tribunal: na maioria das vezes, o que motiva a instauração de processos de maior acompanhado são patologias do foro neurológico ou psiquiátrico (como a demência, incluindo demência de Alzheimer, oligofrenia e esquizofrenia) ou doenças cardiovasculares (como acidentes vasculares cerebrais - AVC - isquêmicos, normalmente associados a afasia). Estas patologias toldam, na maioria das vezes, a capacidade de discernimento e compreensão da realidade à sua volta, tornando os beneficiários incapazes de compreender o discurso e o alcance do que lhes é transmitido.

Em grande parte das vezes, os beneficiários são incapazes de transmitir de forma perceptível a sua vontade, o que, desde logo, justifica a necessidade de decretamento de medidas de acompanhamento. Por esse mesmo motivo “soam os alarmes” quando é o beneficiário a instaurar a ação de acompanhamento de maiores. Pois, importa não olvidar que neste processo especial, apesar da remissão para as disposições do processo de jurisdição voluntária, é obrigatória a constituição de mandatário judicial atendendo ao valor da ação, porquanto estamos perante uma ação sobre o estado das pessoas (artigos 30.º, n.º 1 e 303.º, n.º 1, do CPC e artigo 44.º, n.º 1, da Lei da Organização do Sistema Judiciário – LOSJ).

Ora, precisamente porque muitas das vezes a causa de pedir da ação de acompanhamento de maior coincide com a falta de compreensão, a incapacidade de ler e escrever, a incapacidade de falar ou manter um discurso coerente, quando o requerimento inicial é acompanhado por uma procuração forense (normalmente, outorgada com recurso a

impressão digital em virtude da incapacidade de assinar), deve averiguar-se a efetiva capacidade do requerente de celebrar o contrato de mandato inerente, e, portanto, da validade de tal representação forense.

Para além do beneficiário, e sem necessidade de autorização do requerido, tem também legitimidade processual ativa o Ministério Público. A desnecessidade do consentimento do beneficiário quando o impulso processual advém do Ministério Público é apodítica quando analisamos as competências desta magistratura. Sendo o Ministério Público o defensor dos direitos e interesses dos adultos com capacidade diminuída, bem como das pessoas especialmente vulneráveis e o representante dos incapazes de acordo com o plasmado nos artigos 4.º, n.º 1, als. b) e i) e 9.º, n.º 1, al. c), do Estatuto do Ministério Público, atua, ainda que em nome próprio, intrinsecamente na defesa e na promoção dos interesses do beneficiário.

Não obstante a desnecessidade de autorização, o tribunal deve auscultar o beneficiário a fim de apurar a sua sensibilidade quanto à necessidade de medidas e quais, bem como quanto à escolha do acompanhante. Ainda que o tribunal não necessite da autorização do beneficiário quando o processo é instaurado pelo Ministério Público, uma atuação conforme aos princípios norteadores trazidos pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência impõe ao tribunal que este apure quais são os desejos e vontade do beneficiário, devendo decidir em conformidade com os seus interesses.

Tal sucedeu em dois casos distintos. No primeiro, o Ministério Público junto da comarca instaurou uma ação especial de acompanhamento de maior em benefício de Maria que sofreu de AVC isquémico, que não conseguia executar tarefas diárias e nem sempre apresentava um discurso coerente. No entanto, realizada a audição pessoal e di-

reta da beneficiária, depois de explicado de forma simples e perceptível o motivo de estar a ser ouvida em tribunal, foi a beneficiária questionada se necessitava de ajuda nas suas tarefas quotidianas. De imediato, a requerida identificou, com lucidez e espontaneidade, que precisava de ajuda a “tomar conta dos papéis e dos dinheiros”, soube identificar quem deveria integrar o conselho de família e, especialmente, quem não queria que tomasse decisões na vida dela. O mesmo aconteceu com Henrique que sofrendo de défice cognitivo moderado, precisava apenas de alguém a quem fossem conferidos poderes de administração dos seus bens, tendo consciência e concordando com as medidas e com a escolha do acompanhamento.

A manifestação por parte do beneficiário da sua concordância com o prosseguimento do processo (ainda que tal não fosse necessário), consciente da necessidade de medidas de acompanhamento e até da escolha, em sede de audiência pessoal e direta, de acompanhante, torna, desde logo, a decisão a preferir mais forte, porque assente no respeito pela vontade manifestada da pessoa com capacidade diminuída.

### 3.1. A autorização do beneficiário

Vamos agora ater-nos às situações em que é o cônjuge, unido de facto ou o parente sucessível a instaurar o processo de acompanhamento de maior. Nestes casos, dita o n.º 1, do artigo 141.º, do CC que estes podem requerer o decretamento de medidas de acompanhamento mediante autorização do beneficiário.

A necessidade de autorização do requerido tem por fundamento o novo paradigma trazido pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, em conformidade com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (doravante, CDPD ou Convenção) que prevê como imperativo o respeito pela auto-

nia da vontade da pessoa e a efetiva participação do beneficiário no processo decisório (artigos 3.º, al. c) e 12.º, n.º 4, da Convenção), bem como pelos princípios da necessidade e da subsidiariedade<sup>10</sup>.

A Convenção, ratificada por Portugal em 2009, adotou o paradigma “nada sobre nós, sem nós”<sup>11</sup>. O objetivo da CDPD foi o de garantir a igualdade de gozo de direitos e liberdades fundamentais (artigos 5.º e 12.º n.º 2, da CDPD), promovendo o respeito pela dignidade inerente às pessoas (com deficiência) e a sua inclusão plena.

As pessoas com deficiência passam de objeto a sujeito de direitos. Se anteriormente tínhamos um sistema que assentava num modelo de substituição da pessoa deficiente por um representante legal (que se substitui à pessoa com deficiência na tomada de decisão, mesmo contra a sua vontade), a CDPD veio trazer um novo paradigma, através do reconhecimento da autonomia pessoal e da necessidade de inclusão das pessoas com capacidade diminuída (artigo 12.º n.º 4, da CDPD)<sup>12</sup>.

Visa-se, deste modo, fazer valer a presunção de plena capacidade instituída pelo artigo 12.º, da CDPD, reafirmando a dignidade da pessoa consagrada constitucionalmente no artigo 1.º, da Lei Fundamental, bem como o princípio da autodeterminação e ao livre desenvolvimento da personalidade previsto no artigo 26.º, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

<sup>10</sup> Vide, CORDEIRO, António Menezes, “Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, *Revista de Direito Civil*, ano III, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2018, 542.

<sup>11</sup> Para maiores desenvolvimentos, vide VÍTOR, Paula Távora, “O maior acompanhado à luz do artigo 12.º da CDPD”, in *Julgar*, n.º 41, Coimbra, Almedina, 2020, 24 e ss.

<sup>12</sup> MONTEIRO, António Pinto, “Das incapacidades ao maior acompanhado – Breve apresentação da Lei n.º 49/2018”, in MONTEIRO, António Pinto (coord.), *Colóquio: O novo regime do Maior Acompanhado*, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, 95 e ss.

Nesta senda, devem os requerentes alegar e demonstrar que obtiveram a autorização do beneficiário para instaurar o respetivo processo.

Não obstante, a autorização do beneficiário pode ser suprida quando o beneficiário não a possa dar livre e conscientemente ou quando existir um fundamento atendível<sup>13</sup> (artigo 141.º, n.º 2, do CC).

A incapacidade de o beneficiário autorizar o prosseguimento de acompanhamento deve ser apurada em momento anterior à decisão do tribunal de decretar o acompanhamento. Cabe, desde logo, ao Ministério Público alertar para a necessidade de apurar a falta de capacidade fáctica do requerido para autorizar a propositura da ação. No entanto, é ao abrigo dos seus poderes-deveres inquisitórios (artigos 897.º, 986.º, n.º 2 *ex vi* 891.º, n.º 1, do CPC) que o tribunal deve aferir do preenchimento dos pressupostos para a instauração do processo de maior acompanhado.

Ora, apesar de se tratar de um pressuposto processual, a decisão de suprimento de autorização que garante a legitimidade do requerente implica necessariamente, ainda que perfunctoriamente, o conhecimento da situação pessoal, situacional e clínica em que se encontra o beneficiário que não autorizou a instauração do processo, principalmente quando tal pedido de suprimento se baseia na incapacidade de o beneficiário dar livre e conscientemente a sua autorização. A apreciação do pedido de suprimento da autorização do beneficiário poderá, por vezes, colidir ou coincidir com o conhecimento da questão de fundo, isto é, com a situação clí-

nica do beneficiário que irá pretensamente fundamentar a necessidade de decretamento das medidas de acompanhamento.

Precisamente porque na maioria dos casos em que é requerido o suprimento da autorização do beneficiário tal pedido assenta na incapacidade do beneficiário autorizar livre e conscientemente, aderimos à posição adotada por Vânia Filipe Magalhães que conhece a final este pressuposto processual, depois de produzida a prova<sup>14</sup>. A verdade é que apesar de os factos a apreciar no pedido de suprimento da autorização do beneficiário não coincidirem na totalidade com os factos alegados no pedido de decretamento do acompanhamento de maior, tal não desvirtua a necessidade de, com seriedade e certeza, ser conhecido o pedido de suprimento da autorização. Impõe-se um equilíbrio necessário entre o conhecimento deste pressuposto processual e o conhecimento do mérito da causa.<sup>15</sup>

Uma vez que tal pedido de suprimento confronta com os princípios da capacidade plena e do respeito pela vontade do beneficiário, “justifica-se que o tribunal controle de uma forma séria e suficientemente ponderada se se justifica ou não suprir a falta de autorização da eventual beneficiária do acompanhamento”<sup>16</sup>.

Não obstante não perder a sua natureza de pressuposto processual, cujo o conhecimento não deixa de ser prévio à apreciação da bondade da causa, a especificidade deste pressuposto processual no âmbito do processo especial de maior acompanhado implica, inclusive por determinação legal,

<sup>13</sup> Para Geraldo Ribeiro, “[o] fundamento atendível terá obrigatoriamente que se referir à falta de uma vontade livre e esclarecida, pois existindo uma vontade bastante, não é admissível a constituição do acompanhamento por violação directa da dignidade da pessoa humana” – RIBEIRO, Geraldo Rocha, “O instituto do maior acompanhado à luz da Convenção de Nova Iorque e dos Direitos Fundamentais”, in MONTEIRO, António Pinto (coord.), *Colóquio: O novo regime do Maior Acompanhado*, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, 335.

<sup>14</sup> MAGALHÃES, Vânia Filipe, “Questões processuais da medida de acompanhamento”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 19, n.º 37, Centro de Direito da Família, 2022, 69.

<sup>15</sup> Neste sentido, TRL, ECLI:PT:TRL:2020:18153.18.0T8LS-B.B.L1.6.9C.

<sup>16</sup> TRL, ECLI:PT:TRL:2021:856.21.3T8PDL.L1.8.17.

pelo menos, a audição do beneficiário<sup>17</sup> e a análise da situação clínica do beneficiário.

Se é certo que o conhecimento destes aspectos poderia, em abstrato, prejudicar a economia processual porquanto estaríamos a produzir prova para, a final, ser possível terminar a causa com uma decisão de absolvição da instância por falta de legitimidade processual, a verdade é que, sendo necessária a audição pessoal e direta do beneficiário a fim de decidir a questão do suprimento da autorização, bem como, não raras vezes, a realização de um exame pericial, o princípio da economia processual dita que tal pedido, prévio ao conhecimento efetivo do mérito da causa, ainda que seja conhecido enquanto questão prévia, deva ser relegado para o momento da decisão final (o que não significa obrigatoriamente que uma vez procedente o pedido de suprimento de autorização do requerido, tal implique inevitavelmente a procedência do pedido de decretamento de medidas de acompanhamento, nomeadamente quando é bastante o cumprimento de deveres gerais de cooperação e de assistência – artigo 140.º, n.º 2, do CC).

Deste modo, evitando deslocações desnecessárias do beneficiário e seus familiares ao tribunal (ou a deslocação deste à sua residência), a economia processual dita que se condense numa única diligência probatória o conhecimento destes dois pedidos, aproveitando o tribunal para, uma vez conhecidos os factos relativos à legitimidade ativa, apurar os factos referentes ao decretamento do acompanhamento, se for caso disso.

### 3.2. A audição pessoal e direta do beneficiário

Para conhecer a situação e a (in)capacidade do beneficiário de autorizar a propositura da ação de acompanhamento de maior por parte do seu cônjuge, unido de facto ou parente sucessível, sem dúvida que é indispensável a audição pessoal e direta do beneficiário. Se o estado anímico e de saúde é muitas vezes clinicamente comprovado pelos elementos documentais ou pelo relatório pericial juntos aos autos, apenas através do contacto direto com o futuro beneficiário, é possível fazer o requerido compreender em que consiste o processo de maior acompanhamento e perceber se existe ou não realmente uma incapacidade de o mesmo autorizar o prosseguimento do mesmo.

Antes de ser imposta pela CDPD, a audição da pessoa com capacidade diminuída já se encontrava prevista na Recomendação (99) 4 do Conselho da Europa, de 23 de fevereiro de 1999, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, relativa aos Princípios em Matéria de Proteção Legal dos Incapazes Adultos, no seu princípio 13 que consagra o direito de a pessoa visada ser pessoalmente ouvida em qualquer procedimento que possa afetar a sua capacidade jurídica. Neste seguimento, quer o artigo 139.º, do CC, quer os artigos 897.º, n.º 2 e 898.º, do CPC, impõem a obrigatoriedade da audição pessoal e direta do beneficiário, quer quanto ao pedido de suprimento de autorização, quer quanto à necessidade e aferição das medidas de acompanhamento necessárias e quanto à escolha do acompanhante.

A audição deve, sempre que possível, ocorrer no tribunal, com a presença física do beneficiário e demais intervenientes processuais. No entanto, não se desconhece que a situação clínica dos requeridos, muitas vezes acamados ou com cuidados de saúde que impossibilitam a sua deslocação, impõe

<sup>17</sup> Cf. TRC, ECLI:PT:TRC:2022:144.21.5T8PMS.C1.56 e TRG, ECLI:PT:TRG:2022:1386.21.9T8VNF.G1.94.

a deslocação do tribunal ao local onde reside o beneficiário, a fim de garantir o seu conforto e bem-estar. Por estes motivos, mas principalmente por questões de segurança, pode o tribunal também recorrer à audiência através de meios de comunicação à distância, com o auxílio e colaboração das instituições onde se encontram os requeridos ou com auxílio dos seus familiares e cuidadores, a fim de, mantendo o beneficiário no seu ambiente e junto de pessoas com quem convive diariamente, ser ao tribunal possível percepcionar diretamente a situação do beneficiário.

Entendemos esta audiência como obrigatória em todas as situações. É nesse sentido que interpretamos a lei, em consonância com os ditames dos diplomas internacionais.

#### 4. A possibilidade de sanção da falta de autorização do beneficiário, mobilizando os princípios processuais – a propósito de um caso prático

Acontece, porém, que, muitas vezes, os processos de acompanhamento de maior propostos no tribunal pelos requerentes necessitados de autorização são omissos do pedido de suprimento *in totum* ou da alegação da matéria de facto que o sustente.

Nestes casos, importa mobilizar os princípios basilares processuais. O nosso processo civil atual encontra-se pautado por princípios processuais que têm por escopo a efetiva tutela jurisdicional. Entre eles estão o princípio da gestão processual (artigo 6.º, do CPC) que permite ao juiz adotar as medidas que considere necessárias para o regular, eficaz e célere andamento do processo, privilegiando o conhecimento do mérito e adaptando o processo de forma a eliminar diligências que considere puramente dilatórias. Este preceito prevê ainda o dever de esclarecimento e o dever de convidar as partes

a esclarecer algum ponto fáctico. Ao julgador são atribuídos poderes de condução, de correção e de suprimento da inadmissibilidade do processo.

De acordo com o artigo 6.º, do CPC caberá ao juiz, no âmbito dos seus poderes de gestão processual dirigir ativamente o processo – promovendo um ajustado decorrer do mesmo e recusando diligências inúteis ou desnecessárias –, adotar mecanismos de simplificação e agilização processual, providenciar oficiosamente o suprimento da falta de pressupostos processuais e convidar as partes a praticar os atos necessários para a regularização da instância, sempre com vista à justa composição do litígio em prazo razoável, como impõe o artigo 6.º n.º 1, da CEDH e como tem vindo a ser destacado pela jurisprudência do TEDH<sup>18</sup>. No entanto, o âmbito deste poder-dever vai mais além, permitindo a adequação da tramitação de acordo com as especificidades da causa (artigos 547.º e 602.º, do CPC)<sup>19</sup>, observando sempre o princípio da proporcionalidade entre a tramitação e a complexidade da causa<sup>20</sup>. Para tanto, incumbe ao juiz, no exercício dos seus poderes de adequação formal e gestão material, procurar ao máximo sanar falhas formais e processuais.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> A título de exemplo, *Comingersoll S.A. v. Portugal*, ECLI:CE:ECHR:2000:0406JUD003538297, *Martins Castro e Alves Correia de Castro v. Portugal*, ECLI:CE:ECHR:2008:0610JUD003372906; *Flores Cardoso v. Portugal*, ECLI:CE:ECHR:2012:0529JUD000248909; *Associação de investidores do hotel apartamento Neptuno e outros v. Portugal*, ECLI:CE:ECHR:2013:0416JUD004633609 e *Guincho v. Portugal* ECLI:CE:ECHR:1984:0710JUD000899080.

<sup>19</sup> FARIA, Paulo Ramos de, e LOUREIRO, Ana Luisa, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil: os artigos da Reforma*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2013, 43.

<sup>20</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, *Cadernos de Direito Privado*, Braga, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, n.º 43, 2013, 12.

<sup>21</sup> “Esta ideia de que o juiz deve atuar *pro actione* significa que o juiz tudo deve fazer para alcançar a tutela jurisdicional efetiva dos nossos direitos, prevista constitucionalmente no artigo 20.º, da CRP” – MESQUITA, Miguel, nos seus ensinamentos ministrados na unidade curricular de Direito Processual Civil I no Mestrado em Ciências Jurídico-Civílicas/Menção em Direito Processual Civil, no ano letivo 2018/19.

A aplicação dos princípios da gestão e adequação processuais no âmbito do processo de acompanhamento de maior tem especial relevância, principalmente no que diz respeito ao momento da audiência direta e pessoal do beneficiário.

No modelo cooperativo de processo, baseado na busca pela verdade material, está enraizada uma ideia de prevalência do mérito sobre a forma: quer isto dizer que o juiz não deverá pôr fim à causa por questões meramente processuais.

É precisamente ao abrigo do princípio da prevalência do mérito sobre a forma, concatenados com os princípios da economia processual e da busca pela verdade material que o tribunal deve convidar o requerente carecido de autorização do beneficiário a formular ou aperfeiçoar tal pedido<sup>22</sup>.

Cumpre realçar a especificidade do processo em que nos encontramos. Trata-se, primeiramente, de um processo especial que se rege subsidiariamente pelas regras dos processos de jurisdição voluntária. No entanto, e mais importante ainda, é o objeto do processo: a capacidade jurídica do beneficiário.

A carência de tutela é demonstrada pelo estado situacional do beneficiário, muitas vezes com necessidades prementes de regularização da sua representação legal a fim de obter serviços e prestações cruciais ao seu bem estar, saúde e conforto. A urgência (não apenas do processo em si) da tutela do beneficiário não se compadece com a prolação de decisões meramente formais e que impliquem a instauração de um novo processo em virtude de o proposto se ter atido a questões puramente processuais. Não pode o julgador ficar-se por uma decisão formal.

Se quando perante um pedido deficientemente fundamentado, é por demais evidente que o juiz

deve formular um convite ao aperfeiçoamento, tal como previsto no artigo 590.º, n.º 2, al. b), do CPC, quando perante uma falta total do pedido, a doutrina tem-se dividido entre a prolação de uma decisão de absolvição de instância, por falta de legitimidade processual (artigo 557.º, al. e), do CPC) e o convite ao aperfeiçoamento.

Miguel Teixeira de Sousa vê como possível a mobilização do previsto no artigo 29.º, do CPC a fim de sanar a falta de legitimidade processual proveniente da falta de autorização do beneficiário para o requerente instaurar a ação de acompanhamento de maior.<sup>23</sup> Prevê o artigo 29.º, n.º 1, do CPC que “se a parte estiver devidamente representada, mas faltar alguma autorização ou deliberação exigida por lei, é designado o prazo dentro do qual o representante deve obter a respetiva autorização ou deliberação, suspendendo-se entretanto os termos da causa”. No entanto, na falta de resposta por parte do requerente, é proferida decisão de absolvição da instância.

A nossa proposta vai mais longe, sem ficarmos detidos em questões formais.

A problematização da sanção da ilegitimidade está intimamente interligada com a equidade entre as partes e com o poder-dever de igualação das partes, principalmente quando o objeto do processo está intrinsecamente relacionado com a dignidade da pessoa humana.

Como já percebemos, uma proposta de sanção da ilegitimidade ativa no processo de maior acompanhado apoiar-se-ia em princípios basilares do processo civil (princípios da verdade material, da cooperação, da economia processual e da gestão

<sup>22</sup> No mesmo sentido, PISSARRA, Nuno Andrade, *Processo especial de acompanhamento de maiores – Comentário aos artigos 891.º a 902.º do Código de Processo Civil*, Lisboa, AAFDL Editora, 2023, 73 e ss.

<sup>23</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de, “O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais”, in MONTEIRO, António Pinto (coord.), *Colóquio: O novo regime do Maior Acompanhado*, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, 68.

material), bem como no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. O julgador já não é aquele que aplica cegamente a lei, mas assume hoje um papel de “ministro da equidade”<sup>24</sup>.

A ausência do pedido de suprimento da autorização do beneficiário, ainda que haja lugar a convite de aperfeiçoamento, não deve ser obstáculo ao juiz, por si, aferir da capacidade do beneficiário autorizar a instauração do processo e havendo essa capacidade, de colher tal autorização. O tribunal pode, mobilizando os seus poderes de gestão e adequação formal, bem como os poderes inquisitórios, proceder à audição do acompanhado para, em sede de diligência, recolher os factos necessários à fundamentação da decisão de suprimento da autorização do beneficiário ou até recolher a autorização necessário do beneficiário para que o requerente prossiga nos autos.

Tal situação surgiu no âmbito de um concreto processo de acompanhamento de maior. Este processo especial foi instaurado pela Sónia que, invocando a síndrome demencial e o AVC isquémico sofrido pelo seu pai, de 84 anos, António, requereu o decretamento de medidas de acompanhamento. Neste caso nada foi referido, como acontece por diversas vezes, por esquecimento ou desconhecimento, quanto à autorização do beneficiário.

É ao Ministério Público, uma vez citado enquanto interveniente principal, que cabe indagar e suscitar a questão da efetiva incapacidade de o beneficiário autorizar o processo.

Passo fundamental para o julgador apreciar a autorização ou incapacidade para tal é a audição pessoal e direta do beneficiário. Este é o ponto chave para o tribunal aferir da legitimidade.

Muitas vezes, apesar da incapacidade para a tomada de decisões patrimoniais, os beneficiários são capazes de se manifestar com clareza e lucidez quanto à necessidade de apoio e de acompanhamento, bem como quem deverá providenciar tal apoio.

Privilegiando a audição pessoal, mesmo quando dotados de todos os elementos para a tomada de decisão, damos prevalência à vontade, autonomia e aos desejos do acompanhado, incluindo-o no processo de decisão.

Ora, neste caso do senhor António, não obstante a sua situação clínica, o facto de não conseguir ler nem escrever, não ser autónomo para se alimentar ou movimentar em virtude de se encontrar acamado, estávamos perante um senhor que conhecia o valor do dinheiro e tinha lucidez das suas limitações e da necessidade de ajuda, tendo logo indicado a sua filha como alguém em que confiava. Naquela diligência de audição pessoal e direta do beneficiário, com a presença da requerente, do requerido e do Ministério Público foi possível conferir legitimidade à requerente, em virtude da concessão de autorização para a sua filha prosseguir nos autos, tendo, desde logo, daí o tribunal apurado factos para a decisão de mérito que iria proferir, nomeadamente quanto às medidas necessárias e à acompanhamento a designar, em respeito das necessidades e desejos do beneficiário.

Em vez de ficarmos por uma decisão puramente formal, sopesando o risco de ouvido o beneficiário ter-se constado a total falta de fundamento do processo, quer por falta de legitimidade, quer por falta dos demais pressupostos substantivos, a especificidade da ação especial de acompanhamento de maior, pela fragilidade dos seus intervenientes e, não poucas vezes, a urgência de uma decisão que permita a movimentação de serviços e prestações de cuidado, determina que o tribunal mobilize os

<sup>24</sup> GASPAR, António Henriques, “A Justiça nas incertezas da sociedade contemporânea – O juiz hoje: de exegeta a ministro da verdade”, *Julgar*, Coimbra, Coimbra Editora, n.º 1, 2007, 28.

princípios e poderes que tem ao seu dispor para assegurar a realização da Justiça.

Se é certo que o formalismo processual traz segurança e certeza jurídicas aos intervenientes processuais, garantindo a sua igualdade e ainda a independência e a imparcialidade do tribunal, tais valores não se podem sobrepor à proteção dos cidadãos que recorrem à Justiça a fim de verem a sua situação pessoal e a sua capacidade jurídica acautelada, integrando o beneficiário no processo decisório e respeitando sempre que possível a vontade deste.

## 5. Conclusão

Em suma, o julgador não pode deixar de conhecer a questão da legitimidade processual ativa em momento prévio ao conhecimento do acompanhamento de maior. No entanto, deve mobilizar os seus poderes-deveres inquisitórios e de gestão processual para aferir em concreto, quer com recurso a elementos documentais, quer através da sua audição, a (in)capacidade de o beneficiário autorizar a instauração do processo de maior acompanhado, quando não seja requerido pelo próprio.

Se possível, deve o tribunal colher a autorização do beneficiário, mesmo nos casos em que o processo foi instaurado pelo Ministério Público, dando assim prevalência à sua vontade, integrando o beneficiário no processo decisório, tal como impõe a CDPD.

Para tal, assume particular relevo a audição pessoal e direta do beneficiário. Apesar de constanciar uma diligência de probatória (obrigatória), a mesma deve ter lugar ainda no momento do conhecimento do pressuposto da legitimidade processual, devendo o tribunal, ainda que perante a falta de pedido de suprimento de autorização, recolher a autorização ou atestar a incapacidade do requerido para autorizar o prosseguimento da ação.

Uma decisão que respeite a vontade do beneficiário, na qual ele tenha uma participação efetiva é uma decisão que respeita a sua autodeterminação e o livre desenvolvimento da sua personalidade e reafirma a sua dignidade enquanto pessoa humana. É isto o pretendido pela CDPD e pelo novo paradigma que a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto implementou no ordenamento jurídico português.



## Doutrina

# GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: QUEM É A MINHA MÃE?

## A PROBLEMÁTICA DO ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO EM CASO DE CONFLITO ENTRE A GESTANTE E O CASAL

Telma Oliveira Batista

Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**Resumo:** Com o presente estudo, propomo-nos a analisar e averiguar como se estabelece a filiação nos casos de gestação de substituição, sobretudo nas situações de discórdia entre a gestante e o casal beneficiário. Apesar de ser permitido, com a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, este contrato levanta muitas questões, não só éticas como jurídicas. A matéria é complexa, pelo que é necessário refletir e ponderar todos os interesses e direitos envolvidos. Foi essa especial complexidade que reclamou uma resposta legislativa que, apesar de ágil, ficou aquém do pretendido, deixando muitas lacunas e ambiguidade a pairar sobre certos aspetos.

Ainda que o cerne deste trabalho seja o estabelecimento da filiação, onde a principal questão, aparentemente singela de resolver, é “quem são os pais da criança nascida através da gestação de substituição?”, abordar-se-ão outros aspetos que, num Estado de Direito como é o nosso, merecem alguma atenção da nossa parte e, era de esperar que o legislador lha tivesse despendido.

**Palavras-chave:** Gestação de Substituição; Lei da Procriação Medicamente Assistida; estabelecimento da filiação.

**Abstract:** With this study, we propose to analyze and investigate how filiation is established in cases of surrogacy, especially in situations of disagreement between the pregnant woman and beneficiary couple. Despite being permitted with Law n.º 25/2016, of August 22, this contract raises many questions, not only ethical but also legal. The matter is complex, so it's necessary to reflect and consider all the interests and rights involved. It was this special complexity that required a legislative response that, despite being agile, fell short of what was intended, leaving many gaps and ambiguity hovering over certain aspects.

Although the core of this work is the establishment of filiation, where the main question, apparently simple to resolve, is “who are the parents of the child born through surrogacy?”,

other aspects will be addressed which, in a State of Law such as ours deserves some attention from us and it was to be expected that the legislator would have given it to them.

**Keywords:** Surrogacy Pregnancy; Medically Assisted Procreation Law; establishment of membership.

### 1. Introdução

A Ciência caminha a uma velocidade extraordinária, sobretudo na área da biotecnologia, observando-se mudanças drásticas e inovadoras. O Direito não fica indiferente a essas alterações e, também ele, acompanhando as conceções da sociedade e da Família, tem evoluído.

O Direito da Família é um dos ramos do Direito, no qual é notória a influência da realidade social. É talvez aquele em que mais se assiste à incorporação das transformações sociais pelos seus institutos. O tradicional modelo da filiação assenta na biparentalidade, pressupondo dois progenitores (pai e mãe) e os seus descendentes (um ou vários filhos). Porém, este paradigma, tem vindo a sofrer alterações, ao longo dos tempos. Hoje, o projeto de parentalidade pode ser realizado a *solo*, recorrendo à Ciência e às suas técnicas, à medicina, à genética. É graças a ela e aos seus avanços que a esperança sobrevive e se atenuam os efeitos nefastos da infertilidade que destrói, tantas vezes, o sonho de ter filhos. Infelizmente, é uma + realidade que

assola muitos casais<sup>1</sup> que anseiam gerar rebentos, deixar provas do seu amor.

A adoção é uma possibilidade, mas além de ser um processo moroso e complexo, muitos casais não prescindem do vínculo biológico e outros desistem dessa luta pelos entraves colocados<sup>2</sup>, pelo desgaste e, por vezes, vão até ao fim e é-lhes negada a sua pretensão.

Aliando a evolução da Ciência e do Direito, é hoje possível constituir família e estabelecer vínculos jurídicos recorrendo a técnicas de Procriação Medicamente Assistida (PMA). Há várias modalidades, nomeadamente, a fecundação *in vitro*, a inseminação artificial, a microinjeção intracitoplasmática de espermatozoides, transferência intrafalopiana de gâmetas e a gestação de substituição, vulgarmente conhecida como “barriga de aluguer”. Esta via não é uma novidade dos tempos modernos<sup>3</sup>. A prática mais reiterada torna notórios os problemas desencadeados, não só a nível jurídico como a nível social e ético.

Em Portugal, a gestação de substituição foi admitida, em casos muito restritos, com a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto. Até então, com a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, tal prática era proibida. Mas será que o legislador acautelou situações que

merecem tutela ou ainda há um longo caminho a percorrer para melhorar o regime? Como se estabelece a filiação nestes casos se o princípio basilar nesta matéria é o princípio da verdade biológica e o estabelecimento da maternidade resulta do parto? E a presunção de paternidade será de aplicar nesta situação? E se a gestante quiser ficar com a criança para si?

É o que nos propomos a averiguar com o presente estudo!

## 2. A gestação de substituição: definição, modalidades e considerações iniciais

### 2.1. O que é a gestação de substituição

Segundo a definição dada por GUILHERME DE OLIVEIRA, a gestação de substituição consiste num “contrato pelo qual uma mulher aceita gerar um filho, fazê-lo nascer, e se compromete a entregá-lo a outra mulher, renunciando em favor desta a todos os direitos sobre a criança, renunciando à própria qualificação jurídica de «mãe».”<sup>4, 5</sup>

Para gerar o embrião é necessário o material genético de duas pessoas, de um homem e de uma mulher, os espermatozoides e os ovócitos, respetivamente. Tal pode suceder de várias formas: 1. utilizando-se o material genético do casal, forma-se o embrião que é depois transferido para a mulher que aceita ter a gravidez; 2. fecundação do óvulo da gestante<sup>6</sup> com esperma do membro masculino do casal que quer ter a criança; 3. o embrião resul-

<sup>1</sup> Dados recentes da Associação Portuguesa de Fertilidade mostram que cerca de 15 a 20% dos casais de todo o mundo sejam atingidos por infertilidade, cerca de 300mil em Portugal. Artigo no Jornal Observador, publicado a 16.05.2022, com o título (In)fertilidade a dois, [consultado em 09.06.2023], disponível em <<https://observador.pt/2022/05/16/infertilidade-a-dois/>>.

<sup>2</sup> No conhecido caso *Paradiso e Campanelli*, o casal recorre à gestação de substituição, precisamente por lhe ter sido negada a hipótese de adotar uma criança de tenra idade. Tal sucedera por se entender, no ordenamento italiano, que essas adoções deviam ser acessíveis a casais mais jovens. Cfr. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), de 24 de janeiro de 2017, *Case Paradiso and Campanelli v. Italy*, n.º 25358/12 [consultado a 6 de junho de 2024], disponível em <<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-170359>>.

<sup>3</sup> Génesis, 30, 3. A história bíblica de Abraão e Sara representa o fenómeno da gestação de substituição. Esta tornou-se mãe através da sua escrava Hagar.

<sup>4</sup> Cf. OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma, duas! O contrato de gestação*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, 8-9.

<sup>5</sup> Em sentido idêntico, vide o art. 8.º, n.º 2 da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na sua versão original, que se manteve inalterado até hoje, no atual art. 8.º, n.º 1.

<sup>6</sup> Apesar desta hipótese ser a mais comum, a atual Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA) proíbe que a gestante de substituição seja, no mesmo projeto parental, gestante e dadora de ovócitos (Cfr. art. 8.º, n.º 4 da LPMA).

ta da fecundação do óvulo, de uma dadora, com espermatozoides do membro masculino do casal, sendo depois transferido para o útero da gestante; 4.º óvulo fecundado pertence à mulher do casal, mas com espermatozoides de um dador, e o embrião é transferido para a gestante; 5.º fecundação de um óvulo com espermatozoides, ambos de dadores, com posterior transferência do embrião para a mulher que vai desenvolver a gravidez; 6.º fecundação do óvulo da gestante com espermatozoides de um dador.

Na esteira do que defende VERA LÚCIA RAPOSO, nas duas últimas hipóteses acentua-se o grande problema da gestação de substituição. Segundo a Autora, por não existir um vínculo biológico, não “se pode alegar em seu favor (da gestação de substituição), que se trata de uma via das pessoas realizarem o seu (hipotético) direito a ter filhos. A substância deste direito reside na pretensão de ter filhos que transportem o material genético do próprio ou, ao menos do/a companheiro/a.”<sup>7</sup> Acrescentamos nós que, na segunda hipótese se podem levantar problemas, uma vez que a gestante tem um vínculo biológico com a criança, pelo que pode querer exercer as suas responsabilidades parentais e não entregar a criança como havia acordado.

Todavia, o legislador nacional parece ter vislumbrado os problemas levantados nestas situações e veio consagrar, expressamente, que a gestante não pode ser gestante e dadora do seu material genético no mesmo projeto e, pelo menos, um dos membros do casal beneficiário tem de contribuir com o seu material genético.<sup>8</sup> Desta feita, a lei atual não permite a ocorrência das duas últimas hipóteses para a formação do embrião, nem a segunda

situação descrita. Exigindo-se a ligação genética a, pelo menos, um dos membros do casal beneficiário e, proibindo essa ligação com a gestante, parece simples o estabelecimento da filiação. Mas estas exigências não apaziguaram os problemas levantados neste âmbito, tal como veremos.

## 2.2. Modalidades da gestação de substituição

Tradicionalmente, esta figura era vista como “adultério consentido”, uma vez que uma das formas (mais rudimentar) deste fenómeno era a relação sexual entre o membro masculino do casal e a gestante. Se em tempos seria a mais utilizada, hoje em dia é muito pouco frequente.<sup>9</sup>

Em alternativa, tem-se a fertilização *in vitro*. Com esta é possível que o sémén provenha quer do membro masculino do casal ou de um dador. Da mesma forma, os ovócitos podem ser do membro feminino do casal ou de uma dadora.

A gestação de substituição pode ainda mudar a regra de a mãe gestacional e a mãe genética serem a mesma pessoa. Segundo o critério da titularidade do ovócito, pode falar-se em maternidade de substituição genética (quando o óvulo pertença à mãe de substituição) ou em maternidade de substituição puramente gestacional (quando o óvulo não pertence à mãe de substituição, pertencendo antes ao membro feminino do casal ou a uma terceira mulher). A primeira não é permitida em Portugal devido às alterações introduzidas em 2016.

Havendo contrapartida patrimonial, uma retribuição para a gestante fala-se em maternidade de substituição a título oneroso. Não existindo essa

<sup>7</sup> Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, *De Mãe para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 14.

<sup>8</sup> Vide art.8.º, n.º 3 da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto que, na sua última alteração, com a Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, atual LPMA, veio consagrar essa solução no art.8.º, n.º 4.

<sup>9</sup> Na Alemanha, um homem estéril pagou ao seu vizinho para ter relações sexuais com a sua mulher para que esta engravidasse. Cf. COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva, “A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade”, Lusíada. Direito. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2012, 46 (nota 23).

contrapartida fala-se em maternidade de substituição a título gratuito.

Esta pode ainda ocorrer no meio familiar ou não, *i.e.*, a mãe de substituição tem uma qualquer ligação familiar com o casal beneficiário. Designar-se-á maternidade de substituição intrafamiliar quando essa ligação exista e maternidade de substituição extrafamiliar quando não exista.<sup>10</sup>

### 2.3. Terminologia usada

Há quem designe a mulher que assume a gestação, aquela que carrega a criança no seu útero até ao parto, por “mãe hospedeira”, “mãe de aluguer”. Na linha da doutrina anglo-saxónica, que usa o termo *surrogate mother*, a legislação nacional designa-a por “mãe de substituição”, o que sugere que há alguém que está a substituir a mãe verdadeira, biológica.

Na verdade, podíamos pensar que “mãe de substituição” seria o termo mais adequado para a mulher que vai ficar a criança, para a que contrata com a gestante. Note-se porém que, até para a contratante feminina, este substantivo é impreciso. Isto porque, por vezes, o membro feminino do casal contribui com os seus ovócitos, quer porque a infertilidade vem do seu par, quer porque o seu útero não é capaz de suportar a gravidez ou até por ausência dele. A ser assim, é esta a mãe biológica da criança que vai nascer; a gestante é apenas aquela que leva a cabo a gestação até ao momento do parto, nenhuma ligação genética tem com o feto.

JORGE DUARTE PINHEIRO designa “mãe de gestação” aquela que suporta a gravidez e “mãe de receção” aquela a quem será entregue a criança.

<sup>10</sup> Para mais desenvolvimentos *vide* PINHEIRO, Jorge Duarte, “Mãe portadora – a problemática da maternidade de substituição”, in *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Coimbra: Gestlegal, 2022, 111 e ss. E ainda, em RAPOSO, Vera Lúcia, nota 7, 31.

O primeiro termo parece-nos mais correto que o termo entre nós usado. Essa expressão não dá aso a confusões, pois percebe-se que esta “mãe” inicia a gravidez, dispõe-se a dar-lhe continuidade até ao momento do parto, momento este em que, após a entrega da criança ao casal, finda o seu papel.

Já o segundo, apesar de indicar que é aquela mulher que recebe a criança, parece de certa forma instrumentalizá-la, pois dá a perceção que é mãe no ato de receção. Com o devido respeito pela designação, mas não temos neste ato um serviço, uma espécie de atendimento, não se trata apenas de receber a criança, trata-se de acolhê-la, de cuidar dela continuamente, educá-la, acompanhá-la ao longo da sua vida, proporcionando-lhe não só condições de vida em termos económicos, mas também em termos de desenvolvimento psicológico, dando-lhe afeto, carinho, todo o amor que os pais devem dar aos filhos.

Posto isto, “mãe de gestação”, “mãe portadora” ou aludindo apenas à fase de gestação “gestante de substituição” (propomos nós) são designações preferíveis à usada entre nós – “mãe de substituição” –, referindo-se assim à mulher que se dispõe a ter a gravidez. A mulher que deseja a criança, no nosso entendimento, designar-se-ia “mãe acolhedora”, *i.e.*, acolhe a criança na sua vida, para dela fazer parte, como sendo sua biologicamente (quer tenha contribuído com o seu material genético ou não).<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Isto altera a máxima *mater semper certa est*, consagrando um desvio ao estabelecimento da maternidade plasmado no art. 1796º, n.º 1 do CC. Como veremos mais adiante, a lei determina que o estabelecimento da maternidade resulta do nascimento. Em caso de gestação de substituição, tal regra redundaria num vínculo que não corresponde à verdade biológica, pois muitas vezes o membro feminino do casal, embora não dê à luz, forneceu o seu material genético para a formação do embrião. Dessa forma, o critério para estabelecer a filiação tem de ser distinto do critério tradicional. Poderá argumentar-se ainda que, nos casos em que o material genético feminino provém de uma dadora e não do membro feminino do casal, não se respeita o princípio da verdade biológica. Mas como veremos, há mais critérios para estabelecer a filiação e, são esses critérios (nomeadamente o critério afetivo, o consentimento e a von-

### 3. Quem pode recorrer à gestação de substituição?

A Lei n. °32/2006, de 26 de julho, no seu art.8º proibia de forma genérica a maternidade de substituição, sancionando tais contratos com a figura da nulidade. Ao admitir-se foi necessário determinar quem podiam ser os beneficiários desta técnica.

Inicialmente, com a Lei n. °59/2016, de 4 de setembro, apenas se permitia que casais heterossexuais ou pessoas que vivessem em condições análogas às dos cônjuges (há pelo menos dois anos) recorressem às técnicas de PMA (não sendo ainda admitida a gestação de substituição). Com a alteração seguinte, ainda sem a admitir, alargou-se a legitimidade para aceder às técnicas de PMA.

A Lei n. °17/2016, de 20 de junho, veio consagrar o atual art.6º, n. °1º da LPMA. Segundo este, “podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual”.<sup>12</sup> Isto, genericamente, quanto às técnicas de PMA. Mas, em concreto, e uma vez consagrada a gestação de substituição, para determinar o leque de beneficiários, temos de fazer uma leitura articulada do referido art.6º, n. °1 com o art.8º, n. °2 da LPMA. Segundo este último, admite-se a gestação de substituição “a título excecional e

com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão ou outra situação clínica que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher”<sup>13</sup>. Portanto, só as mulheres, sozinhas, em casal (heterossexual ou homossexual) ou unidas de facto, que tenham estas condições, podem recorrer à gestação de substituição.

Surgem neste âmbito algumas questões. Em primeiro lugar perguntamos: o que se deve entender por “situação clínica que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher”? Este último segmento da norma parece-nos permitir que qualquer casal que sofra de infertilidade recorra à gestação de substituição, não a restringindo unicamente aos casos de ausência ou doença do útero. Na definição dada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), infertilidade consiste numa “doença do sistema reprodutivo masculino ou feminino com base numa tentativa fracassada de engravidar durante 12 meses seguidos ou mais”. Destarte, qualquer tipo de infertilidade, masculina ou feminina deve caber no último segmento do art.8º, n. °2 da LPMA.

Inevitavelmente, ocorrem-nos mais duas questões: (1) haverá outras motivações legítimas para alguém recorrer à gestação de substituição?; (2) e casais homossexuais masculinos ou simplesmente um homem sozinho? Poderá o sexo masculino recorrer à gestação de substituição?<sup>14</sup>

Quanto à primeira questão, cremos que sim. Imagine-se, por exemplo, exemplo, uma mulher

tade em recorrer à maternidade de substituição) que permitirão estabelecer a maternidade em relação ao membro feminino do casal (por ser esta a mãe da criança que vai nascer) e não em relação à gestante.

<sup>12</sup> Redação do atual art.6º, n. °1 da LPMA, alterado em 2016 com a Lei n. °17/2016, de 20 de junho, que veio alargar a legitimidade para recorrer às técnicas de PMA, ao invés de manter a restrição até então vigente (consagrada no art.6 da Lei n. °59/2007, de 4 de setembro), quanto a casais heterossexuais ou pessoas (de sexo diferente) que se encontrem em condições análogas à dos cônjuges há pelo menos dois anos. Admitindo a gestação de substituição, com a Lei n. °25/2016, de 22 de agosto, o referido art.6º, n. °1 é aplicável também a esta técnica.

<sup>13</sup> Redação atual do n. °2 do art.8 da LPMA.

<sup>14</sup> Apesar do cerne deste estudo ser o estabelecimento da filiação nas situações de gestação de substituição, não podemos deixar de fazer uma breve referência a este ponto, até para evidenciar a desproteção que a LPMA deixou a uma das partes deste contrato – aos beneficiários desta técnica –, sendo que neste caso se excluiu o sexo masculino do leque dos beneficiários. Porém, para mais desenvolvimentos *vide* Sá, Mafalda de, “O Estabelecimento da Filiação na Gestação de Substituição: À Procura de um Critério”, *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 15, n. °30, Coimbra, julho/dezembro 2018, 69-71.

que já viveu a experiência da maternidade e a gravidez foi marcada por diversas complicações físicas, no seu decurso, durante o parto, ou até tenha deixado mazelas a nível psicológico, *v.g.*, uma depressão grave; ou nos casos de fertilidade, onde é possível haver uma gravidez, mas essa é suscetível de gerar graves riscos à saúde da mulher<sup>15</sup> e da criança.<sup>16</sup> Entendemos que as “situações clínicas” às quais se refere o art.8º, n.º 2 da LPMA devem incluir outras situações, quer do foro físico, quer do foro psicológico, merecedoras de algum cuidado e proteção. Mais controversas são situações em que se pretende recorrer a esta técnica por motivos profissionais,

<sup>15</sup> Pensemos na hipótese em que a mulher é fértil, consegue suportar uma gravidez, mas sofre de Esclerose Múltipla (doença neurológica crónica e auto-imune). Nestes casos, a gestação não é em si mesma o problema, é antes vista como um “estado de graça”, uma vez que durante o seu decurso a atividade inflamatória diminui. O senão coloca-se no pós-parto. Os profissionais da área defendem que uma gravidez planeada, devidamente acompanhada, pode ocorrer sem percalços, mas há sempre uma preocupação por parte da gestante já que, o pós-parto acarreta um risco de novos surtos da doença. Da gravidez, nestes casos, podem advir riscos posteriores para a mulher pelo que, se devem tutelar situações como esta permitindo-se o recurso à gestação de substituição para contornar estes obstáculos e realizar o sonho da maternidade. Notícia publicada no Jornal Público, a 04.12.2022, [consultado a 06.10.2023], disponível em <<https://www.publico.pt/2022/12/04/impair/noticia/gravidez-esclerose-multipla-especie-estado-graca-2029993>>.

<sup>16</sup> A diabetes *mellitus* (quer a tipo 1, quer a tipo 2), vulgarmente conhecida como diabetes, é uma doença metabólica crónica que pode acarretar vários problemas, sobretudo quando não seja devidamente tratada. Estas situações, quando se verificarem numa gravidez, podem gerar riscos não apenas para a gestante diagnosticada com a doença (riscos esses como aborto espontâneo, parto pré-termo, pré-eclampsia) como para o feto. Para este, os riscos passam por malformações fetais, macrosomia, hipoglicemia neonatais, etc. Uma alimentação cuidada, a toma de insulina/comprimidos de forma correta, o controlo um tanto rigoroso da doença são fatores preponderantes para níveis de glicemia normais, dentro dos limites para ter uma vida normal e saudável. Contudo, outros fatores como a ansiedade e *stress* podem influenciar os níveis de glicemia e levar ao seu descontrolo. Devido às alterações hormonais que ocorrem durante a gravidez, estas situações podem suceder facilmente e levar ao aumento dos níveis de glicemia, desencadeando alguns riscos para a saúde da gestante e do feto. Por isso, seria de admitir que em situações como esta a mulher diabética tivesse ao seu dispor uma alternativa como a gestação de substituição para realizar o seu projeto da maternidade, de forma a zelar, não só pela sua saúde, como pela saúde da criança que vai nascer. Para mais informações sobre o tema consultar a página *web* “Controlar a diabetes”, [consultada em 10.10.2023], disponível em <<https://www.controlaradiabetes.pt/controlo-da-diabetes/engravidar-com-diabetes>>.

nomeadamente, profissões em que a aparência física seja fulcral (como modelo, atriz, etc.). Embora não seja permitido e possa haver alguma recusa, com o passar do tempo cremos que estes motivos possam vir a ser reconhecidos pela lei, para recorrer à gestação de substituição.

Já quanto à segunda questão, não se percebe porque é que um homem que tenha o desejo de ser pai, mas não queira uma relação com outra pessoa e, sozinho, ou mesmo um casal homossexual, queira recorrer a esta técnica, e lhe seja vedado esse acesso. Mais, é vedado este acesso a homens, mas a lei admite que uma mulher sozinha ou um casal homossexual feminino possa recorrer à gestação de substituição se sofrerem de infertilidade. Não estaremos aqui perante uma clara violação do princípio da igualdade (art.13º da CRP) e da não discriminação?<sup>17</sup>

Veja-se que seria de prever, precisamente na gestação de substituição, que se concedesse ao sexo masculino esta legitimidade, uma vez que nesta intervém uma mulher estranha ao casal ou ao beneficiário para desenvolver a gestação. Se não é de espantar que nas restantes técnicas de PMA se restrinja a legitimidade ao casal ou à mulher sozinha, já nos espanta que na gestação de substituição se faça tal restrição.

Uma interpretação literal, levar-nos-ia a concluir que essa restrição é legítima, pois o art.8º, n.º 2 da LPMA fala em “gravidez da mulher”, ou seja, o motivo legítimo para recorrer à gestação de substituição prende-se com causas impeditivas de uma

<sup>17</sup> Israel consagra uma solução idêntica à solução nacional, onde somente casais heterossexuais e mulheres solteiras podiam ter filhos recorrendo à gestação de substituição. Muito recentemente, a lei mudou e veio permitir-se que casais homossexuais, homens solteiros e pessoas transsexuais pudessem recorrer à gestação de substituição. Considerou-se que tal solução violava, de forma desproporcional, o direito à igualdade e o direito à paternidade e, por isso, o sexo masculino passou a integrar o leque dos beneficiários da gestação de substituição. Notícia na íntegra no Jornal Observador, publicada a 04.01.2022, [consultado em 05.06.2023], disponível em <<https://observador.pt/2022/01/04/israel-permite-que-casais-homossexuais-recorram-a-barrigas-de-aluguer/>>.

gravidez por parte da mulher beneficiária. É aliás, um forte argumento para a exclusão dos homens do leque de beneficiários – é da ordem natural da vida ser a mulher que dá à luz, por isso, é legítimo excluir os homens pois, estes nunca poderão ter uma gravidez. Mas se fizermos aqui uma interpretação literal também teríamos de a fazer no art. 8º, n.º 3 da LPMA e excluir do leque dos beneficiários as mulheres que, sozinhas, recorrem à gestação de substituição. Veja-se que a referida norma fala em “gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários”, pressupondo que é um casal. Uma mulher, só por si, não consegue gerar o embrião, já que é sempre necessário o material genético de duas pessoas. Posto isto, a conclusão a que chegamos é só uma: a lei é contraditória, incoerente na sua formulação!

Não defendemos, de todo, a exclusão de uma mulher sozinha do leque de beneficiários. Mas se admitimos que pode aceder a esta técnica, também se deve admitir que um homem sozinho o faça e, se casais homossexuais femininos têm legitimidade, por maioria de razão, os casais homossexuais masculinos também terão de a ter. Caso contrário, verificar-se-á a falta de “coerência valorativo-sistemática” e “[s]e o ordenamento jurídico aceita e regula o recurso à PMA em estruturas familiares homossexuais ou monoparentais e esse mesmo ordenamento aceita e regula a gestação de substituição, então não pode decorrer dessa conjugação positiva, uma incoerência – aliás discriminatória – quanto aos sujeitos que podem aceder às técnicas de auxílio à procriação.”<sup>18</sup> Sufragando a opinião de MAFALDA SÁ, concluímos que nas situações *supra* enunciadas se devia admitir o recurso à gestação de substituição, respeitando-se o princípio da igualdade

de e o direito a constituir família.<sup>19, 20</sup>

#### 4. Admissibilidade do contrato de gestação

##### 4.1. Gestação de substituição: dádiva da ciência ou atentado aos Direitos Fundamentais?

O contrato de gestação coloca imensos desafios ao Direito. Embora a sua admissibilidade esteja consagrada legalmente, as controvérsias continuam a existir e há vários argumentos num sentido e noutro. Resta saber se deve ser permitida a famosa “barriga de aluguer” e se os problemas por ela suscitados são inultrapassáveis.

###### 4.1.1. Prós e contras da sua admissibilidade

###### a) Argumentos contra a gestação de substituição

Os opositores deste método invocam sempre a contrariedade a princípios fundamentais, desde logo e primordialmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

<sup>19</sup> Note-se que o conteúdo deste direito tem vindo a transformar-se, a flexibilizar-se e hoje, constituir família não passa, necessariamente, por celebrar casamento. A família hoje não assenta apenas no tradicional modelo familiar: a família nuclear, dois progenitores (pai e mãe), geralmente casados, e um ou vários filhos. Há uma abertura à interpretação do art. 36º, n.º 1 da CRP que admite outras formas de constituir família. É reconhecida a família monoparental, a família recomposta, a união de facto, o casamento homossexual, etc. Assim, não vemos justificação para se privar um homem sozinho de constituir família ou um casal homossexual masculino de ter filhos através de meios legalmente permitidos. Esta realidade é uma nova forma de constituir família, na generalidade, aceite nos dias de hoje, que encontra fundamento não só no direito a constituir família, como no princípio da igualdade.

<sup>20</sup> No entendimento de PAMPLONA CORTE-REAL, quando não era permitida a procriação artificial por mulheres solteiras ou casais homossexuais, violava-se, não só o princípio da igualdade, como também o respeito pela liberdade de orientação sexual. Cf. CORTE-REAL, Carlos Pamplona, “Os Efeitos Familiares e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.)”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I., Direito Privado e Vária, estudos org. por António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes, Coimbra, Almedina, 2002, 355-356.

<sup>18</sup> Cf., SÁ, Mafalda de, nota 14, 71.

Um dos argumentos com maior pertinência contra a gestação de substituição é o da instrumentalização da criança. Sem fazer distinção entre o contrato gratuito ou oneroso<sup>21, 22</sup>, é defendido que a criança serve os interesses e desejos dos “pais”. A pensar assim, e analisando casais que conseguem, por eles, ter filhos haverá aqueles que se projetam nestes, traçam o seu futuro minuciosamente, algumas vezes os filhos são a “tábua de salvação” do casamento “tremido”, e haverá aqueles que são concebidos por haver uma hipótese de a criança que vai nascer ser compatível com outro filho do casal que, por motivos de doença, precisa de um transplante. Questionamos: não serão estas situações, ditas “uma gravidez normal”, um meio para atingir um fim? Não está aqui patente a instrumentalização da criança que vai nascer?

Ademais, invocam que a criança sofrerá com as consequências psicológicas nefastas e, o seu direito ao conhecimento das origens será violado pelo facto de ter nascido nestas circunstâncias, violando-se assim o art. 7º e 8º da Convenção dos Direitos da

<sup>21</sup> Quanto à onerosidade do contrato, vozes contra alegam que o preço pela gestação e pela criança levam à coisificação da pessoa e, portanto, ofendem a dignidade da pessoa humana. Contra-argumentam os defensores da onerosidade que se trata apenas do pagamento de um serviço, fazendo a analogia entre tal pagamento com o aquele que se faz a um médico que proceda a uma fertilização *in vitro*. Para mais desenvolvimentos *vide* OLIVEIRA, Guilherme de, nota 4, 23.

<sup>22</sup> Pela nossa parte, não negamos à partida o carácter oneroso do contrato pois, é uma questão complexa que merece a sua análise própria. Porém, reconhecemos a perplexidade que possa causar a um casal pagar a outrem para terem um filho. E se defendemos que a gestação de substituição deve estar envolta num espírito de solidariedade, altruísmo é difícil aceitar a onerosidade do contrato. Mas não podemos afirmar que este espírito impediria a onerosidade do contrato. Desde logo, a gestante já o poderá ter, mesmo que minimamente, quando aceita ceder o seu útero. É certo que sabe que vai receber uma contrapartida, mas o ajudar a gerar um filho para outrem não se traduz numa qualquer quantia pecuniária, nem num qualquer serviço, trata-se de ajudar a gerar uma vida cujo valor é inestimável. E, por outro lado, não podemos repudiar (sem mais) o pagamento à gestante nestas situações quando nas outras técnicas de PMA os valores a pagar pelos beneficiários são, muitas vezes, exorbitantes e as taxas de sucesso não os acompanham. Admitimos porém, que a gratuidade do contrato seja a melhor forma de garantir a protecção da gestante, salvaguardando a sua dignidade enquanto pessoa.

Criança. Contudo, seguimos de perto VERA LÚCIA RAPOSO quando refuta estes argumentos. A Autora faz o paralelo com a adoção e faz o seguinte reparo: “(...) igualmente lesiva para os direitos da criança, mormente em termos de perturbações psicológicas, se pode revelar a adopção e nunca se suscitou a questão de por esse motivo a proibir.”<sup>23</sup> E acrescenta que “a criança assim gerada (através da gestação de substituição) terá a certeza de ter sido muito desejada e, portanto, nunca padecerá do trauma de filhos «acidentais»”<sup>24</sup>.

À semelhança da criança, também a mãe de substituição é instrumentalizada. Isto porque, o facto de gerar um filho para terceiros colide com a dignidade da pessoa humana; além dos cuidados a ter durante uma gravidez, nestas situações, a gestante está sujeita ao controlo por parte do casal beneficiário; e a entrega da criança após o parto é vista como um acontecimento com grande impacto psicológico negativo. Mas veja-se que, gerar um filho para terceiros pode ser uma atitude altruísta, pressupomos que a gestante age de livre vontade, completamente informada e também por isto, ao aceitar conscientemente suportar a gravidez para outrem, sabe que no final entrega a criança ao casal que se propôs a ajudar. Por outro lado, é normal que o casal beneficiário queira acompanhar de perto a gravidez e há comportamentos de risco que a gestante não poderá praticar.

Invoca-se ainda que a mãe de substituição está a renunciar a algo irrenunciável — os progenitores não podem renunciar às responsabilidades parentais previstas no art. 1882º, n.º 1 do Código Civil (CC), salvas as exceções previstas para a adoção. Na verdade, não temos aqui uma renúncia às responsabilidades parentais parentais, uma vez que estas são

<sup>23</sup> Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, nota 7, 48.

<sup>24</sup> Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, nota 7, 48.

exercidas pelos pais no interesse dos filhos. Ora, a mãe de substituição não é mãe da criança que nasce através da gestação de substituição por isso, não pode renunciar a algo que não lhe compete exercer.

Compara-se ainda esta figura com a adoção e diz-se que o consentimento da mãe de substituição não é válido, pois o art. 1983º do CC exige que decorra o prazo de 6 semanas após o parto, para o consentimento ser válido no âmbito da adoção. São duas situações distintas. Este prazo após o parto é exigido para que a decisão da mãe biológica da criança não seja precipitada, provocada pelo estado pós-parto. Na gestação de substituição, a gestante não é a mãe biológica da criança e sabe *ab initio* que o seu papel naquele projeto é ajudar um casal que não consegue ter filhos e, por isso, depois do parto, esse papel finda com a entrega da criança.

O argumento que mais nos interessa analisar é o da indeterminação da maternidade e paternidade que analisaremos mais adiante.

### *b) Argumentos a favor da gestação de substituição*

Do outro lado da moeda, podemos encontrar argumentos que abonam a favor da maternidade de substituição.

Desde logo, ao admitir-se a gestação de substituição permite-se a realização do direito a constituir família (art. 36º, n.º 1 da CRP) e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º, n.º 1 da CRP).

Quanto à inclusão das técnicas de PMA nestes direitos, *i.e.*, se há um direito à reprodução que permite realizar os direitos *supra* referidos e, por isso, é legítimo recorrer à procriação assistida (incluindo à gestação de substituição) há controvérsias. A solução estará em perceber se há um direito a procriar e se este é protegido e integrado na CRP.

Se a Constituição da República Portuguesa (CRP) o consagra então, em nome do princípio da igualdade, devem criar-se as condições para o exercício do direito a procriar, sem esquecer que há cidadãos que não têm essas condições. Por conseguinte, existindo este direito a ter filhos, admitir a gestação de substituição fomenta ainda o respeito pelo princípio da igualdade entre os casais que conseguem ter filhos de forma natural e os que sofrem de infertilidade.

Abrindo-lhe a porta cumpre-se ainda, o disposto no art. 67º, n.º 1 da CRP. Isto porque, para a realização pessoal dos membros da família, pode ser necessária a reprodução. A CRP consagra um direito dos membros da família à efetivação de todas as condições que permitam a sua realização pessoal. Ora, se os membros da família têm este direito, o Estado tem um dever de o efetivar, cumprindo-lhe criar as condições e regular o modo de os membros da família realizarem os seus direitos. Avocando as palavras de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “o legislador constitucional impõe, em primeiro lugar, um dever de regulamentar a procriação medicamente assistida. Ao fazê-lo, num artigo sobre a família, a Constituição claramente evidencia a relevância da procriação medicamente assistida para a efetivação do direito fundamental a procriar.”<sup>25, 26</sup> Reiteramos que deve ter-se sempre em atenção a salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

A gestação de substituição pode ainda ser vista como uma dádiva da vida. O gerar um filho para outrem é um ato de valor inestimável, pois no fun-

<sup>25</sup> Cf. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2ª ed. rev., com a colaboração de GARCIA, Maria da Glória et al., 2ª ed. rev., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, 985-986.

<sup>26</sup> Sobre o direito a procriar, admitindo que existe um verdadeiro direito, cumpre saber se este admite o recurso à gestação de substituição. Ou seja, é necessário averiguar se é permitido o recurso à gestação de substituição invocando um direito a ter filhos. Sobre esta problemática pronunciar-nos-emos no ponto seguinte deste trabalho.

do, está a criar-se uma vida que é muito desejada, no caso, pelo casal beneficiário que só por si não a consegue gerar. Usando as palavras de VERA LÚCIA RAPOSO, “se entendermos que o direito à vida é o mais básico dos direitos da pessoa humana, todas as ações que o fomentem ou favoreçam terão que ser legalmente admitidas.”<sup>27</sup>

#### 4.2. Direito a ter filhos?

Consagrado no art. 36º, n.º 1 da CRP está o direito a constituir família. Se é certo que este direito, nos dias de hoje, está autonomizado do direito a celebrar casamento, mais dúbio é se nele se inclui o direito a ter filhos ou, indo mais longe, se este último existe mesmo ou não passa de um mero desejo ou aspiração “egoísta” do ser humano.

O direito a constituir família possui várias vertentes. No entendimento de VERA LÚCIA RAPOSO, seguindo de perto GUILHERME DE OLIVEIRA<sup>28</sup>, “[a] «família» de que aí se fala (no art. 36º, n.º 1 da CRP) engloba, não apenas o matrimónio, mas também a procriação, livre de obstáculos ao estabelecimento da filiação.”<sup>29</sup> Assim, tal como o direito a celebrar casamento integra o direito a constituir família, mas não é nem necessário, nem imprescindível para o realizar, o mesmo sucede com o direito a ter filhos. Este integra o direito a constituir família, mas assim como há família além do casamento, há família além da descendência.

GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA entendem que “[O] direito a constituir família implica não apenas o direito de estabelecer vida em comum e

o direito ao casamento, mas também um direito a ter filhos”<sup>30</sup>. Admitem porém, que poderá ser mais controverso invocar o direito a ter filhos para recorrer à gestação de substituição.

Também JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS admitem que “[O] direito a constituir família significa, neste contexto, que todas as pessoas, independentemente de contraírem ou não casamento, têm um direito fundamental a procriar.”<sup>31</sup> Mas consideram que não é um direito absoluto e há restrições, nomeadamente, no recurso às técnicas de PMA.

Apesar de concordarmos inteiramente com estes Autores, não podemos deixar de questionar e analisar o seguinte: existindo um verdadeiro direito a procriar, será que a procriação que integra o conceito de família se restringe apenas à procriação natural, ou inclui também as técnicas de reprodução medicamente assistida?<sup>32</sup>

Para responder a esta questão, a doutrina move-se entre duas posições. De um lado, para PAMPLONA CORTE-REAL o direito a procriar compreende a procriação natural e a procriação artificial, *i.e.*, a procriação medicamente assistida, incluindo-se nesta a gestação de substituição. Entendimento em contrário, nas palavras do Autor, “seria relativamente limitado ao alcance da tutela constitucional da procriação medicamente assistida, nos termos do art. 67º, n.º 2, al. e).”<sup>33</sup> Em sentido contrário, parece inclinar-se GUILHERME DE OLIVEIRA ao entender que “o direito a procriar dê aos inférteis uma

<sup>27</sup> Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, nota 7, 88.

<sup>28</sup> Sem deixar margem de dúvidas também GUILHERME DE OLIVEIRA entende que o direito a constituir família configura um direito fundamental a procriar. Cf. OLIVEIRA, Guilherme de, “Aspectos jurídicos da procriação assistida”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, 1989, 768.

<sup>29</sup> Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, nota 7, 75.

<sup>30</sup> Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 567.

<sup>31</sup> Cf. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, nota 25, 590.

<sup>32</sup> Também PAMPLONA CORTE-REAL faz esta questão não só quanto à gestação de substituição como para outras técnicas de PMA. O Autor responde afirmativamente justificando que “parece ser de valer entre nós, e à face da nossa lei, um recorte conceptual alargado, do direito a procriar, abarcando a procriação artificial através de processos médicos aceites e juridicamente reconhecíveis.” Cf. CORTE-REAL, Carlos Pamplona, nota 20, 355.

<sup>33</sup> Cf. CORTE-REAL, Carlos Pamplona, nota 20, 355.

expectativa razoável e uma legitimidade de princípio para se socorrerem dos meios técnicos que a sociedade alcançou.”<sup>34</sup> Contudo, essa expectativa e legitimidade não se traduzem numa legitimidade absoluta, pois não lhes confere o direito de recorrer a todo e qualquer meio para procriar.

Pela nossa parte, cremos que, aquando da elaboração do texto constitucional, não se terá pensado nestas hipóteses. Mas a verdade é que “mudam-se os tempos, mudam-se as vontades” e se o legislador veio prever e regular novas formas de procriar, temos de interpretar os preceitos em conformidade com esta nova realidade, temos de fazer uma interpretação atualista e enquadrar no conceito de família o direito à reprodução através de técnicas de PMA. Na esteira de VERA LÚCIA RAPOSO, entendemos que “[a] interpretação da Constituição tem necessariamente que ser uma tarefa dinâmica, sob pena de o texto constitucional se tornar obsoleto e desadequado ao alucinante ritmo dos tempos.”<sup>35</sup>

Ao concordarmos com tal entendimento não queremos defender toda e qualquer mudança neste âmbito, uma vez que admitir tal solução podia redundar na descaracterização do instituto que é a família. Veja-se, porém, que o resultado final da gestação de substituição acaba por representar aquilo a que, tradicionalmente, chamamos “família” – dois progenitores e um filho. Apenas o caminho para o conseguir é diferente do tradicional – ao invés da relação sexual entre os membros do casal, recorre-se a uma terceira pessoa (uma mulher) para suportar a gravidez e dar à luz o filho do casal. Mas, a essência da família, o núcleo essencial está presente na gestação de substituição, não originando esta a descaracterização da família enquanto instituto. Assim, sendo admitida a gestação de substituição (e as de-

mais técnicas de PMA), aqueles que não conseguem de modo natural exercer o seu direito a ter filhos, podem fazer valer este seu direito pela via que o Homem criou através da Ciência. Estamos convencidos de que se trata de um verdadeiro direito que assiste a todos e, por isso, o Estado tem de criar as condições necessárias à realização deste, uma vez que há pessoas que não conseguem realizá-lo naturalmente.

VERA LÚCIA RAPOSO entende que “[o] direito de acesso à PMA, como vertente do direito de reprodução, faz parte do leque de direitos fundamentais consagrados na CRP.”<sup>36, 37</sup> Ora, os direitos fundamentais apenas podem ser restringidos pela Constituição e esta impõe que as técnicas de PMA respeitem sempre o princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, note-se que invocar a dignidade da pessoa humana não permite fundamentar toda e qualquer restrição e crítica à maternidade de substituição, já que este reside no universo do Direito com outros princípios, com os quais tem de se compatibilizar. A gestação de substituição a título gratuito é um puro ato de altruísmo, de solidariedade, não afrontando assim tal princípio.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Cf. 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, Almedina, 2014, 371.

<sup>37</sup> No mesmo sentido se parecia inclinar GUILHERME DE OLIVEIRA que, inicialmente, não defendia a admissão da gestação de substituição. Mas já admitia que “(...) enquanto liberdade fundamental, o direito a procriar dê aos inférteis uma expectativa razoável e uma legitimidade de princípio para se socorrerem dos meios técnicos que a sociedade alcançou; porém, isto não pode significar a atribuição de uma legitimidade indiscutível para usar um qualquer meio concreto, tecnicamente possível.” Cf. OLIVEIRA, Guilherme de, nota 4, 50-51.

<sup>38</sup> Já no início do século XXI, defendia VERA LÚCIA RAPOSO que “(...) no atual horizonte jurídico-social, a norma terá que ser entendida como a consagração, não só de um direito à procriação pela via puramente biológica, como também de um direito à utilização dos meios científicos aptos à procriação, isto é, um direito de acesso às soluções desenhadas pela ciência e pela técnica, desde que não vedadas pela lei. Por sua vez, as proibições legais que venham a ser consagradas deverão de se fundar na proteção dos direitos, interesses e bens jurídicos que cumpra salvaguardar.” Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, nota 7, 76.

<sup>34</sup> OLIVEIRA, Guilherme de, nota 4, 50-51.

<sup>35</sup> Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, nota 7, 76.

Em síntese, entendemos, na senda do que foi explicitado, que existe efetivamente um direito a ter filhos, quer sejam biológicos ou não, quer seja de modo natural ou recorrendo a técnicas de PMA. Mas defendemos a existência de um direito a ter filhos, não o direito de os exigir. Ou seja, aquilo que tem de se garantir são as condições para ter um filho. Admitir e regular a gestação de substituição é criar condições para realizar este direito a ter filhos. Há por parte do Estado um dever, uma obrigação. Mas note-se que não é uma obrigação de resultados, mas antes uma obrigação de meios. Ou seja, em conformidade com o art.36º, n.º 1 e 67º, n.º 1 e 2, al. e) da CRP, o Estado deve regular as técnicas de PMA, criar condições de acesso em termos de igualdade e ponderar os direitos e interesses de todos os intervenientes, de forma a salvaguardá-los, isto porque, existe um verdadeiro direito a ter filhos consagrado, ainda que de forma indireta, nos arts.36º, n.º 1 e 67º, n.º 1 da CRP e, de forma mais concreta, fazendo a clara menção às técnicas de PMA, na al. e) do art.67º, n.º 2 da CRP.

## 5. Quem é a minha mãe? – O estabelecimento da filiação na gestação de substituição<sup>39</sup>

### 5.1. Estabelecimento da maternidade

A maternidade fica estabelecida mediante declaração, tendo de se verificar o disposto nos arts.1803º a 1825º do CC. O estabelecimento da maternidade é algo simples, uma vez que o parto é um facto ostensivo, o que leva a que relativamente à

<sup>39</sup> Mais adiante veremos que o estabelecimento da filiação coloca, ou pode colocar, problemas quando se recorre à gestação de substituição, não só quando ocorre em território nacional, mas também nas situações em que ocorre o turismo reprodutivo, ou seja, quando os nacionais de um país onde esta técnica é proibida se deslocam para outro país de modo a concluir o processo da gestação de substituição. Analisaremos alguns casos e a opinião do TEDH.

mãe a filiação resulte do nascimento.<sup>40</sup> Este, “além do valor social ou emocional que tem, constitui o fundamento de uma presunção de que a mulher que gerou também forneceu o óvulo; isto é, de que a mãe geradora também é a mãe genética.”<sup>41</sup> Portanto, mãe é aquela que dá à luz, vigorando o princípio *mater semper certa est*, previsto no art.1796º, n.º 1 do CC. Desta feita, “a filiação jurídica (materna) corresponde à filiação biológica oriunda do nascimento”<sup>42</sup>. Seguindo esta regra, na gestação de substituição, mãe será a gestante que dará à luz.

Esta era a solução que a LPMA, na versão original, consagrava no art.8º, n.º 3<sup>43</sup>. Estabelecia-se que, havendo contrato de gestação, a gestante era, para todos os efeitos, mãe da criança que nascesse. De facto, a gestante, não raras vezes, contribuía com o seu material genético para a formação do embrião, sendo efetivamente, a mãe biológica da criança. Mas também podia dar-se a hipótese de ocorrer uma maternidade de substituição puramente gestacional, na qual o material genético provém do membro feminino do casal beneficiário ou de uma dadora. Nesta situação, o estabelecimento da maternidade era falso e ia contra o princípio da verdade biológica.

<sup>40</sup> O estabelecimento da maternidade resulta, em regra, do nascimento. Quando existe gestação de substituição não pode valer esse critério, pois a gestante não é a mãe genética da criança, uma vez que a lei proíbe que ela contribua com o seu material genético. Assim, o estabelecimento da maternidade na gestação de substituição não pode ser efetuado como que de modo automático através do nascimento. Aqui, mãe será aquela que quer ser mãe ao assumir o projeto da maternidade, devendo ser esta indicada como tal aquando da declaração do nascimento. Sobre esta problemática, pronunciar-nos-emos mais adiante neste estudo.

<sup>41</sup> Cf. OLIVEIRA, Guilherme de, nota 4, 74.

<sup>42</sup> Cf. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, “Investigação da Filiação”, in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol.II, Coord. José de Oliveira Ascensão, Coimbra, Almedina, 2008, 43.

<sup>43</sup> Redação do art.8º, n.º 3 da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (LPMA na sua versão original): “A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como mãe da criança que vier a nascer.” Simplificando a letra da lei, mãe seria aquela que dava à luz, a gestante.

Com a alteração trazida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, ao admitir-se a gestação de substituição, veio estabelecer-se que os pais do nascituro serão o casal beneficiário e não a gestante (*vide* art.8.º, n.º 7). Assim, mãe da criança é o membro feminino do casal beneficiário.

A última versão da LPMA, a Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, no atual art.8.º, n.º 9, mantém a solução anterior com a ressalva do consentimento das partes ser válido e eficaz. Neste campo, o legislador foi cauteloso e estabeleceu que para tal suceder, pelo menos um dos membros do casal tem de contribuir com os seus gâmetas e a gestante não pode ser gestante e dadora de ovócitos, simultaneamente. Ademais, na própria definição de “gestação de substituição” a lei é clara ao referir que a gestante renuncia aos poderes e deveres próprios da maternidade<sup>44</sup> (art.8.º, n.º 1, *in fine* da LPMA). Assim sendo, podíamos concluir que em casos de gestação de substituição, no que toca ao estabelecimento da filiação, não há um verdadeiro problema, pois a lei estabelece que a criança é filha do casal beneficiário.

Porém, a última alteração veio consagrar, no art.8.º, n.º 10 da LPMA, que a gestante pode revogar livremente o seu consentimento até ao registo da criança.

Questionamos: afinal, quem é a mãe da criança?

## 5.2. Estabelecimento da paternidade

Quanto ao estabelecimento da paternidade, a lei estabelece a presunção *pater is est*<sup>45</sup> (*vide*

<sup>44</sup> Já tivemos oportunidade de nos referir a esta “renúncia” e, em nosso entender, não se trata de uma verdadeira renúncia, uma vez que o exercício dos poderes e deveres da maternidade (e paternidade) cabem aos progenitores e a gestante não é progenitora da criança que nasce através da gestação de substituição.

<sup>45</sup> A presunção consiste na ilação que se retira de um facto conhecido para chegar a um facto desconhecido. No que respeita ao estabelecimento da

art.1826º e ss. do CC), quando a parturiente seja casada; a não ser, poderá estabelecer-se por perfilhação (art.1849º e ss. do CC); ocorrendo uma ação de investigação da paternidade, estabelecer-se-á por decisão judicial (art.1864º e ss. do CC).

A admitir a regra do art.1796º do CC, o pai seria o marido da gestante, se esta for casada; não sendo, o membro masculino do casal beneficiário teria de fazer uma perfilhação.

Quanto à paternidade, permita-se-nos a ousadia, admitir esta solução seria surreal. Veja-se que, na maioria das situações, o membro masculino do casal beneficiário é o dador de esperma, pelo que é o pai biológico da criança. Aplicando o *supra* explicitado, haveria situações em que a paternidade não corresponderia à verdade biológica e não seria proporcional exigir a impugnação da paternidade e a posterior perfilhação da criança pelo membro masculino do casal beneficiário. Além de não ser proporcional, a própria lei veio negar a legitimidade para impugnar a paternidade quando haja inseminação artificial e o cônjuge tenha prestado o seu consentimento (*vide* art.1839º, n.º 3 do CC).<sup>46</sup>

Desde 2016, com a Lei n.º 25/2016, de 26 de julho, o art.8.º, n.º 7 (atual art.8.º, n.º 9 da LPMA) estabelece que a criança é filha do casal beneficiário pelo que, a paternidade fica estabelecida relativamente ao membro masculino do casal.

paternidade, a questão complica-se na medida em que não se sabe quem é o pai da criança, por não haver um facto ostensivo (como o é o parto) que o demonstre. Assim, o legislador acolheu a presunção *pater is est* uma vez que, segundo juízos objetivos de experiência, o marido da mãe da criança terá sido o responsável pela fecundação. Para mais desenvolvimentos acerca desta presunção *vide* OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, com a colaboração de RAMOS, Rui Moura, Coimbra, Almedina, 2020, 402-403.

<sup>46</sup> Apesar de a letra da lei referir “cônjuge” entendemos que deve aplicar-se este preceito a outras situações, embora os beneficiários da técnica de procriação medicamente assistida não estejam unidos pelo matrimónio.

### 5.3. Em situações limite:

#### 5.3.1. *O caso de arrependimento da gestante. Quem é a mãe da criança?*<sup>47</sup>

Aquando do início do projeto parental, é necessário o consentimento dos intervenientes, da futura gestante e do casal beneficiário. Ora, a gestante consente de forma livre e informada que se propõe a iniciar e concluir a gestação e, depois do parto, entregar a criança ao casal beneficiário. Mas a lei consagrou o direito ao arrependimento, quer da gestante, quer do casal beneficiário (*vide* art.14º, n. º4 da LPMA). No entanto, estabelece uma espécie de prazo para tal revogação por parte dos intervenientes: até ao início dos processos terapêuticos de PMA. Esta expressão causa, desde logo, dúvidas na sua interpretação, mas tendo em atenção o consentimento informado a que se refere o formulário<sup>48</sup> do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), “início dos processos terapêuticos de PMA” reporta-se à transferência dos embriões. Assim, o consentimento pode ser revogado até esse momento.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Apesar de explanarmos as soluções legais acerca desta problemática e enunciarmos as fragilidades e as diversas questões levantadas, é no final deste estudo que tentaremos encontrar uma resposta a esta questão, depois de analisar a nossa solução e as soluções de outros ordenamentos.

<sup>48</sup> Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, CNPMA. Lisboa: Assembleia da República, [consultado em 07.06.2023], disponível em: <<https://www.cnpma.org.pt/profissionais/Paginas/Consentimento-Informado.aspx>>. Como veremos mais adiante, a lei veio consagrar o arrependimento da gestante após o parto. E é com base neste formulário que defendemos e reiteramos que tal não devia ter sido acolhido. O contrato de gestação não é um mero ato verbal, é um ato formal, existe este formulário que é devidamente preenchido para ser aceite e se iniciar este processo, onde são esclarecidas as diversas questões e os intervenientes (incluindo a gestante) são devidamente informados de todo o procedimento. E a todos, insistimos, também à gestante, é dada a possibilidade de desistir deste projeto dentro do prazo que nele se encontra estabelecido. Ao preencher este formulário, cada um dos intervenientes compromete-se, como que dá a sua palavra de que vai cumprir este acordo.

<sup>49</sup> Neste sentido se inclina VERA LÚCIA RAPOSO, indo mais longe e sugerindo ao legislador que “altere a formulação textual da norma, por enganadora, de forma a melhor adequar o texto da lei ao entendimento geral nesta

Deste modo, parece estar resolvido o problema do direito ao arrependimento. Veja-se que, todos os intervenientes são *a priori* informados de todo o procedimento, das etapas, riscos e intervenções. E, ambos consentem, não só quanto às técnicas de PMA, mas também em que depois do parto, a gestante entregue a criança ao casal e reconhecê-la filha deles, assim como, o casal consente que depois do parto, recebem a criança e se assumem seus pais. Desta forma, e com esta restrição temporal, salva-guarda-se a dignidade da gestante que pode desistir até se iniciar o procedimento. Por outro lado, acautelam-se as expectativas do casal beneficiário que, à medida que a gestação avança, são maiores e a ansia de ter o filho nos braços aumenta, e poderiam sair frustradas com o arrependimento da gestante em fase avançada da gravidez ou, até mesmo, por esta se recusar a entregar a criança.

Mas a solução não é assim tão linear. Vejamos duas situações distintas em caso de arrependimento da gestante: durante a gestação e depois do parto.

Durante a gestação, a mulher pode interromper voluntariamente a gravidez (IVG). O Código Penal (CP), no seu art.142º, n. º1, al. e) estabelece que é possível a IVG quando “for realizada, por opção da mulher (leia-se, gestante de substituição), nas primeiras 10 semanas de gravidez”. Mas acabamos de referir que a LPMA limita o lapso temporal para fazer valer o direito ao arrependimento. Assim, a gestante, depois da transferência dos embriões não poderia interromper, por sua livre vontade, a gravidez. Como compatibilizamos as duas soluções legais?

matéria, de resto também acolhida pelo CNPMA”. Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, “Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, ano 38, n.º149, janeiro/março, 2017, 18.

Deve articular-se o art.142º, n.º1, al. e) do CP com o art.8º, n.º13, al. h) da LPMA<sup>50</sup>. Este último estabelece que o contrato de gestação deve conter cláusulas onde se preveja a IVG<sup>51</sup>, cumprindo sempre o disposto na lei. Ou seja, se no contrato de gestação se prever que a gestante pode, de acordo com a lei penal, interromper voluntariamente a gravidez nas primeiras dez semanas, não se coloca nenhum problema. Se o contrato não contém essa cláusula, deverá ser considerado nulo.<sup>52, 53</sup>

Por outro lado, existindo IVG, sem existir uma cláusula que preveja tal situação, estaremos perante um problema de incumprimento do acordado inicialmente. Aqui reside outra debilidade da regulamentação da gestação de substituição: se a gestante não cumpre com o acordado e ocorre a IVG, que consequências decorrem desse seu comportamen-

<sup>50</sup> A mesma solução está contida no art.3º, n.º3, al. h) do Decreto Regulamentar n.º6/2017.

<sup>51</sup> Apesar de desrespeitar a lei por não conter a referida cláusula, mesmo que os intervenientes não se tivessem pronunciado sobre esta questão, não vemos motivo que justifique a IVG por mera decisão da gestante. Todos são informados, prestam o seu consentimento por escrito e, mais que formalidades, trata-se de uma vida, não estamos aqui a trocar uma peça decorativa ou de roupa! Requer-se uma decisão ponderada e se a gestante avançou neste projeto não pode depois revogar o seu consentimento. A interrupção da gravidez, apenas deverá suceder por indicação médica.

<sup>52</sup> RAFAEL VALE E REIS defende que a IVG é uma faculdade de todas as mulheres grávidas, mesmo em caso de gestação de substituição. Desta feita, critica fortemente a solução da LPMA uma vez que para ele “[n]a pressa de aprovar um qualquer regime de gestação de substituição, escreveram que a gestante só pode revogar o consentimento dado para a aplicação da técnica “até ao início dos processos terapêuticos de PMA”. Isto significaria vedar a interrupção da gravidez a esse grupo de mulheres grávidas!<sup>53</sup>. Cf. REIS, Rafael Vale e, “Alterações Recentes no Direito da Família”, in *Parentalidade e Filiação, Jurisdição da Família e das Crianças, e-book* da Coleção de Formação Contínua, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários (CEJ), dezembro de 2018, p.89, disponível em: < <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=76ZFISUXpQ8%3D&portalid=30>> [consultado em 27.06.2023].

<sup>53</sup> Veja-se que o art.13º, n.º1 da LPMA refere que do contrato de gestação “constam, obrigatoriamente” as cláusulas elencadas nas suas várias alíneas, sem prejuízo de serem incluídas outras. Esta formulação pode levar-nos a pensar que a consequência para a falta de tais cláusulas é a nulidade do contrato. E deverá ser quando exista, efetivamente, este problema. Mas se a gravidez decorrer como previsto, não houver nenhum incumprimento, a omissão desta cláusula não deve ferir de nulidade o referido contrato.

to? Embora o legislador não se tenha pronunciado sobre esta hipótese, VERA LÚCIA RAPOSO entende que neste caso, “a gestante terá de reembolsar os pais contratantes de eventuais despesas já feitas, mas apenas isso e só isso.”<sup>54</sup> A Autora exclui qualquer ressarcimento de danos não patrimoniais.

Sufragamos este entendimento. Não desvalorizamos os sentimentos e expectativas do casal beneficiário, mas neste período inicial essas expectativas não têm a mesma intensidade que terão numa gravidez já em fase avançada. Sabemos que o período inicial de uma gravidez causa sempre um certo melindre aos casais, precisamente por não se ter a certeza se aquela vai vingar. Por isso, também aqui, neste período inicial algo poderá levar a que a gravidez não siga adiante, seja por uma tentativa falhada ou pelo arrependimento da gestante e, neste último caso deve ser responsável pelas despesas já efetuadas pelo casal beneficiário.

O problema maior coloca-se depois do parto. Não somos alheios ao facto da gestante criar uma ligação afetiva com o feto ao longo de toda a gravidez e, finda esta, o coração falar mais alto que a razão. Até à última alteração, a lei era omissa quanto a este problema. Assim, entendia-se que o legislador, ao não consagrar expressamente o direito ao arrependimento da gestante depois do parto, não tinha por intenção atribuir-lho.<sup>55</sup> Chamado a pronunciar-se sobre tal questão, o Tribunal Constitucional (TC) declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do art.8º, n.º8 da LPMA em conjugação do art.14º, n.º5, precisamente, porque não se admitia a revogação do consentimento da gestante até à entrega da criança ao

<sup>54</sup> Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, nota 49, 22.

<sup>55</sup> Assim entende VERA LÚCIA RAPOSO, sobretudo quando a mãe contratante seja mãe genética. Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, nota 49, 22, (nota 23).

casal beneficiário<sup>56</sup>. Tal fundava-se nos argumentos de violação da dignidade da pessoa humana, do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante e do direito a constituir família (*vide*, arts. 1.º; 18.º, n.º 2; 26.º, n.º 1; 36.º, n.º 1 da CRP).

Posto isso, a Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, veio permitir no art. 8.º, n.º 10, *in fine*, que a “mãe de substituição” possa revogar o seu consentimento até ao registo da criança<sup>57,58</sup>. Terrível solução (na nossa perspetiva) que só veio agravar os problemas existentes no âmbito deste contrato e

colocar questões de difícil resolução<sup>59</sup>.

Em primeiro lugar, não podemos ignorar a solução consagrada pelo legislador na qual proíbe a gestante de ser, simultaneamente, gestante e dadora de ovócitos. Qual terá sido a *ratio* desta solução? Cremos que a intenção do legislador terá sido a de evitar estas situações de conflito, uma vez que não tendo a gestante qualquer ligação genética com a criança perde força o argumento da ligação gestante-criança<sup>60</sup>. Mas não entendemos o que terá motivado a consagração do direito ao arrependimento da gestante após o parto. Se é pela salvaguarda da dignidade da gestante, não se justifica!<sup>61</sup> Isto por-

<sup>56</sup> Não obstante desta declaração de inconstitucionalidade, alguns juízes Conselheiros entenderam que o Tribunal não estava em condições de afirmar um “défice de proteção da autonomia ética e pessoal da gestante ao longo do processo de gravidez de substituição, e mesmo após o parto, não existe fundamento para censurar a opção do legislador em admitir a respetiva revogação do consentimento apenas até ao início dos processos terapêuticos de PMA, e não até à entrega da criança aos beneficiários, e, consequentemente, declarar a inconstitucionalidade da norma que estipula que a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição.” *Vide* a declaração de voto dos Conselheiros Fernando Ventura, Lino Ribeiro, Joana Fernandes Costa, Cláudio Monteiro, no acórdão do TC n.º 225/2018 (Processo n.º 95/17, Conselheiro Pedro Manchete) [consultado a 02.09.2024], disponível em <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>>.

<sup>57</sup> Inicialmente a Autora defendia que a gestante teria este direito, sendo que após o parto, num prazo razoável, decidiria se entregava a criança ao casal beneficiário ou não. Mais recentemente, uma vez que ambas as partes são informadas dos riscos e obrigações, a Autora tende a aceitar a recusa do direito ao arrependimento quando a gestante não tenha vínculos genéticos com a criança. Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, nota 49, 23.

<sup>58</sup> Há vezes que se pronunciam no sentido de aplicar a regra prevista no art. 1982.º, n.º 3 do CC, à gestação de substituição. Ou seja, fazendo essa aplicação, a criança só poderia ser entregue, pela gestante, ao casal beneficiário decorridas seis semanas após o parto. Não cremos que haja pontos de contacto suficientes entre as duas situações, de modo a permitir a aplicação do mencionado preceito à gestação de substituição. Numa situação normal, compreende-se a solução consagrada, uma vez que durante e após a gravidez a mulher passa por várias alterações hormonais. Protege-se a mulher e a criança de uma decisão precipitada, tomada num período de grande turbulência emocional e psicológica. Além disso, tenta-se preservar o vínculo biológico e genético que existe entre ela e a criança. Na gestação de substituição não existem estes valores para proteger. A gestante não tem um vínculo genético com a criança que vai nascer e a *ratio* deste instituto é precisamente a entrega da criança depois do nascimento, de modo a que quem não conseguiu realizar o sonho da parentalidade de modo natural, o consiga concretizar através de outra via. Por isso, não há uma decisão a tomar por parte da gestante. .

<sup>59</sup> Estabelecendo a maternidade pelo critério legal previsto no art. 1796.º, n.º 1 do CC a favor da gestante aplica-se a presunção do n.º 2 do referido artigo se a primeira for casada? E se não for? Terá o membro masculino do casal beneficiário de se sujeitar ao facto de ser o pai biológico da criança e ter de partilhar os seus direitos e deveres com uma mulher distinta daquele que escolheu para assumir um projeto de parentalidade? Onde estão acautelados os interesses deste casal e, sobretudo, da criança? Voltamos a frisar que estas questões não se deveriam colocar no nosso sistema, uma vez que o nosso regime proíbe que a gestante seja progenitora da criança e exige que pelo menos um dos membros do casal beneficiário o seja. Na sua declaração de voto, GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO salientou isso mesmo e referiu que tendo em conta uma ponderação razoável dos interesses envolvidos, o entendimento do legislador em dar prevalência ao projeto parental protagonizado pelos beneficiários, em confronto com a vontade da gestante assumir tal projeto, merecia a deferência do TC. Cf. acórdão do TC n.º 225/2018 (Processo n.º 95/17, Conselheiro Pedro Manchete).

<sup>60</sup> Não somos alheios à relação que se estabelece entre a gestante e o feto durante o período da gravidez. A ligação que se estabelece entre ambos pode ser muito forte, profunda. A gestante vive com o feto, dentro de si, durante nove meses. É ela quem sente os seus primeiros movimentos; quem fala com ele; é a sua voz que o feto vai ouvir. Todavia, não podemos esquecer duas notas importantes. Em primeiro lugar, o casal beneficiário deve acompanhar de perto a gravidez de modo a aproximar-se o mais possível com o feto. Em segundo lugar, embora a ligação da gestante com o feto possa ser muito forte, os traços físicos, a personalidade, advém dos seus progenitores, do casal beneficiário, precisamente porque foram eles (ou pelo menos um deles) que contribuíram com o seu material genético. Também de modo a atenuar esta ligação gestante-feto, o mais possível, defendemos o permanente acompanhamento psicológico da gestante, antes, durante e após o parto.

<sup>61</sup> O regime da gestação de substituição tem vindo a colocar no centro, durante todo o procedimento, quer antes, quer depois do parto, a gestante. Demonstrador disso foi a declaração de inconstitucionalidade das normas que não acautelavam suficientemente a posição da gestante. A verdade, porém, é que tal entendimento não permite um verdadeiro e próprio regime da gestação de substituição e não é a existência deste tipo de soluções que será, em si mesmo, incompatível com a dignidade da pessoa humana.” *Vide* a

que, o leque de direitos conferidos à gestante já acautela a sua dignidade (*vide* art. 13º-A da LPMA), assim como o carácter gratuito deste contrato (pois não se instrumentaliza a mulher). Por outro lado, para a validade do contrato de gestação, exige-se o consentimento livre e informado – a gestante presta o seu consentimento, consciente de que aquela criança não é sua filha e, depois do parto, será entregue ao casal beneficiário.

Não desvalorizamos as ligações afetivas, mas concordamos na íntegra com VERA LÚCIA RAPOSO, pois se atendermos a essa ligação entre gestante e embrião, “que diríamos se uma *baby-sitter* recusasse entregar a criança aos pais porque entretanto se afeiçãoou a ela?”<sup>62, 63</sup>

A gestação, só por si, não pode atribuir a alguém direitos sobre a criança, não pode ser critério para atribuir responsabilidades parentais resultantes da maternidade. Como será referido mais adiante, há outros critérios para estabelecer o vínculo da filiação.

### 5.3.2. *Em caso de divórcio do casal beneficiário*

O legislador não se pronunciou sobre esta hipótese, não dando resposta às questões que se levantam neste âmbito.

declaração de voto dos Conselheiros Fernando Ventura, Lino Ribeiro, Joana Fernandes Costa, Cláudio Monteiro, no acórdão do TC n.º 225/2018 (Processo n.º 95/17, Conselheiro Pedro Manchete).

<sup>62</sup> Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, nota 49, 16.

<sup>63</sup> Este exemplo é, talvez, um pouco radical, pois a relação existente entre *baby-sitter*-criança e gestante-feto é diferente e não terá a mesma intensidade. No nosso entendimento, o que se pretende demonstrar é que o lapso temporal, mais ou menos longo, em que uma pessoa cuida, zela pelo bem-estar da criança, não lhe atribuiu direitos sobre ela. Uma *baby-sitter* que cuide de uma criança regularmente (por exemplo, durante o período laboral dos progenitores), nos seus primeiros anos de vida, por mais tempo que conviva com a criança, ela não se torna titular de direitos sobre essa mesma criança. Da mesma forma, o facto de a gestante carregar o feto no seu útero durante o período da gravidez não lhe confere direitos sobre o nascituro.

Segundo o consagrado pela lei, a criança que nascer é filha do casal beneficiário, mesmo que apenas um dos membros contribua com o seu material genético. Assim, em caso de divórcio, o outro membro terá os mesmos direitos e deveres para com a criança. O exercício das responsabilidades parentais far-se-á segundo as regras gerais do art.1906º do CC.

Na senda de VERA LÚCIA RAPOSO, em caso de divórcio, e mesmo que apenas um dos progenitores tenha ligação genética com a criança, o membro que não tem essa ligação pode reivindicar, sobre ela, os seus direitos, assim como está obrigado a cumprir os seus deveres.<sup>64</sup>

### 5.3.3. *Em caso de morte de um ou ambos os membros do casal beneficiário*

Em caso de morte (ou também incapacidade) de um dos membros do casal beneficiário deve aplicar-se a mesma solução, sendo que o “outro contratante pode fazer valer os seus direitos parentais para manter a sua guarda (da criança) e, por outro lado, está vinculado a cuidar da criança, económica e emocionalmente, tal como se de um progenitor se tratasse.”<sup>65</sup>

Em caso de morte de ambos, entendemos que se devem aplicar as regras gerais. Interpretando com cautela a lei, conseguimos retirar uma resposta para este problema. Veja-se o art.8º da LPMA. Este preceito, no seu n.º 9 estabelece que “a criança que nascer (...) é tida como filha dos respetivos beneficiários”. Ou seja, parece que o nascimento é condição para estabelecer a filiação em relação ao

<sup>64</sup> Segundo as suas palavras, este membro “tem direitos parentais sobre a criança e sim, tem deveres parentais para com ela. Ou seja, por força da regra contida no artigo 8º/7 (atual art.8º, n.º 9 da LPMA) tudo se passa como se a criança fosse filha biológica de ambos.” Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, nota 49, 44.

<sup>65</sup> Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, nota 49, 44.

casal beneficiário e, portanto, só a partir do nascimento é que a mesma é estabelecida. A ser assim, se ambos os membros do casal beneficiário morrerem depois do nascimento da criança, não haverá qualquer problema, pois aplicar-se-ão as regras gerais constantes do art.1927º e ss do CC.

E se ambos morrerem antes do nascimento? Ora, se entendermos que a filiação só fica estabelecida após o nascimento, a criança vem ao mundo e fica sozinha, diríamos que não pertence a uma família. Poderá dar-se a hipótese de a mãe de substituição assumir as responsabilidades parentais, mas se não o fizer? Irá a criança para adoção? Cremos que a resposta tem de ser negativa e a interpretação a fazer do artigo referido *supra* tem de ser corrigida e conjugada com o art.8º, n. 1º da LPMA. Este consagra a obrigatoriedade de a gestante, após o nascimento entregar a criança ao casal beneficiário. Sabe-se *ab initio* que a criança vai ser entregue ao casal beneficiário. Ora, se assim é, é porque é filha deles.<sup>66</sup>

Obviamente que não se pode entregar a criança antes de nascer, pois é necessário que se desenvolva durante a gravidez, no útero da gestante, para nascer com vida. Não é o nascimento que dita quem são os progenitores da criança. Cremos que, ao prever que a criança que nascer é filha do casal beneficiário, o legislador quis reforçar o dever de entrega da criança por parte da gestante e não diferenciar a criança nascida através de uma técnica de PMA de uma criança nascida por ser concebida através de um ato sexual. Portanto, fazendo uma interpretação extensiva do art.8º, n. 1º da LPMA, entendemos que a criança que a gestante carrega no seu útero já é filha do casal beneficiário.

<sup>66</sup> No caso de não haver ninguém a quem atribuir a guarda da criança e se a gestante manifestar vontade em ficar com ela, não vemos qualquer problema nessa hipótese.

Na eventualidade de ambos morrerem deve aplicar-se, mais uma vez, a tutela que seria aplicada a um filho que é concebido de forma natural. Ou seja, as responsabilidades parentais<sup>67</sup>, ou antes de forma mais correta, a tutela e o cuidado da criança, caberá a um tutor, designado pelos pais ou na omissão destes, o Tribunal designará quem seja responsável pela criança, algum parente (*v.g.* avós, tios) ou alguém próximo do casal. Como referimos *supra*, o critério para estabelecer a filiação é, não só o critério biológico, como o elemento volitivo, o querer assumir o projeto parental. Ora, esta vontade é expressa *ab initio*, aquando da prestação do consentimento para o início dos procedimentos terapêuticos, daí que se deva entender que a criança é filha do casal beneficiário, não sendo o nascimento condição necessária para tal.

## 6. Um olhar ao direito comparado

### 6.1. O entendimento do TEDH

Na maioria dos países da Europa esta técnica é proibida, como por exemplo, na Áustria, Alemanha, França, Noruega, entre outros. Em países como Bélgica, Finlândia e Espanha, esta figura não é bem vista e tende-se a não admiti-la, apesar de a lei não a regulamentar. No Reino Unido, Grécia, Dinamarca e República Checa a gestação de substituição é admitida a título gratuito. Os EUA<sup>68</sup>

<sup>67</sup> Não falamos aqui de responsabilidades parentais *strico sensu*, uma vez que o exercício destas cabem aos progenitores da criança.

<sup>68</sup> Caso interessantíssimo e muito famoso ocorrido nos EUA é o caso do “Baby M”, onde o Supremo Tribunal de New Jersey entendeu que a criança era filha do membro masculino do casal beneficiário e da gestante aplicando assim rigorosamente o critério biológico para estabelecer a filiação. Porém, decidiu que a criança ficava à guarda do casal beneficiário, com direito a visitas por parte da mãe (da mulher que foi a gestante) tendo em consideração o superior interesse da criança. Independentemente da solução, o facto de atender ao superior interesse da criança é um ponto assertivo nesta matéria. E, não obstante, de se tratar de um conceito indeterminado, *i.e.*, o

são uma junção de todas estas soluções, cabendo a cada estado, se permitir este contrato, regular as condições da sua admissibilidade

Muita da jurisprudência do TEDH, relativa à gestação de substituição, prende-se com o reconhecimento do vínculo da filiação. Nacionais de um determinado Estado, onde a gestação de substituição é proibida, deslocam-se a outro país que a permita, de modo a conseguirem recorrer a este método e, no final, regressarem ao seu país com o desejado filho nos braços. Chegados ao seu país, o casal beneficiário depara-se com a recusa do reconhecimento do vínculo de filiação entre eles e a criança, chegando, não raras vezes, as autoridades nacionais a retirarem a criança dos seus cuidados, institucionalizando-a<sup>69</sup> e negando-lhe o direito à nacionalidade. Onde está a ser acautelado o superior interesse da criança?

Será fácil de fundamentar estas soluções quando a criança não contenha material genético de nenhum dos membros do casal beneficiário. Porém, o TEDH já entendeu que, não obstante da ausência do vínculo biológico, é possível existir vida familiar. Esta não se resume aos vínculos biológico ou ao casamento. Ela existe, igualmente, quando se verificarem laços pessoais próximos de boa qualidade, qualidade esta que pode ser aferida pelo papel que o casal desempenha nos cuidados com a criança, o tempo de duração desses laços, etc. Foi isso que levou o TEDH a concluir pela existência de vida familiar no caso *Valdís Fjölfnisdóttir and Others c. Ice-*

*land*<sup>70</sup>, tendo em consideração o art.8º da CEDH. Resta agora perceber qual foi a posição do referido tribunal quanto à questão de saber se houve ou não ingerência do Estado islandês na vida privada e familiar. Para tal, analisou o art.8º, n.º 2 da CEDH que estipula que pode haver uma interferência de um Estado na vida familiar se tal se justificar. A mesma é legítima quando esteja prevista na lei; seja necessária numa sociedade democrática para prosseguir um dos fins previstos na norma. Assim sendo, o TEDH entendeu que ao se manter a relação entre a criança e o casal (com a anuência das autoridades islandesas) obteve-se um equilíbrio entre direitos, por um lado do casal beneficiário (que tem o direito de ver a sua vida familiar respeitada) e o interesse do Estado islandês em proibir a gestação de substituição. Por conseguinte, não existiu nenhuma violação do art.8º da CEDH.<sup>71</sup>

Mas será que se justifica a recusa das autoridades nacionais em reconhecer o vínculo da filiação quando um dos pretendentes progenitores seja também o progenitor biológico da criança?

47

<sup>70</sup> TEDH, 18 de maio de 2021, *Case of Valdís Fjölfnisdóttir and Others v. Iceland*, n.º. 71552/17, nomeadamente nos §§59 a 61.

Não obstante de, segundo a lei islandesa mãe ser quem dá à luz, o TEDH não ignorou o facto de a criança nascida através da gestação de substituição estar ao cuidado dos requerentes desde que nasceu (em fevereiro de 2013) até à decisão do tribunal (em março de 2017). Esta criança passou todo este tempo da sua vida com estas duas pessoas, reconhecendo-as como seus pais, pelo que este vínculo formado entre a criança e o casal é inegável.

<sup>71</sup> O juiz Lemmens, apesar de concordar com a decisão proferida, fez uma declaração final onde salientou que a criança detém o direito de ver respeitada a sua vida privada e isso pressupõe ver reconhecida a relação de filiação entre ela e o casal beneficiário. Acrescenta ainda que a criança tem o direito de estabelecer a sua identidade enquanto ser humano com direitos e é importante questionar se o limbo jurídico em que a criança se encontra pode justificar-se na conduta dos pretendentes pais ou nas concepções dominantes na sociedade.

Ou seja, apesar da decisão final se nos afigurar correta, a justificação da mesma não passa pelo superior interesse da criança. *vide* Lemmens, *Concurring opinion of Judge Lemmens*, TEDH, 18 de maio de 2021, *Case of Valdís Fjölfnisdóttir and Others v. Iceland*, n.º. c71552/17, §4 [consultado a 10.07.2024], disponível em < <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-209992>>.

superior interesse da criança é determinado caso a caso, depois de a criança nascer, a verdade é que ele deve servir de critério para orientar o Tribunal e o legislador nacional devia tê-lo previsto na lei.

<sup>69</sup> Foi o que sucedeu no caso *Paradiso e Campanelli*. O pequeno Teodoro foi retirado ao casal beneficiário, por ser considerado em estado de abandono e colocado numa casa de acolhimento, com vista à sua adoção.

Assim se verificou no caso *Mennesson*<sup>72</sup> e *Labasse*<sup>73</sup>. Neste caso, a recusa do Estado francês, além das restrições a direitos pessoalíssimos da criança, impede também o reconhecimento da relação jurídica da criança com o seu pai biológico. No entendimento do TEDH, o Estado francês ultrapassou os limites admissíveis da sua atuação, apesar de reconhecer que os Estados têm uma margem de atuação, podendo permitir, com maior ou menos amplitude, ou até proibir esta técnica. Mas onde foi tido em conta o superior interesse da criança? A filiação biológica adquire uma importância extrema na identidade do ser humano e não é plausível considerar que privá-la deste tipo de relação jurídica é do seu superior interesse, por se violar gravemente o direito à identidade e o respeito pelo direito à vida privada.

O não reconhecimento da relação jurídica de filiação entre a criança concebida (através desta técnica) e o casal beneficiário tem consequências não só para este último, como também para a criança. Além dos efeitos nefastos para o seu desenvolvimento enquanto pessoa, criam-se também repercussões negativas quanto aos seus direitos, quer pessoais (o direito à identidade, ao respeito pela vida privada e familiar), quer sucessórios.

Por tudo isto, concluímos que norteador destas decisões deve ser sempre o superior interesse da criança, o que muitas vezes é secundário. Na existência de um vínculo biológico, a recusa do reconhecimento da filiação nem se deveria colocar. Mas quer esse exista, quer não, questionamos: será do superior interesse da criança ser afastada daqueles que a desejaram antes do seu nascimento? Daqueles

que desde o primeiro dia acompanham o seu crescimento, cuidam dela, satisfazem as suas necessidades, quer economicamente, quer psicologicamente e, sobretudo, lhe dão amor, se comportam como pais daquela criança e não apenas progenitores?

## 6.2. A parental order: uma solução para o regime português?

Uma solução bastante curiosa para o estabelecimento da filiação é a consagrada no Reino Unido. A lei inglesa segue a tradicional presunção de que mãe é quem dá à luz, portanto a mãe da criança é a gestante. Por outro lado, prevê uma espécie de válvula de escape a essa regra tradicional prevendo a *parental order*, *i.e.*, um pedido de reconhecimento judicial de que ambos os membros do casal contratante são os progenitores da criança nascida com recurso à gestação de substituição. A viabilidade deste pedido depende, desde logo, da verificação de vários requisitos: o contrato tem de ter natureza gratuita; a criança tem de ter laços genéticos com, pelo menos, um dos membros do casal; e, aplicando-se analogicamente o regime da adoção que vigora no nosso ordenamento, o consentimento da gestante tem de ser dado, pelo menos, seis semanas após o parto (não se tendo em consideração neste aspeto, nem se fazendo qualquer distinção entre as situações em que a gestante doou ou não os seus óvulos para a formação do embrião).

Uma vez que urge regulamentar, de forma mais clara, o contrato de gestação de substituição no nosso ordenamento, a solução inglesa pode ser uma alternativa.

Entre nós, RAFAEL VALE E REIS parece inclinar-se para a importação desta solução para o nosso ordenamento e ser a favor da consagração do direito ao arrependimento por parte da gestante, depois do

<sup>72</sup> TEDH, 26 de junho de 2014, *Case Mennesson c. France*, n.º 65192/11 [consultado a 22.07.2024], disponível em < <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-145389>>.

<sup>73</sup> TEDH, 26 de junho de 2014, *Case Labasse c. France*, n.º 65941/11 [consultado a 27.05.2024], disponível em < <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-145180>>.

nascimento da criança.<sup>74</sup>

Da nossa parte, não conseguimos sufragar tal entendimento. Se previamente foram cumpridas todas as etapas, a gestante sabe desde o início qual é o desfecho: a criança será entregue ao casal beneficiário. A *parental order* em Portugal não deverá ser a regra, *i.e.*, não deve ser necessário requerê-la em todas as situações de maternidade de substituição. Poderá, eventualmente, ser uma boa solução quando haja recusa, por parte da gestante, em entregar a criança ao casal beneficiário. Para este pedido funcionar entre nós, não se deve porém, exigir o consentimento da gestante seis semanas após o parto. A gestação de substituição é distinta da adoção; a *ratio* desta regra não se pode aplicar na gestação de substituição porque nesta, a gestante não é a mãe biológica da criança.

## 7. A nossa posição

No nosso Ordenamento, para o estabelecimento da filiação, desde logo e primordialmente, seguimos o princípio da verdade biológica<sup>75</sup>. Segundo este, “o estabelecimento da filiação deve traduzir juridicamente o vínculo biológico entre a criança, a mãe e o pai.”<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Para mais desenvolvimentos *vide* REIS, Rafael Vale e, “Gestação de Substituição: Soluções Portuguesas numa Perspectiva Transnacional”, in *Gestação de Substituição: Perspetivas Internacionais*, coord. Maria João Antunes e Dulce Lopes, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, abril de 2021, p.11., [consultado em 08.05.2023], disponível em: < [https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/95058/1/gestac%cc%a7a%cc%83o%20de%20substituic%cc%a7a%cc%83o\\_final%20%28online%29.pdf](https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/95058/1/gestac%cc%a7a%cc%83o%20de%20substituic%cc%a7a%cc%83o_final%20%28online%29.pdf)>.

<sup>75</sup> DIOGO LEITE DE CAMPOS enaltece este princípio, escrevendo em tom crítico que “[a] filiação é hoje, e sempre foi, uma relação assente na biologia. Tem-se entendido que está em causa um elemento fundamental do estatuto jurídico da pessoa humana, da sua dignidade natural: ser filha dos pais biológicos- e não de quem o legislador entenda.” Cf. CAMPOS, Diogo Leite de, “A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a omnipotência do sujeito”, in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol.II, Coord. José de Oliveira Ascensão, Coimbra, Almedina, 2008, 84.

<sup>76</sup> SA, Mafalda de, nota 14, 71.

Nos dias de hoje, não podemos entendê-lo em termos absolutos e rígidos. Concordamos com JORGE DUARTE PINHEIRO quando afirma que “[o] biológico não exprime um valor absoluto no âmbito da constituição do vínculo de filiação.”<sup>77</sup> Segundo o Autor, nem sempre se pode dar prevalência aos laços de sangue, uma vez que haverá situações em que a expectativa ou aptidão dos progenitores biológicos para o exercício das responsabilidades parentais não se verifica. Com inteira razão, avança que a própria lei admite essas situações e, neste caso da PMA, afasta *ab initio* a paternidade e maternidade dos dadores de sêmen, ovócitos ou embriões.<sup>78</sup>

Na gestação de substituição, como vimos, este princípio pode ser posto em causa. Se a lei na sua versão original o desrespeitava, também agora com a consagração do direito ao arrependimento da gestante, no art.8º, n.º10 da LPMA, isso poderá acontecer. Este “direito”, que se traduz na vontade da gestante assumir a maternidade daquela criança, como é dito no ac. do TC, “não só esvazia de sentido a gestação de substituição, como faz depender da vontade da gestante o estabelecimento da filiação, num domínio em que, por força do princípio da indisponibilidade do estado previamente determinados por lei.”<sup>79</sup>

Veja-se que, se o material genético é do membro feminino do casal, efetivamente, é ela a mãe da criança, embora não a tenha dado à luz. Neste caso, e na senda de TIAGO DUARTE, a mãe da criança será “a mãe genética que, imbuída num espírito e num projeto de maternidade, pretende ter, de um modo assistido, um filho que não consegue obter

<sup>77</sup> Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, nota 10, 123.

<sup>78</sup> Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, nota 10, 123.

<sup>79</sup> *Vide* a declaração de voto dos Conselheiros Fernando Ventura, Lino Ribeiro, Joana Fernandes Costa, Cláudio Monteiro, no acórdão do TC n.º225/2018 (Processo n.º95/17, Conselheiro Pedro Manchete).

de modo natural.”<sup>80</sup> Assim, a lei devia “estabelecer a regra de que mãe é a mulher que fornece o óvulo, salvo nos casos em que se admite a dação de óvulos.”<sup>81</sup> Mas mesmo a lei não consagrando expressamente esta regra, estas situações não deviam configurar qualquer problema! Vejamos!

A lei é clara ao proibir a mãe de substituição de ser gestante e dadora de ovócitos no mesmo projeto. Por esta razão, e invocando o princípio da verdade biológica como principal critério para o estabelecimento da filiação, mãe é o membro feminino do casal que contribuiu com o seu material genético e a mãe de substituição não tem qualquer direito sobre a criança.<sup>82</sup>

No caso de o material genético não pertencer ao membro feminino do casal, e seguindo o raciocínio de JORGE DUARTE PINHEIRO referido *supra*, entendemos que a solução será a mesma. Isto porque, a mãe de substituição continua a ser apenas a gestante, não pode doar o seu material genético para formar o embrião. E, dúvidas não há que, os meros dadores de espermatozoides, ovócitos ou embriões não são havidos como progenitores do nascituro (*vide* art.10º, n. º2, art.21º e art.27º da LPMA). Neste caso, o critério biológico cede perante a vontade de criar laços afetivos e a vontade do membro feminino do casal contratante em ser mãe. Ou seja, deve operar o elemento volitivo. Mas este não pode significar que a criança é filha dos seus progenitores porque estes têm vontade de ser pais dela, pois enquanto o critério biológico é estanque e pode operar *per si*, o critério volitivo é

volátil, inconstante, sendo perigoso admiti-lo, sem mais, para estabelecer a filiação. Temos de olhar ao superior interesse da criança, algo que o legislador parece ter esquecido nas soluções que consagrou, e não deixá-lo à mercê da pura vontade dos progenitores! Por isso, na gestação de substituição, o desejo de ter esse filho, a vontade que impulsiona o recurso a ela “é juridicamente relevante na medida – e na estrita medida – em que se traduz em responsabilidades”<sup>83</sup>. Se o casal beneficiário quer ter este filho, assumem que são os seus progenitores (sendo mais precisos no nosso discurso, assumem que são pais) e, por isso, além de vínculos biológicos, afetivos, são também estabelecidos vínculos jurídicos com a criança. Ora, aos progenitores cabe o exercício das responsabilidades parentais e estas, não estão na sua inteira disponibilidade, são um poder-dever para com a criança.

O que propomos, seguindo de perto MAFALDA SÁ, é um “critério volitivo-responsabilizante”<sup>84</sup>. Este traduzir-se-á na concorrência entre a vontade de procriar (o casal beneficiário deseja ter um filho que não consegue de modo natural e, por isso, recorreu à gestação de substituição); a vontade que manifestam no consentimento prestado aquando do início do projeto parental (são eles os responsáveis por gerar o novo ser); e pela vontade de ter esse filho nos braços para serem os seus pais (vontade esta, que acarreta a responsabilidade de cuidar da criança e ser responsável por ela).

Na falta de melhores palavras acompanhamos de perto as de GUILHERME DE OLIVEIRA que vê na procriação assistida (e, portanto, na gestação de substituição) uma das situações em que ocorre a “substituição do critério biológico da determinação da parentalidade pelo critério do amor sob a for-

<sup>80</sup> Cf. DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Coimbra, Almedina, 2003, 87.

<sup>81</sup> Cf. DUARTE, Tiago, nota 80, 90.

<sup>82</sup> Neste sentido, VERA LÚCIA RAPOSO que defende que “Se o elemento feminino do casal contratante for a efetiva mãe genética, sendo a mãe de substituição meramente gestacional, esta última não terá qualquer direito sobre a criança.” Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, nota 7, 132.

<sup>83</sup> Cf. SÁ, Mafalda de, nota 14, 75.

<sup>84</sup> Cf. SÁ, Mafalda de, nota 14, 76.

ma da vontade de cuidar e da assunção voluntária da responsabilidade pelo cuidado”<sup>85</sup>. Ainda segundo os seus ensinamentos, embora se dê prevalência à verdade biológica, como critério para estabelecer a parentalidade, coexistem outros critérios com diferentes relevâncias, nomeadamente, “a vontade de prosseguir um projeto parental, a prática continuada de uma relação social e afetiva.”<sup>86</sup>. O primeiro, o critério biológico, preponderante no nosso sistema, privilegia os laços sanguíneos, a verdade biológica. Já o critério afetivo permite estabelecer a filiação fundamentando-se na relação afetiva que se estabelece entre a criança e os “pais”, o que no caso, se manifesta no consentimento prestado para recorrer às técnicas de PMA e na vontade, que se desdobra na de recorrer a estas técnicas e na de assumir as responsabilidades parentais, de cuidar daquela criança, em dar-lhe afeto, criar com ela um ambiente familiar estável e duradouro de forma a permitir o seu desenvolvimento físico, psicológico e a responder às suas diversas necessidades.

Encontramos assim resposta à questão: “quem é a minha mãe?”. A mãe da criança será sempre o membro feminino do casal beneficiário, quer aplicando o critério biológico, quer aplicando o critério volitivo-responsabilizante. É esta a solução que a lei devia consagrar, repudiando a consagração do direito ao arrependimento da gestante depois do parto, que só traz incerteza para o casal e não tem em consideração o interesse superior da crian-

ça<sup>87, 88</sup>.

Como já referimos anteriormente, a gestante sofre algumas alterações ao longo da gravidez, inevitavelmente cria uma ligação com o feto. Essas alterações e a dignidade da pessoa humana, poderiam (no nosso entendimento) levar ao acolhimento do direito ao arrependimento por parte da gestante. Mas, e é isto que nos deixa perplexos e constitui um dos motivos que nos faz recusar tal direito da gestante, quando esta se propõe a ter a gravidez ela sabe ao que vai. Ou seja, a gestante sabe desde início que está a ajudar a gerar aquela criança, é apenas o seu “suporte” até que ela nasça, isto porque, a sua mãe não conseguiu, por si só, ser esse suporte. Aliás, como foi referido no ac. do TC “a gestação de substituição constitui o resultado do exercício, que se exige livre e esclarecido, do direito à autodeterminação de todos os intervenientes

<sup>87</sup> Nas situações de gestação de substituição, o art. 8.º, n.º 7 da LPMA consagra o critério jurídico para o estabelecimento da filiação. A solução legislativa aí contida atendeu à pretensão do casal beneficiário. Na sua declaração de voto, Gonçalo de Almeida Ribeiro entende que “[n]um regime em que a gestante não pode ser progenitora da criança e em que pelo menos um dos beneficiários tem de o ser, a que se soma o facto necessário de a beneficiária não ter capacidade natural ou condições de saúde para suportar uma gravidez até ao fim, não é de admirar que o legislador tenha entendido que, mesmo nos casos em que a gestante venha a revelar, no decurso da gestação e até ao momento da entrega, a vontade de ser reconhecida como mãe da criança, deve ser dada prevalência ao projeto parental que os beneficiários protagonizam. No mínimo, há que reconhecer que se trata de uma ponderação razoável dos interesses em jogo, que deveria merecer a deferência do Tribunal Constitucional.” Cfr. declaração de voto do Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro no acórdão do TC n.º 225/2018 (Processo n.º 95/17, Conselheiro Pedro Manchete).

<sup>88</sup> A atual solução consagrada diz-se ter em conta o superior interesse da criança. Ao consagrar a possibilidade de revogação do consentimento da gestante depois do parto pode dar-se um conflito entre esta e o casal beneficiário. Propôs-se que a acontecer tal situação se fizesse uma “avaliação casuística”. Bem advertiu o Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro de que “a complexidade e a indeterminação do estabelecimento da filiação, no contexto de uma «avaliação casuística», constitui uma lesão maior do interesse de qualquer criança nascida através de gestação de substituição lícita do que o critério objetivo, seguro e razoável – do n.º 7 do artigo 8.º da LPMA.” Cfr. a declaração de voto do Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro no acórdão do TC n.º 225/2018 (Processo n.º 95/17, Conselheiro Pedro Manchete).

<sup>85</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA *apud* SA, Mafalda de, nota 14, 75.

<sup>86</sup> OLIVEIRA, Guilherme de, nota 45, 373.

e da autonomia da sua vontade”<sup>89</sup>. Por outro lado, continua referindo-se que “a definição do título da filiação da criança assenta num juízo ponderativo levado a cabo pelo legislador democraticamente legitimado, juízo esse que, radicado na consideração prevalecente do projeto parental e do vínculo genético que, se não a ambos, pelo menos a um deles, liga o casal dos beneficiários à criança nascida através da gestação de substituição, está longe de poder ser descabido, irrazoável ou arbitrário.”<sup>90</sup> Posto isto, não poderemos ver na gestação de substituição uma forma de a gestante ter filhos, pois não só não contribuiu com o seu material genético, nem essa é a *ratio* desta figura.

Em todas as situações que descrevemos *supra* chegamos à conclusão que os pais da criança são o casal beneficiário, quer recorrendo à lei, quer usando o critério biológico ou fazendo-o ceder perante um critério afetivo onde o elemento volitivo ganha relevo. Por isso, também para finalizarmos este nosso percurso deixamos a questão ao legislador nacional: “porquê a consagração do direito ao arrependimento da gestante, após o parto?”

## 8. Conclusão

Os problemas e questões suscitados pela gestação de substituição são mais que muitos.

Os constantes avanços e recuos da lei não permitem dar respostas aos casais que pretendem recorrer à gestação de substituição! A regulamentação feita é insuficiente e incoerente, acarreta grandes incertezas e dúvidas que, neste contexto, por se tratar de uma vida, não podem existir. E isto

está plasmado na realidade nacional.<sup>91</sup>

Os nossos casais anseiam ter um filho, mas têm receio de percorrer todo um caminho e, no final, esse filho é-lhes negado pela vontade da mulher que os auxiliaria a concretizar o seu sonho. Vivem na incerteza constante: se serão regulamentadas estas questões; se vão realizar o seu projeto parental; se serão capazes, pois o tempo não espera e o material genético precisa de ser saudável para formar o embrião. Nada na vida é perfeito ou, melhor dizendo, a perfeição está nos olhos de cada um e, por isso, a lei não consegue responder de forma perfeita a todos estes problemas. Aquilo que se espera é que o legislador pondere todos os interesses relevantes, neste caso, nomeadamente o da criança que acaba por ter um papel central. A ponderação feita nos casos de gestação de substituição pode ser ilustrada da seguinte forma: uma balança, num dos pratos está o casal beneficiário, os seus interesses, direitos, o seu sonho e projeto de vida; no outro está a gestante, com os seus direitos, interesses e a sua dignidade. Este segundo prato, atualmente, tem um peso enorme, pois a lei tutela a posição da gestante e descarta a posição do casal beneficiário.

A dignidade da gestante é acautelada pelos direitos consagrados no art.13º da LPMA, pela gratuitidade do contrato de gestação, pela exigência do seu consentimento livre e informado. O que pode melhorar é o acompanhamento psicológico, o processo de interiorizar que é apenas gestante, a “casa” da criança até ao parto. A gestante que queira entrar neste projeto tem de o fazer com um espírito

<sup>89</sup> Vide, o já mencionado, acórdão do TC n.º 225/2018 (Processo n.º 95/17, Conselheiro Pedro Manchete).

<sup>90</sup> Cfr. acórdão do TC n.º 225/2018 (Processo n.º 95/17, Conselheiro Pedro Manchete).

<sup>91</sup> Veja-se a reportagem emitida no Jornal Nacional (TVI), dia 9 de junho de 2023, sobre a gestação de substituição, onde são abordadas algumas das questões aqui tratadas, nomeadamente, o arrependimento da gestante, o desejo de ter um filho, entre outras [consultado em 10.06.2023]. Disponível em <<https://tviplayer.iol.pt/programa/jornal-nacional/63e6588b0cf2665294d4f012/video/64844d3a0cf2665294e6fba0>>.

to altruísta, a sua missão é ajudar famílias a realizar o seu sonho de ser pais.

E a posição do casal beneficiário? A LPMA acautela as suas expectativas consagrando que a criança que nascer será sua filha, mas essa proteção é vazia, oca, pois é consagrado o direito ao arrependimento da gestante após o parto. Por esta razão, urge uma intervenção do legislador para acautelar estes valores e evitar o turismo reprodutivo e os seus problemas.

Onde se encontra nessa ponderação o superior interesse da criança? Onde estão tuteladas as suas expectativas e os seus interesses? O legislador parece ter falhado (mais uma vez!) de forma clamorosa neste aspeto, pois muito se fala no interesse da criança, mas nada se legislou sobre ele, deixando-o desprotegido.

Mantemos a esperança, junto com os casais que aguardam uma resposta legislativa, que todas estas questões sejam clarificadas e resolvidas de forma ponderada e justa, tendo em consideração a gestante, o casal beneficiário e o interesse da criança concebida através desta técnica. Na verdade, “mãe há só uma!”.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> Título da obra de Guilherme de Oliveira “*Mãe há só uma (duas)!, O Contrato de Gestação*”. No nosso entendimento, havendo gestação de substituição, mãe há só uma – o membro feminino do casal beneficiário.



# AUDIÇÃO DA CRIANÇA NA REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS EM CASO DE DIVÓRCIO

Margarida Santos Ferreira

Mestranda em Direito – Ciências Jurídico-Criminais, FDUC

**Resumo:** *No presente artigo é abordado o tema da audição da criança na regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio e em que termos esta deve ser feita. Ao longo do texto, vão também ser analisadas outras questões conexas, como a evolução da representação da criança, no que consiste o exercício das responsabilidades parentais e como se procede, no nosso ordenamento jurídico, a esta regulação em caso de divórcio, nas suas duas modalidades, por mútuo consentimento e sem consentimento de um dos cônjuges.*

**Palavras-chave:** *audição; criança; melhor interesse da criança; responsabilidades parentais; divórcio.*

**Abstract:** *The present article addresses the topic of the hearing the child when regulating the exercise of parental responsibilities upon divorce and how this should be done. Throughout the text, other related issues will also be analyzed, such as the evolution of the representation of the child, what the exercise of parental responsibilities consists of and how this regulation is carried out, in our legal system, upon divorce, in its two forms, by mutual consent and without the consent of one of the spouses.*

**Keywords:** *hearing; child; best interests of the child; parental responsibilities; divorce.*

## 1. Introdução

Pelas mais variadas razões, os cônjuges decidem terminar com o seu casamento e com o fim deste, o acordo que, durante a convivência em comum, era necessário para a tomada das decisões respeitantes à vida do filho, que poderia já ser difícil de alcançar nessa altura, torna-se ainda mais complicado.

Com o divórcio surge a questão de saber qual dos progenitores fica a exercer as responsabilidades parentais no que diz respeito a atos da vida corrente e atos de particular importância [art. 1906º do Código Civil (CC)], quando existem filhos menores de idade. Esta é uma questão de grande relevância para a vida do filho, que caberá aos pais ou ao juiz, quando estes não chegarem a um acordo, sempre tendo em vista o melhor interesse do filho. Apesar de as crianças serem conhecidas pela sua resiliência, estas têm sentimentos e o processo de adaptação ao divórcio dos pais já é demasiado complexo para si.

Afigura-se necessário, no que diz respeito a esta regulação, que esta seja feita de acordo com o interesse da criança. De maneira que o processo de divórcio dos progenitores não seja de tão difícil adaptação, tendo em conta a sua opinião e o melhor método para o aferir é ouvir o principal interessado, o filho, num assunto da maior importância, que o afeta.

A audição da criança no âmbito deste processo será o ponto chave deste estudo, procurando responder a algumas questões como, de que maneira se deve ouvir o filho e em que consiste este direito de audição da criança.

## 2. A criança

A representação jurídico-social da criança tem evoluído bastante ao longo dos anos, esta não foi sempre vista da mesma maneira. A noção de criança tem tendência a variar em função do tempo, do espaço e das condições económicas, sociais e culturais<sup>1</sup>.

Antes do Séc. XX, era vista como propriedade dos pais, como ser incapaz de tomar as suas decisões, um ser imperfeito, devendo obediência ao pai na Antiguidade Grega<sup>2</sup> e em Roma<sup>3</sup>. Sendo assim também na Idade Média, onde trabalhavam. Com o Renascimento começa a notar-se um tratamento diferenciado dos adultos, com particulares necessidades, cabendo aos pais o seu cuidado, passando a ser objeto de estudo por várias ciências<sup>4</sup>.

Nos Sécs. XIX e XX houve uma tomada de consciencialização do estatuto de criança, dos seus direitos e das suas especificidades próprias, surgindo o movimento dos direitos da criança. Vista como pessoa, como sujeito de direitos e depois “sujeito igual e privilegiado”, dotada de uma autonomia progressiva, alterando o seu “papel fora da

família e dentro dela, em particular na relação com os pais”<sup>5</sup>. Contudo, só com a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 se passou de um modelo de proteção para um modelo participativo<sup>6</sup>.

## 3. Responsabilidades parentais

### 3.1. Noção de responsabilidades parentais

As responsabilidades parentais<sup>7</sup> são o complexo de direitos e de deveres que a lei atribui aos progenitores, de modo a proteger o filho e a promover o desenvolvimento integral da personalidade deste. Nas palavras de Guilherme de Oliveira, são “os instrumentos jurídicos que facilitam prestar o cuidado que se espera que os pais dispensem aos filhos (independentemente do seu próprio estatuto civil-independentemente do sexo, de serem casados ou

<sup>1</sup> MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido – “Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”. *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*. Coimbra. Ano 5, N. 10 (2008), p.26, nota 7, doravante “Responsabilidades...”. De acordo com o art. 1º CDC, para efeitos de aplicação da mesma, considera-se criança “todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

<sup>2</sup> Pensamento presente na filosofia de Aristóteles, MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido – “Responsabilidades...”, cit., p.26.

<sup>3</sup> *Idem*, p.27. No Direito Romano existia um direito de reconhecimento e um direito de vida e morte sobre o filho, visão diferente da atual (pretende-se proporcionar o seu desenvolvimento num ambiente familiar normal).

<sup>4</sup> *Idem*, p.27. Apesar de antes do século XIX já existir a visão da criança como sujeito de direitos foi a partir deste século que essa visão se tornou mais patente. A alteração desta visão começou por ser abordada por John Locke (que adota uma conceção negativa da infância, baseando-se na sua incapacidade de exercício de direitos) e Jean-Jacques Rousseau (adota uma conceção positiva da infância, considera que é nesta fase que ocorre o processo de humanização, fase essencial para experienciar e se abrir ao mundo e aos outros), *idem*, p.28. Para uma análise mais aprofundada sobre esta evolução nas diversas épocas históricas, *idem*, p.26 e ss.

<sup>5</sup> *Idem*, p.25, 26, 29 e 30. Nas palavras de Ellen Key o século XX foi “o século da criança”, *idem*, p.25. A criança foi ganhando uma maior visibilidade no campo social e político, devido às transformações demográficas e das ciências, como a psicologia e a pedagogia. Foi utilizada pela primeira vez a expressão “direitos da criança” na Declaração dos Direitos da Criança de 1924 que enunciava 5 princípios que tinham como objetivo garantir o bem-estar desta, satisfazendo as suas necessidades económicas, sociais e emocionais, encarando a criança não como sujeito de direitos, mas como objeto de proteção, *idem*, p.30 e 31. Também com a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 se elencaram 10 princípios que visaram garantir a proteção e desenvolvimento desta, destacando-se o direito a brincar, *idem*, p.31.

<sup>6</sup> Devendo ter-se em conta os 4 “ps”: “a participação da criança nos processos que lhe digam respeito, a protecção da criança contra todas as formas de discriminação, negligência e exploração, a prevenção de situações de perigo para a criança e a prestação das condições de satisfação das necessidades básicas da criança”, *idem*, p.32.

<sup>7</sup> A mudança de expressão de “poder paternal” para “responsabilidades parentais” ocorreu por força da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, por influência de instrumentos internacionais. Estando agora, com esta redação, presente a ideia de estas responsabilidades serem exercidas pelo pai e pela mãe, CAMPOS, Diogo Leite de / CAMPOS, Mónica Martinez de – *Lições de Direito da Família*. 6.ª ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2023, p.444. O exercício das responsabilidades parentais encontra-se previsto nos arts. 1901º e ss. do CC quanto ao casamento, sendo aplicável aos casos previstos nos arts. 1910º, 1911º e 1912º CC.

não, ou de viverem separados)<sup>8</sup>.

Cabem aos pais as responsabilidades pelo cuidado do filho<sup>9</sup>, pois estes são os que estão melhor habilitados para tal, devido à sua relação de proximidade, sabendo estes as necessidades do seu filho<sup>10</sup>. Durando estas responsabilidades parentais até à maioridade do filho ou até à emancipação deste (art. 1877º CC)<sup>11</sup>.

O conteúdo destas responsabilidades encontra-se no art. 1878º CC. Nos termos do n.º 1, “compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação<sup>12</sup>, representá-los, ainda que

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Manual de Direito da Família*, com a colaboração de Rui Moura Ramos. 2ªed. Coimbra: Almedina, 2021, p.579, doravante “*Manual...*”. As responsabilidades parentais não são apenas um modo de suprir a incapacidade de exercício da criança, são muito mais do que isso (arts. 123º, 124º, 1878º e 1881º CC), PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*. 8ªed. Coimbra: Gestlegal, 2023, p.284 e 285. Doravante “*O Direito...*”.

<sup>9</sup> Se estes se encontrarem aptos para tal função (não se aplicando o regime da inibição do exercício das responsabilidades parentais, arts. 1913º e ss. do CC) e não estando impedidos de o fazer (caso contrário este exercício cabe às pessoas elencadas no art. 1903º CC).

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Manual...*, cit., p.579. Exercício que cabe a ambos os progenitores, de acordo com o princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges (art. 36º/3 CRP e art. 1901º/1 CC).

<sup>11</sup> São estes os dois fundamentos das responsabilidades parentais, a consciência do estado natural da criança de necessidade de cuidados básicos para a sua existência, durante a menoridade, por ser incapaz de prover sozinho essas carências e a vocação natural que cabe aos seus progenitores de cuidarem da melhor maneira do crescimento e desenvolvimento do seu filho de uma “forma plena e harmoniosa”. Este cuidado dos progenitores tem em vista alcançar duas finalidades, a finalidade de proteção e a finalidade de autonomia do filho, uma vez que cabe aos pais “promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos” (art. 1885º/1 CC e arts. 5º, 18º e 29º/1 CDC), MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido – “Responsabilidades...”, cit., p.36 e 37. Estas duas finalidades têm uma relação de complementaridade. A função de proteção vai diminuindo o seu peso com o desenvolvimento do filho, a finalidade de promoção da autonomia vai-se tornando cada vez maior à medida que o filho cresce, *idem*, p.37. Neste sentido também MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido – *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. [Coimbra]: [s.n.], 2003. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p.162 e ss.

<sup>12</sup> A função educativa é considerada como um “centro de gravidade das responsabilidades parentais”, compete aos pais educar o filho, transmitindo valores considerados essenciais pela comunidade onde se insere, desenvolvendo ainda a sua “consciência moral, social, religiosa, cívica e política”,

nascituros, e administrar os seus bens”, cabendo a estes cuidar da pessoa e bens do filho. O art. 1878º CC reflete o significado do art. 1874º permitindo caracterizar este dever geral dos pais como um “dever de cuidar”<sup>13</sup>. Pois entende-se que a criança não tem maturidade para estes assuntos sendo representada pelos pais quanto a estes e não é capaz de prover sozinho às suas necessidades básicas. Este dever dos pais de cuidarem dos filhos é também considerado um direito dos pais (art. 36º/5/6 CRP)<sup>14</sup>, devendo os filhos obediência aos seus progenitores (arts. 1878º/2 e 128º CC), para a concretização desta obrigação.

Os pais têm também o dever de ter em conta a opinião do filho nos assuntos familiares importantes, sendo essa consideração diversa em cada fase etária da vida do filho, de acordo com a sua maturidade, devendo também reconhecer-lhes autonomia na organização da sua vida (art. 1878º/2 CC)<sup>15</sup>. Neste sentido, o papel dos pais vai decrescendo à medida que o filho ganha maturidade, quando ganha aptidão para entender e formar uma vontade esclarecida<sup>16</sup>.

formando deste modo a sua personalidade, MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido – “Responsabilidades...”, cit., p.38.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Manual...*, cit., p.596.

<sup>14</sup> Constitui um direito-dever dos pais a educação e manutenção dos filhos. Quanto a educação esta abrange “todo o processo global de socialização e aculturação na medida em que ele é realizável dentro da família”, já no que diz respeito ao direito e dever de manutenção, este inclui o “dever de prover ao sustento dos filhos, dentro das capacidades económicas dos pais, até que eles estejam em condições (ou tenham obrigação) de o fazer”, CANOTILHO, José Joaquim Gomes / MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa-Anotada*, Vol. I- Artigos 1.º a 107.º, 4ªed. rev., reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 595 (em anotação ao art. 36º CRP). O n.º 6 do mesmo artigo estabelece que “os filhos não podem ser separados dos pais”, sendo esta garantia também um direito subjetivo dos progenitores. Podendo ser privados dos filhos, nos casos previstos na lei, no caso de estes não cumprirem os seus deveres fundamentais para com estes e exigindo-se sempre decisão judicial (arts. 1915º e 1918º CC), *idem*, p.566. Este artigo encontra-se relacionado com os arts. 67º e 68º CRP, contando a família com a proteção do Estado na realização das suas funções e na proteção da infância, de modo a assegurar um “desenvolvimento integral” (art. 69º CRP).

<sup>15</sup> Veja-se, por exemplo, o art. 1886º CC quanto à educação religiosa.

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Manual...*, cit., p.580. A atenção por esta autonomia progressiva dos filhos foi introduzida em 1977

Tendo em vista criar as condições para o exercício destas responsabilidades parentais, a lei fixou no art. 85º/1 CC a residência do filho junto dos pais [art. 1887º CC (poder-dever de guarda) e art.36º/6 CRP (princípio da inseparabilidade entre pais e filhos)]<sup>17 18</sup>.

### 3.2. A regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio

As responsabilidades parentais são exercidas, durante o casamento, por ambos os progenitores de comum acordo (art. 1901º/1 CC)<sup>19</sup>. Muitas vezes, este casamento termina, dissolvendo-se por divórcio. Com esta dissolução há que saber qual dos progenitores fica a exercer essas responsabilidades parentais quando existam filhos menores de idade.

O processo ou o acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais tem em vista estabelecer o novo regime de exercício destas, abrangendo quatro temas essenciais: a determinação da residência dos filhos, o exercício das respon-

sabilidades parentais, o regime convival e a obrigação de alimentos (art. 1905º CC)<sup>20</sup>.

O exercício das responsabilidades parentais quanto aos filhos menores pode já estar judicialmente regulado antes do requerimento do divórcio, durante a separação de facto destes cônjuges (art. 1909º CC). Nesta situação, o decretamento do divórcio não tem efeitos quanto ao que foi regulado sobre as responsabilidades parentais, encontrando-se em vigor, podendo, no entanto, esta regulação ser objeto de alteração<sup>21</sup>.

No caso de este exercício não estar, ainda, judicialmente regulado, a resposta a esta questão vai diferir consoante a modalidade de divórcio escolhida pelos cônjuges (art. 1773º CC), divórcio por mútuo consentimento [arts. 1775º e ss. do CC e arts. 994º e ss. do Código de Processo Civil (CPC)] ou divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (arts. 1779º e ss. do CC e arts. 931º e ss. do CPC).

Os cônjuges que pretendam requerer o *divórcio por mútuo consentimento* podem fazê-lo na Conservatória do Registo Civil, devendo apresentar vários acordos, nos termos do art. 1775º CC, sendo um deles o “acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais quando existam filhos menores” (alínea b)), ou apresentar a “certidão da sentença judicial que tiver regulado o exercício das responsabilidades parentais”<sup>22</sup>. Existindo este acordo, se-

no nosso ordenamento jurídico, acentuando-se com a aprovação da Convenção dos direitos da criança de 1990 e com a Convenção europeia sobre o exercício dos direitos da criança de 1996. Encontrando reflexo ainda no Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC), a propósito da audição da criança (arts. 4º e 5º), *idem*, p.580.

<sup>17</sup> Esta inseparabilidade é, também, decorrência da titularidade (arts. 1796º e 1797º CC). Deve evitar-se a expressão “guarda”, mesmo que nos queiramos referir a “guarda física”, uma vez que a lei utiliza a palavra “residência”, OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Manual...*, p.582. Afastando-se, deste modo, uma ideia de posse da criança que lhe podia estar subjacente, PEREIRA, Rui Alves – “Por uma cultura da criança enquanto sujeito de direitos: o princípio da audição da criança”. *Julgar Online*. 2015. [Consult. 29 Abr. 2024]. Disponível em WWW:<URL: <https://julgar.pt/por-uma-cultura-da-crianca-enquanto-sujeito-de-direitos-o-principio-da-audiacao-da-crianca/>>, p.3. Doravante “Por uma cultura...”.

<sup>18</sup> Na hipótese de os pais deixarem de viver juntos ou se nunca viverem juntos, a determinação da residência do filho cabe a ambos, por acordo (art. 1776º CC). Se estes não chegarem a esse acordo, cabe ao tribunal decidir nos termos dos arts. 1778º-A, 1906º, 1909º, 1911º e 1912º CC.

<sup>19</sup> Sendo assim também para os casos previstos nos arts. 1911º (união de facto) e 1912º CC.

<sup>20</sup> MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido – “Processos de jurisdição voluntária: acções de regulação do poder paternal: audição do menor”. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra. Vol. 77 (2001), p.733, doravante “Processos...”. Com a Lei nº 61/2008, que alterou o art. 1906º CC afastou-se o conceito de guarda do regime das responsabilidades parentais, passando a existir uma autonomização da determinação da residência do menor e o exercício destas responsabilidades, SOTTOMAYOR, Maria Clara – “Anotação ao art. 1906º in: *Código Civil Anotado, livro IV, Direito da Família* (coord. Clara Sottomayor). Coimbra: Almedina, 2020, p.918.

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Manual...*, p.341 e 342.

<sup>22</sup> Nos mesmos termos o art. 14º/2 do DL nº 272/2001 e os arts. 272º/1-c) e 274º-A e ss. do Código do Registo Civil (CRC). Estas regras aplicam-se à separação judicial de pessoas e bens (art. 1794º CC). Também

gundo o art. 1776º-A CC o “processo é enviado ao Ministério Público junto do tribunal judicial de 1ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertença a conservatória” para que este se pronuncie sobre tal acordo no prazo de 30 dias, devendo aferir se este acautela devidamente os interesses dos menores<sup>23</sup>, sob pena de esta homologação ser recusada (art. 1778º CC). No caso de o Ministério Público considerar que este acordo acautela os devidos interesses do menor, o conservador do Registo Civil decreta o divórcio nos termos do art. 1776º-A/3 CC. Se mesmo depois de convidados a alterar este acordo, os progenitores não chegarem a acordo ou chegando a ele, 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 por remissão do nº 4 do art. 1776º-A 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 adequada. Pode ler-se ainda no 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”.

Na hipótese de este acordo faltar pode ainda o divórcio ser requerido no tribunal, sendo o tribunal a decidir “como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”, nos termos do art. 1778º-A CC.

as alterações aos acordos já homologados podem ser requeridas em qualquer Conservatória do Registo Civil (art. 274º-A CRC).

<sup>23</sup> Devendo para tal aferição ouvir o menor nos termos do art. 274º-B/4 CRC.

Pode ainda ocorrer a convocação 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.

Tratando-se de *divórcio sem consentimento de um dos cônjuges* (art. 1781º CC) cabe aos pais, por acordo, entre estes, a regulação do exercício das responsabilidades parentais relativamente aos filhos menores de idade. Acordo esse que vai ser sujeito a homologação do tribunal (arts. 34º e 37º RGPTC). Quando não se consiga obter este acordo (art. 931º/4 CPC e art. 35º RGPTC) ou se a homologação deste tiver sido recusada pelo facto de não acautelar o interesse do menor, caberá ao juiz decidir, nos termos do art. 1906º CC<sup>24</sup> e dos arts. 38º a 40º RGPTC<sup>25</sup>. Podendo, o juiz, em qualquer altura do processo, fixar um regime provisório quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais (art. 28º RGPTC), ordenando a realização das diligências que considerar necessárias (art. 931º/9 CPC). Estamos perante um processo tutelar cível e estes têm natureza de

<sup>24</sup> Estas regras que valem no processo de divórcio valem também para outros casos em que os progenitores vão deixar de viver juntos em condições análogas às dos cônjuges (art. 1911º CC) ou não vivem juntos nessas condições (art. 1912º CC). Veja-se ainda o art. 1909º CC quanto à separação de facto.

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Manual...*, cit., p.342. O processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais encontra-se previsto nos arts. 34º a 59º do RGPTC, anteriormente regulado nos arts. 174º a 201 da OTM. De acordo com o art. 38º RGPTC, no caso de não haver acordo, o juiz decide provisoriamente suspendendo a conferência e remetendo as partes para mediação ou audição técnica especializada (arts. 24º e 23º RGPTC), seguindo-se posteriormente os termos do art. 39º RGPTC. Este recurso a audição técnica especializada e mediação não é admitido em casos que envolvem contextos de violência entre os progenitores ou com os filhos, onde a proteção destes esteja em risco, art. 24º-A RGPTC e art. 48º/1 Convenção de Istambul. Podendo o Ministério Público requerer o processo judicial de promoção e proteção, art. 27º/3 RGPTC e art. 3º/2-b) e f) LPCJP, SOTTOMAYOR, Maria Clara – “Anotação ao art. 1906º”, cit., p.920.

jurisdição voluntária (art. 12º RGPTC)<sup>26</sup>.

Nos termos do art. 40º RGPTC o exercício das responsabilidades parentais é regulado tendo em conta os interesses da criança, podendo esta ser confiada a ambos os progenitores ou apenas a um deles, a outro familiar, a uma terceira pessoa ou a instituição de acolhimento, fixando-se aí a residência daquela (nº 1); na sentença é também estabelecido o regime de visitas, regulando a partilha de tempo com a criança, podendo o juiz, no interesse do menor e sempre que se justificar, determinar que esses contactos “sejam supervisionados pela equipa multidisciplinar de assessoria técnica” (nº 2) e ainda, excecionalmente, pode o tribunal ordenar a suspensão do regime de visitas pelo tempo estritamente necessário, ponderado o superior interesse da criança e o interesse na manutenção do vínculo afetivo com o progenitor visitante (nº 3)<sup>27</sup>.

É importante destacar que o regime previsto legalmente para o exercício das responsabilidades parentais vale independentemente da modalidade de divórcio que conduz à dissolução do casamento<sup>28</sup>. No entanto, o regime é distinto consoante estejamos perante “questões de particular importân-

cia” ou “atos da vida corrente” (art.1906º CC)<sup>29 30</sup>.

a) Quanto às “questões de particular importância”, no nº 1 do art. 1906º CC estabelece-se que quando estejam em causa “questões de particular importância para a vida do filho” as responsabilidades parentais são exercidas em comum por ambos os progenitores, nos mesmos termos que vigoravam durante o casamento. Deste modo, as decisões que são consideradas as mais importantes para a vida do filho são tomadas pelos dois progenitores “e não apenas por um deles presumindo-se o consentimento do outro”<sup>31</sup>. Não sendo assim “nos casos de urgência manifesta em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho”, devendo, no entanto, prestar informações ao outro logo que possível (nº 1).

As situações que se possam enquadrar no âmbito deste conceito de “questões de particular importância” serão sempre avaliáveis casuisticamente, pois trata-se de atos que se praticam com pouca frequência ou raramente<sup>32</sup>. Porém, existem exemplos que, aparentemente, não levantam dúvidas, como “a mudança de residência para o estrangeiro”, uma “intervenção cirúrgica grave”, “a escolha de uma

<sup>29</sup> Este artigo assim como o art. 1905º, aplicam-se, com as devidas adaptações, também nos casos de separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, separação de facto ou cessação da coabitação entre os corresponsáveis parentais e no caso de estes não viverem em condições análogas às dos cônjuges, para além do caso de divórcio (arts. 1904º-A/5 e 1912º CC).

<sup>30</sup> Em 1966, mesmo em caso de divórcio, pertencia ao pai o exercício do poder paternal, inclusive nos casos em que o filho ficaria a residir apenas com a mãe. Para uma análise desta evolução veja-se COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA / OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Curso de Direito da Família, vol.1, Introdução Direito matrimonial*. 5ªed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. [Consult. 2 Mai. 2024]. Disponível em WWW:<URL: [https://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/eBook\\_-\\_Curso\\_de\\_Direito.pdf](https://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/eBook_-_Curso_de_Direito.pdf)>, p.791, doravante “Curso...”.

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Manual...*, cit., p.343. Ideia presente no art. 1902º/1 CC, desde 1977.

<sup>32</sup> OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Manual...*, cit., p.343.

<sup>26</sup> Valendo nestes processos o disposto nos arts. 986º a 988º CPC. São princípios caracterizadores da jurisdição voluntária o princípio do inquisitório, o da prevalência da equidade sobre a legalidade, o da livre modificabilidade das decisões ou providências da jurisdição voluntária e o da inadmissibilidade de recurso para o STJ, MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido – “Processos...”, cit., p.726 e 736 e ss.

<sup>27</sup> Podendo existir restrições ao regime de visitas, de acordo com o art. 31º da Convenção de Istambul, quando estiver em causa a proteção e segurança da criança.

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Manual...*, cit., p.343.

educação religiosa”<sup>33</sup>, a “propositura de uma ação”, a “matrícula em estabelecimentos de ensino particular”<sup>34</sup>, os atos patrimoniais que necessitem da autorização do Ministério Público e a “representação do menor em juízo” (arts. 16º/2/3 e 18º CPC)<sup>35</sup>.

No entanto, de acordo com o n.º 2 do art. 1906º CC, quando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas a estas “questões de particular importância” for considerado contrário aos interesses do filho, “deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores” (art. 1906º-A CC e art. 40º/9 RGPTC). No art. 1906º-A CC encontramos as situações em que tal é visível quando “for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores” (alínea a)) ou “estiverem em grave risco os direitos e a segurança das vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus-tratos ou abuso sexual de crianças” (alínea b)). Nestes casos será imperativo o tribunal decretar o exercício destas responsabilidades por um dos progenitores, em exclusivo.

<sup>33</sup> *Idem*, p.591.

<sup>34</sup> Devido às implicações patrimoniais resultantes para os progenitores, COELHO, Francisco Manuel Pereira / OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Curso...*, cit., p.797. Hugo Rodrigues considera que também a opção pelo ensino público é questão de particular importância, pelo facto de estas decisões terem sempre um impacto decisivo “na aprendizagem escolar e na formação da pessoa”, RODRIGUES, Hugo Manuel Leite – *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Coimbra Editora: Wolters Kluwer Portugal, 2011, p.154 e 156. Doravante “*Questões...*”. Em sentido contrário, Clara Sottomayor entende que a inscrição em estabelecimento de ensino privado e a transferência de um colégio do ensino público para um do ensino privado são atos da vida corrente. Segundo esta autora não se deve fazer distinção entre os dois tipos de ensino, SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*. 8ªed., rev., aum. e actual. Coimbra: Almedina, 2021, p.337, doravante “*Regulação...*”.

<sup>35</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito...*, cit., p.316.

b) Quanto aos “atos da vida corrente”, o n.º 3 do art. 1906º CC refere que, quando estejam em causa este tipo de atos, o exercício das responsabilidades parentais “cabe ao progenitor com quem reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente”, ou seja, ao progenitor que esteja com o filho quando seja necessário tomar uma decisão. Esta decisão está condicionada pelas “orientações educativas mais relevantes”<sup>36</sup> que são estabelecidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente, respeitando, deste modo, a sua estabilidade.

Este conceito de “atos da vida corrente” está relacionado com decisões que se tomam com alguma frequência, que não necessitam de um processo de resolução complexo e “que não têm riscos ponderosos, nem circunstâncias duradouras”<sup>37</sup>, que são próprias do dia a dia de cada família.

São exemplos de “atos da vida corrente”, as deslocações do menor para o estrangeiro, encontrando-se este de férias e acompanhado por algum dos seus progenitores (Ac. do TRP de 27/01/2020); a frequência pelo menor de ATL e de atividades extracurriculares, como, por exemplo, karaté e natação (Ac. do TRP de 14/11/2017); a ida a consultas médicas, a colocação de próteses, a aquisição de medicamentos e de material escolar que o menor necessite (Ac. do TRP de 08/03/2018); a decisão de transferência do menor de uma escola pública para outra com equivalente tipo de ensino e do local de frequência das mesmas atividades extra-

<sup>36</sup> Por exemplo, a tarefa do filho de arrumar o quarto, responsabilizá-lo pelos seus comportamentos, entre outros atos relacionados com a “formação do carácter do menor”, RODRIGUES, Hugo Manuel Leite – *Questões...*, cit., p.132. Se o progenitor não residente não cumprir estas orientações a consequência será a “cessação do exercício conjunto das responsabilidades parentais e/ou limitações ao direito de visita”, SOTTOMAYOR, Maria Clara – “Anotação ao art. 1906º”, cit., p.924.

<sup>37</sup> OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Manual...*, cit., p.345.

curriculares (Ac. do TRG de 17/12/2019)<sup>38</sup>; assim como a mudança de residência dentro do país<sup>39</sup>.

Esta distinção quanto à natureza dos atos praticados pelos progenitores, que tem repercussões no regime do exercício das responsabilidades parentais, tem a sua razão de ser no facto de que os atos com maior relevância serão mais raros de ocorrer, podendo os dois titulares ser capazes de se entender sobre eles; enquanto na prática de atos da vida corrente estes poderiam ter mais dificuldades para chegarem a esse entendimento, devido a diversos fatores, como viverem separados, tendo dificuldades de contacto e divergências quanto ao modo de agir e pela multiplicidade de atos banais que podem surgir e quanto aos quais iriam ser chamados a decidir em conjunto<sup>40</sup>.

De acordo com o n.º 4 do art. 1906.º CC “o progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício”. Sendo exemplos de terceiras pessoas os padrastos e madrastas do filho<sup>41</sup>.

O regime do art. 1906.º CC é imperativo, não podendo os progenitores, em qualquer modalidade de divórcio acordar que o exercício das responsabilidades parentais cabe na totalidade apenas a um deles, afastando-se do regime-regra, acautelando-se, assim, o interesse do filho quanto à sua ligação com os progenitores depois do divórcio. Só podendo este regime ser afastado por uma decisão fundamentada do tribunal<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Exemplos retirados de decisões jurisprudenciais reunidas por Guilherme de Oliveira em *idem*, p.345 e ss.

<sup>39</sup> Clara Sottomayor entende que a prática deste ato constitui um ato da vida corrente devido à reduzida dimensão do nosso país e à facilidade de comunicações, SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Regulação...*, cit., p.346.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Manual...*, cit., p.591.

<sup>41</sup> *Idem*, p.584.

<sup>42</sup> *Idem*, p.348 e 349.

Quando se verifique *incumprimento do regime estabelecido quanto ao exercício das responsabilidades parentais* por um dos progenitores, por exemplo, em matéria de alimentos ou regime de visitas, o outro pode requerer ao tribunal as diligências necessárias para o cumprimento coercivo do regime e a condenação do remisso em multa e em indemnização a favor da criança, do progenitor requerente ou de ambos (art. 41.º RGPTC)<sup>43</sup> ou pode intentar uma ação de alteração deste regime (art. 42.º/1 RGP-TC). Podendo ser ordenada a entrega da criança, nos termos do art. 41.º/5/6 RGPTC. Para além disso, pode ainda preencher-se o tipo legal de crime de subtração de menor, previsto no art. 249.º CP<sup>44</sup> 45.

Quanto à *residência dos filhos*, nos termos do art. 1906.º/5 CC, cabe ao tribunal determinar o local de residência do filho e o tempo de contacto deste com o progenitor com quem não vai viver, de acordo com o interesse do filho, ou seja, com quem é que este fica a viver, depois da dissolução do casamento por divórcio<sup>46</sup>. Nesta determinação o tribunal considera o acordo dos pais e se este acautelar

<sup>43</sup> Aplica-se quanto a este incidente de incumprimento das responsabilidades parentais o princípio da audição da criança, nos termos dos arts. 4.º/1-c) e 5.º RGPTC, SOTTOMAYOR, Maria Clara – “Anotação ao art. 1901.º” in: *Código Civil Anotado, livro IV, Direito da Família* (coord. Clara Sottomayor). Coimbra: Almedina, 2020, cit., p.899 e 900.

<sup>44</sup> Este artigo pune com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias quem praticar as seguintes condutas: “subtrair menor” (alínea a) do n.º 1); “por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir” (alínea b)); ou “de um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento” (alínea c)).

<sup>45</sup> Com este crime quis incluir-se todos os comportamentos que reiteradamente praticados assumem grande relevância, abrangendo, assim, “todo o tipo de atrasos sistemáticos, de complicações de última hora, de alterações do que ficou combinado, de ausências súbitas, de mudanças de residência não comunicadas, etc.” que degradam o respetivo regime e geram repercussões para os filhos, tornando a execução deste regime uma experiência traumatizante, OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Manual...*, cit., p.349 e 350.

<sup>46</sup> *Idem*, p.351 e 352.

o interesse do filho, aceita o acordo. Na falta deste acordo, o tribunal irá decidir com quem o filho vai viver e a distribuição do tempo que este irá passar com cada um dos pais e com outras pessoas importantes para o menor<sup>47</sup>, nos termos dos arts. 1778º-A e 1906º CC.

O juiz tomará como critério a proteção do *interesse do filho*, tendo em conta “todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro” (art. 1906º/5 CC)<sup>48</sup>. Este conceito de interesse do filho é um conceito indeterminado que necessita de ser concretizado pela doutrina e pela jurisprudência, de forma a evitar o subjetivismo judiciário e a disparidade de diferentes decisões para casos semelhantes<sup>49</sup>.

Nas palavras de Jorge Duarte Pinheiro, a complexidade de uma decisão deste tipo não recomenda a utilização de um único critério. Entende que no caso de não existir uma exclusão de algum dos progenitores devido a “alguma notória disfunção”, devem utilizar-se outros fatores “para desempatar”<sup>50</sup>.

Este autor salienta que não se pode atribuir um papel exclusivo nem privilegiado ao critério da figura primária de referência<sup>51</sup>, por este constituir

um “elemento característico de sistemas de regulação do exercício das responsabilidades parentais que discriminam entre progenitores e discriminam entre filhos (consoante os respectivos progenitores vivam ou não juntos)”<sup>52</sup> 53. Entende-se que a figura primária de referência equivale ao chamado cuidador principal, que se afirma ser aquele progenitor que, anteriormente à rutura da vida em comum dos pais, assumiu no dia-a-dia, as tarefas necessárias para cuidar do filho (alimentação, saúde, higiene, acompanhamento de horas de sono, educação, vestuário, transporte para a escola e casa de amigos)<sup>54</sup>. Este critério não se afigura compatível com sistemas modernos que têm em vista o exercício em comum das responsabilidades parentais e o melhor interesse da criança, pois “cada progenitor é e deve ser a figura primária de referência”, não se devendo entrar em conflito de modo a averiguar quem é ou foi o melhor pai<sup>55</sup>.

Devem tomar-se em conta outros fatores para a determinação do interesse da criança, como “fatores relativos à criança” e “fatores relativos aos pais”. Quanto aos primeiros estes dizem respeito às suas “necessidades físicas, afetivas, intelectuais e materiais”, à sua “idade, sexo e grau de desenvolvimento físico e psíquico”, a continuidade das suas relações afetivas, a sua adaptação ao “ambiente extrafamiliar de origem (escola, comunidade, amigos, atividades não escolares)”, os “efeitos de uma eventual mudança de residência” e a preferência manifestada por

<sup>47</sup> *Idem*, p.352.

<sup>48</sup> Este subcritério da disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações habituais da criança com o outro não deve ser aplicado em casos de violência doméstica nem quando um dos pais restringe essas visitas para proteger o filho de “situações de negligência ou de perigo para a sua segurança, saúde, educação e desenvolvimento” ou quando a criança, com maturidade suficiente e de modo livre e firme, recusa a relação com um deles, SOTTOMAYOR, Maria Clara – “Anotação ao art. 1906º”, cit., p.920.

<sup>49</sup> *Idem*, p.921.

<sup>50</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito...*, cit., p.318.

<sup>51</sup> Por razões de conveniência processual este critério era usado pelos tribunais, de modo a alcançar decisões mais rápidas, fáceis e económicas, assim como o critério da preferência maternal para crianças de tenra idade (era dominante até à década de 90 do século passado), SOTTOMAYOR, Maria

Clara – *Regulação...*, cit., p.68 e 70. Para esta autora o critério da figura primária de referência parece ser o “mais correto e conforme ao interesse da criança”, *idem*, p.78

<sup>52</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito...*, cit., p.318.

<sup>53</sup> Nestes sistemas este critério foi precedido pelo critério da presunção maternal, que acarretava a atribuição do exercício exclusivo das responsabilidades parentais à mãe em caso de divórcio ou separação, *idem*, p.319.

<sup>54</sup> *Idem*, p.319.

<sup>55</sup> *Idem*, p.319 e 320.

ela<sup>56</sup>. Os segundos prendem-se com a capacidade dos progenitores para satisfazer as necessidades dos filhos, o tempo disponível para cuidar deles, a sua saúde física e mental, “o sexo destes (a preferência maternal ou o princípio da atribuição da guarda ao progenitor que tem o mesmo sexo da criança)”, a continuidade da relação de cada um deles com o filho, o afeto que cada um dos progenitores sente pela criança<sup>57</sup> e a estabilidade do ambiente que cada um destes lhe pode facultar<sup>58</sup>.

Podem ainda ser relevantes fatores como a companhia dos irmãos<sup>59</sup> e o auxílio prestado a um dos progenitores por outros membros da família, como, por exemplo, os avós<sup>60 61</sup>.

Nesta tomada de decisão o tribunal tem de ouvir os pais, a criança, os seus avós e outras “pes-

soas de especial referência afetiva para a criança” e pode recorrer a diligências de instrução (arts. 21º e 35º/2 RGPTC)<sup>62</sup>.

O progenitor com quem o filho vai passar a residir habitualmente está vinculado ao dever de prover ao seu sustento, enquanto o progenitor não-residente está obrigado a prestar alimentos ao filho (art. 1905º CC)<sup>63</sup>. A medida deste direito dos filhos menores está dependente das possibilidades deste progenitor e das necessidades do filho, só podendo exigir do progenitor o necessário para suprir as suas despesas de educação, alimentação, vestuário, etc, não se tomando como referência o nível de vida que tinha antes da rutura do casamento<sup>64</sup>, embora este não seja um entendimento pacífico.

Os filhos têm o direito de conviverem com os progenitores. O progenitor não-residente tem, assim, o *direito-dever de visita*, podendo comunicar com a criança durante um período acordado; o que é recorrente é este progenitor alojar o filho em sua casa em fins-de-semana alternados e passar com ele férias e datas festivas<sup>65</sup>, como a Páscoa, o Natal e as férias de verão<sup>66</sup>.

Desde 2008, com a Lei n.º 61/2008, passou a prever-se uma maior convivência com os dois progenitores, também com o não-residente, presente na parte final do n.º 5 do art. 1906º CC; no n.º 7 (anterior n.º 6) prevê-se que lhe assiste o direito de ser informado sobre o modo do exercício das responsabilidades

<sup>56</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Regulação...*, cit., p.65 e 66.

<sup>57</sup> A relação entre o filho e o progenitor para além de exigir proximidade, comunicação e prestação de cuidados exige também “afeto” como forma de prestar todos esses cuidados necessários ao filho, XAVIER, Rita Lobo – “Responsabilidades parentais no séc. XXI”. *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*. Coimbra. Ano 5, N. 10 (2008), p.18 e 19.

<sup>58</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Regulação...*, cit., p.66. Esta autora entende que as condições financeiras dos pais não devem ser utilizadas como um fator de atribuição da guarda da criança, por tal implicar uma discriminação das mulheres, que, normalmente, recebem salários mais baixos do que os homens ou estariam sempre em desvantagem se tivessem optado por ficar em casa a cuidar dos filhos ou se tivessem trabalhado apenas a tempo parcial. Para compensar este fator existe a obrigação de alimentos, *idem*, p.66. Também não podem ser utilizadas outras categorias discriminatórias, como a sua orientação sexual ou a sua religião, SOTTOMAYOR, Maria Clara – “Anotação ao art. 1906º”, cit., p.921.

<sup>59</sup> O fundamento deste princípio da não separação dos irmãos reside no facto de que as crianças já sofrem bastante com a separação dos pais e ainda sofreriam mais se fossem separadas dos irmãos, afetando assim negativamente o seu desenvolvimento, SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Regulação...*, cit., p.92.

<sup>60</sup> *Idem*, p.66.

<sup>61</sup> Pode atender-se a outros fatores que já não se relacionam com o interesse da criança, como as condições geográficas (a proximidade da casa de cada um dos progenitores da escola do filho) e condições materiais (as características físicas da casa de cada um deles), com os quais Clara Sottomayor não concorda e bem a meu ver. O facto de o progenitor que tem uma melhor relação com o filho não ter uma casa com tão boas condições como a do outro não pode significar a residência do filho com o outro progenitor. Neste sentido, *ibidem*.

<sup>62</sup> *Idem*, p.65.

<sup>63</sup> *Idem*, p.321.

<sup>64</sup> CAMPOS, Diogo Leite de / CAMPOS, Mónica Martinez de – *Lições...*, cit., p.383.

<sup>65</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito...*, cit., p.322.

<sup>66</sup> Podendo este direito ser suspenso ou condicionado, excepcionalmente, por exigência do melhor interesse da criança (art. 40º/3 RGPTC) ou na hipótese de atribuição do estatuto de vítima de violência doméstica ao outro progenitor (art. 14º da Lei n.º 112/2009) ou de aplicação de uma medida de coação ou pena acessória de proibição de contacto entre os dois progenitores (art. 40º/10 RGPTC), *idem*, p.322 e 323.

parentais, “designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho” e no n.º 8 (anterior n.º 7), o tribunal deve promover relações de grande proximidade com os dois progenitores, “promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles”.

Para além do modo mais usual de exercício das responsabilidades parentais, que se traduz em o filho passar a viver apenas com um dos progenitores, tendo o outro direito de visita (art. 1906.º/5 CC), em 2020, com a Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro, passou a constar expressamente um outro modo no Código Civil, o exercício conjunto com *residência alternada* no n.º 6 do art. 1906.º<sup>67</sup>. Podendo este modo ser determinado pelo tribunal, quando tal corresponder ao superior interesse da criança e depois de ponderadas todas as circunstâncias relevantes<sup>68</sup>, sem a necessidade de um acordo entre os progenitores e “sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos” (art. 1906.º/6 CC).

A lei não nos apresenta qualquer noção de residência alternada. Entende-se que estamos perante residência alternada “sempre que a repartição do tempo de convívio da criança com os pais se situar entre 33 e 50%”. Caso isto não ocorra, deparamo-nos com residência única ou habitual (em relação ao progenitor que passar mais tempo com o

filho)<sup>69</sup>. A prática da residência alternada tem como pressuposto o exercício conjunto em questões de particular importância (art. 1906.º/1 CC), apenas existindo decisões exclusivas quanto a atos da vida corrente, em alternância, não podendo implicar o exercício em exclusivo das responsabilidades parentais nem comportar a imposição unilateral de orientações educativas relevantes de um pai ao outro<sup>70</sup>. Apesar de a residência alternada parecer uma boa solução para a manutenção da relação afetiva com ambos os pais<sup>71</sup>, perfilho o entendimento de Guilherme de Oliveira, no sentido de que esta partilha de responsabilidades deve começar a construir-se durante o casamento e não apenas com o término dele, caso contrário, corre-se o risco de esta se tornar “forçada”<sup>72</sup>.

A Lei n.º 65/2020 também introduziu o n.º 9 ao art. 1906.º CC, que prevê que o tribunal deve proceder à *audição da criança* para estes efeitos, questão que será alvo de análise posteriormente.

O acordo ou a sentença que regule o exercício das responsabilidades parentais *não é imutável e pode ser alvo de alteração*<sup>73</sup>.

65

<sup>67</sup> Reflexo do ponto 5.5 da Resolução 2079 (2015) do Conselho da Europa. Já em 2015, no art. 40.º/1 RGPTC se previa esta possibilidade. Podendo, em casos excecionais, também ser confiada a uma terceira pessoa (art. 1907.º CC).

<sup>68</sup> Devem atender-se a vários fatores na apreciação do caso concreto, pois a residência alternada pode não ser compatível com todas as famílias. Tomando-se em conta fatores relativos aos pais (como a capacidade de cooperação e diálogo entre os progenitores quanto à educação e bem-estar do filho, a competência parental de cada um deles, o seu nível de conflitualidade e a proximidade das suas residências) e fatores relativos à criança (a sua relação afetiva com cada um dos progenitores, a sua idade, vontade, saúde e as suas necessidades). SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Regulação...*, cit., p.439, 447 e 448. Devendo ouvir-se a criança na tomada desta decisão (art. 1906.º/9 CC).

<sup>69</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito...*, cit., p.323.

<sup>70</sup> *Idem*, p.323 e 324 e OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Manual...*, cit., p.349 e 357.

<sup>71</sup> Em abstrato, a residência alternada parece obedecer em maior medida aos princípios que regem o nosso ordenamento jurídico, como o princípio da igualdade entre progenitores (arts. 13.º, 36.º/3/5 e 68.º/1/2 CRP e art. 18.º/1 CDC); o princípio da igualdade entre filhos; o princípio da inseparabilidade dos filhos dos progenitores e o princípio do superior interesse da criança (arts. 69.º e 70.º CRP, art. 3.º/1 CDC e art. 4.º-a) LPCJP). Com este último princípio tem-se em vista o bem-estar, proteção e promoção da criança, PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito...*, cit., p.324 e 327.

<sup>72</sup> OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – *Manual...*, cit., p.354.

<sup>73</sup> O acordo pode ser alterado por mútuo consentimento dos progenitores, encontrando-se sujeito a aprovação. Qualquer um dos pais ou o Ministério Público pode requerer a alteração desta regulação, caso exista incumprimento por ambos os pais ou quando circunstâncias supervenientes tornem necessária essa alteração (art. 42.º RGPTC), PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito...*, cit., p.333.

## 4. Audição da criança

### 4.1. Audição da criança na regulação do exercício das responsabilidades parentais

A nossa ordem jurídica concede um *direito de audição* às crianças no momento da regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento (art. 1906º/9 CC). Sendo aquelas ouvidas pelo tribunal ou pelo Ministério Público (quando o processo corre na Conservatória do Registo Civil, art. 274º-B/4 CRC), seguindo-se os termos dos arts. 4º e 5º RGPTC. Podem também aquelas ser ouvidas pelo tribunal, na constância do matrimónio, a propósito do exercício das responsabilidades parentais (art. 1901º/3 CC)<sup>74</sup>.

Este direito de audição e de participação encontra-se também previsto em instrumentos europeus e internacionais como na Convenção sobre os Direitos da Criança (arts. 2º e 12º); na Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças (arts. 3º e 6º)<sup>75</sup>; nas Diretrizes do Co-

mité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças (Diretrizes III (A), III (B), IV (D) (44-49, 54-58, 61, 62, 64-68, 71-74 e 75-83)<sup>76</sup>; na Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa de 2012; na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (arts. 21º/1 e 24º/1<sup>77</sup>); no Regulamento (UE) nº 1111/2019 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 (art. 21º) que revogou o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 de 27 de Novembro (Regulamento Bruxelas II bis); na Recomendação da Comissão de 20 de Fevereiro de 2013 (ponto 2.3) e nos CEFL *Principles on Parental Responsibilities* (Principle 3:6 e Principle 3:37)<sup>78 79</sup>.

<sup>76</sup> Documento disponível em: <https://rm.coe.int/16806a45f2>.

<sup>77</sup> O art. 24º foi alvo de interpretação pelo TJUE no caso *Aguirre Zaragoza*. Este tribunal referiu que “ouvir a criança não pode constituir uma obrigação absoluta!”. Devendo esta apenas ser ouvida se isso for de acordo com o seu superior interesse, avaliado pelo tribunal interno em cada caso concreto, de acordo com a sua idade e maturidade e se a audiência for adequada e não prejudicial para a sua saúde psicológica, *idem*, p.114 e ss.

<sup>78</sup> Segundo o Principle 3:6, de acordo com a sua idade e maturidade, a criança tem o direito de ser informada, consultada e de expressar a sua opinião nos assuntos que lhe respeitem e que esta seja tomada em consideração, BOELE-WOELKI, Katharina, ... [et al.] – *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*. Oxford: Intersentia, 2007, p.49. O princípio não fixa nenhuma idade sendo importante olhar para diversos fatores, *idem*, p.55. O Principle 3:37 estabelece que de acordo com o Principle 3:6, a autoridade competente deve ouvir a criança em todos os processos relativos a responsabilidades parentais, mas se aquela, no entanto, decidir não a ouvir deve apresentar uma razão específica (1); esta audição deve ser realizada diretamente por autoridade competente ou indiretamente por pessoa ou organismo nomeado por esta (2) e a criança deve ser ouvida de forma adequada à sua idade e maturidade (3), *idem*, p.239. Este princípio explicita o modo de realizar esse direito de audição, ocorrendo esta num local e de um modo adequado às especificidades da criança de maneira compreensível para esta, cabendo a cada lei nacional determinar os seus termos, *idem*, p.250 e 251. A audição deve ocorrer somente com a criança para que esta não seja influenciada pela presença de familiares próximos ou de outras partes no processo, *idem*, p.252.

<sup>79</sup> Veja-se ainda o art. 13.º, § 2.º da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças sobre este direito e os arts. 3º e 54º/1-(c) e nº 2 do Regime Jurídico do Processo de Adoção. Sendo relevante para todos estes instrumentos o art. 8º CRP.

<sup>74</sup> Este artigo estabelece que o tribunal, antes de decidir, ouvirá o filho no caso de faltar o acordo entre os progenitores quanto a “questões de particular importância” e a mediação falhar, exceto se circunstâncias ponderosas o desaconselharem (n.ºs 2 e 3). O n.º 3 prevê a audição prévia obrigatória da criança, eliminando-se com a Lei n.º 61/2008, a referência aos 14 anos de idade para que esta possa ser ouvida, harmonizando-se, deste modo, o Código Civil com o art. 12º CDC e com o art. 4-j) LPCJP, nos termos dos arts. 4º e 5º RGPTC, SOTTOMAYOR, Maria Clara – “Anotação ao art. 1901º”, cit., p.899.

<sup>75</sup> Esta Convenção apresenta os direitos processuais obrigatórios da criança, como o direito de obter as informações relevantes, de expressar a sua opinião e de ser informada sobre as consequências desta (art. 3º) e o direito de nomear um representante especial quando os titulares das responsabilidades parentais não possam representar a criança devido a um conflito de interesses. Este pode ser nomeado a pedido da criança (art. 4º) ou *ex officio* (art. 9º). Elencando também direitos processuais opcionais (art. 5º), MOL, Charlotte – *The child’s right to participate in family law proceedings: represented, heard or silenced?*. Cambridge; Antwerp; Chicago: Intersentia, 2022, p.92 e 93, doravante “*The child’s...*”.

O art. 12º CDC elenca um direito essencial para a criança, com capacidade de discernimento, o direito a exprimir livremente a sua opinião sobre questões que lhe digam respeito, sendo devidamente tomada em consideração, de acordo com a sua idade e maturidade (nº 1). A criança pode ser ouvida diretamente ou através de representante<sup>80</sup> ou de organismo adequado, em processos judiciais e administrativos que lhe respeitem diretamente (nº 2). Esta tem direito à liberdade de expressão (art. 13º CDC e art. 37º CRP).

O reconhecimento deste direito ao menor de idade de ser ouvido e de expressar a sua opinião resulta da nova conceção que está subjacente à criança como sujeito de direitos, como um “ser em desenvolvimento com uma capacidade progressiva, sujeito activo capaz de participar no processo de decisão com um discurso suficientemente carregado de significado em diálogo com os adultos”<sup>81</sup>.

Este direito de participação da criança na tomada de decisões que lhe respeitem apresenta *duas vertentes*: uma entendendo-se participação como “*tomar parte em*” e outra como participação no sentido de o menor ter conhecimento que os seus atos “*serão tomados em conta*”. O direito alvo de análise tem de ser entendido nestas duas aceções, ou seja, não apenas tendo em conta a primeira, mas também a segunda, por só assim se assegurar à criança o “direito de influenciar as decisões que lhe respeitem”, só assim se garantindo “à criança um papel activo na condução da sua vida”<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> De acordo com o art. 10º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças cabe aos representantes fornecer todas as informações relevantes para a criança, explicar as possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião e apurar esse ponto de vista da criança e transmiti-lo ao juiz. Pode ser representante, por exemplo, um advogado (art. 2º-c)).

<sup>81</sup> MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido – “Responsabilidades...”, cit., p.34.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

Um processo que diz respeito à criança é, precisamente, a regulação do exercício das responsabilidades parentais (art. 3º RGPTC)<sup>83</sup>. Este processo tutelar cível rege-se pelos *princípios da Lei de protecção de crianças e jovens em perigo*, por remissão expressa do art. 4º/1 RGPTC<sup>84</sup>, e, ainda, pelos *princípios presentes neste mesmo artigo*, dos quais se destaca o de audição e participação da criança (alínea c)), segundo o qual a criança que tenha capacidade de compreensão dos assuntos que estão a ser alvo de discussão, tendo em conta a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre decisões que lhe respeitem, preferencialmente com o auxílio da assessoria técnica do tribunal, sendo ainda garantido, salvo se existir uma recusa fundamentada por parte do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que manifestar interesse nesse sentido<sup>85</sup>. Sendo essa capacidade de compreensão dos assuntos em discussão pela criança, aferida pelo juiz, casuisticamente e por despacho, podendo para tal recorrer ao apoio da assessoria técnica (art. 4º/2 RGPTC).

A audição da criança deve ser realizada seguindo os termos previstos no art. 5º RGPTC, que vai ser analisado em pormenor no ponto seguinte, tendo esta, segundo este artigo, o direito de ser ouvi-

<sup>83</sup> As crianças são também ouvidas quanto a outras questões, como os menores de 16 anos que praticam factos qualificados como crime, nos termos da Lei Tutelar Educativa (arts. 47º e 96º) e no que respeita à intervenção para a promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem em perigo (arts. 4º-j) e 84º LPCJP).

<sup>84</sup> Os quais constam do art. 4º LPCJP, que são o interesse superior da criança e do jovem, a privacidade, a intervenção precoce, a intervenção mínima, a proporcionalidade e atualidade, o respeito pela responsabilidade parental, o primado da continuidade das relações psicológicas profundas, a prevalência da família, a obrigatoriedade da informação, a audição obrigatória e participação, a subsidiariedade e a interdisciplinariedade (intuído ao longo deste diploma), GUERRA, Paulo – “Anotação ao art. 4º in: *Regime geral do processo tutelar cível anotado* (coords. Cristina Araújo Dias, João Nuno Barros, Rossana Martingo Cruz). Coimbra: Almedina, 2021, p.68 e 69.

<sup>85</sup> Também se encontram presentes neste número o princípio de simplificação instrutória e oralidade (alínea a) e o princípio da consensualização (alínea b) e arts. 20º, 23º, 24º, 29º/1, 37º/1/2, 38º e 39º RGPTC).

da, sendo a sua opinião tomada em consideração pelas autoridades judiciárias na determinação do seu superior interesse (n.º 1)<sup>86</sup>. A sua opinião e o seu superior interesse devem ser tomados em conta, pois a criança não é um objeto que é dividido por ambos os pais.

O processo de *regulação do exercício das responsabilidades parentais* está previsto nos arts. 34.º e ss. do RGPTC. A criança pode ser ouvida pelo tribunal, na falta de acordo entre os progenitores, na conferência de pais (art. 35.º RGPTC). Pode ser ouvida a criança que tenha idade superior a 12 anos ou inferior, desde que tenha capacidade para compreender os assuntos que estão a ser discutidos, tendo em conta a sua idade e maturidade e se o seu superior interesse não o desaconselhar (art. 35.º/3 RGPTC)<sup>87</sup>. A criança pode também ser ouvida num processo de divórcio por mútuo consentimento pelo Ministério Público de modo a recolher elementos para apurar o seu superior interesse (art. 274.º-B/4 CRC) e em caso de alteração do regime (art. 42.º/5 RGPTC).

O reconhecimento do direito de audição à criança *não implica a responsabilidade desta de deci-*

*dir*, continuando a caber esse papel aos adultos<sup>88</sup>, pois caso contrário roubar-se-lhe-ia “o direito de ser criança”, somente se pretende envolvê-la no processo de decisão, sendo ela o “interlocutor privilegiado”, promovendo-se assim a sua autonomia. Este direito é, isso mesmo, um direito e não um dever da criança, esta não deve ser constrangida a dar a sua opinião, se isto ocorresse poderia prejudicar a espontaneidade das suas opiniões ou levar a manipulações da sua expressão de sentimentos<sup>89</sup>.

Considero que tendo em conta toda a análise, se deve conceder este direito à criança independentemente da sua idade (a lei não estabelece qualquer limite), olhando-se também para a maturidade e capacidade de compreensão desta e não apenas para a sua idade<sup>90</sup>. Não devendo existir uma imposição de um limite de idade a partir do qual a criança tem esse direito, não o tendo as crianças de idade inferior, não se partindo do pressuposto que as crianças são incapazes de formar as suas próprias opiniões<sup>91</sup>. A maturidade das crianças varia de umas para as outras e vai crescendo. Nem todas as crianças são iguais, uma criança mais nova pode ter maturidade

<sup>86</sup> A noção de melhor interesse da criança dependerá sempre de uma ponderação casuística, uma vez que este está sempre ligado a circunstâncias reais em que a criança se encontra, CRUZ, Rossana Martingo – “Anotação ao art. 5.º in: *Regime geral do processo tutelar cível anotado* (coords. Cristina Araújo Dias, João Nuno Barros, Rossana Martingo Cruz). Coimbra: Almedina, 2021, p.104 e 105.

<sup>87</sup> Parecendo existir uma presunção de maturidade e de compreensão dos assuntos que lhe respeitam quanto à criança de 12 anos, *idem*, p.106. Neste contexto é importante relembrar que a nomeação de advogado à criança é obrigatória quando existe um conflito de interesses com os seus progenitores, por exemplo e quando esta tenha uma maturidade adequada o solicitar ao tribunal (art. 18.º/2 RGPTC). Aplicando-se também o art. 4.º/1-c) RGPTC. Através do reconhecimento deste direito de audição da criança concluímos que também nesta matéria do exercício das responsabilidades parentais é de grande interesse esta estar presente e dar a sua opinião, DIAS, Cristina – “Anotação ao art. 35.º in: *Regime geral do processo tutelar cível anotado* (coords. Cristina Araújo Dias, João Nuno Barros, Rossana Martingo Cruz). Coimbra: Almedina, 2021, p.293 e 295.

<sup>88</sup> A visão que a criança tem de toda a sua dinâmica familiar é relevante, mas não é decisivo. Muitas vezes a opinião desta pode não corresponder ao seu melhor interesse, cabendo ao juiz ponderar todos os devidos fatores e tentar tomar a melhor decisão, CRUZ, Rossana Martingo – “Anotação ao art. 5.º, cit., p.105.

<sup>89</sup> MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido – “Responsabilidades...”, cit., p.34 e 35.

<sup>90</sup> Rui Alves Pereira entende que se deve obrigatoriamente ouvir a criança a partir, pelo menos, dos 12 anos de idade, PEREIRA, Rui Alves – “Por uma cultura...”, cit., p.4. No nosso ordenamento existia a barreira dos 12 anos, mas atualmente a idade não é um fator de exclusão da audição da criança, a menos que se trate de uma criança de tenra idade, mas mesmo nestes casos, pode ser útil ouvi-la através de gestos, por exemplo, ou pelas suas reações, GUERRA, Paulo – “Anotação ao art. 4.º, cit., p.76 e 79.

<sup>91</sup> A lei presume que a criança tem capacidade para ser ouvida, cabendo o ónus de provar a sua incapacidade ou do caráter prejudicial de se realizar a audição a quem a invocar, aos pais ou ao Ministério Público, devendo o juiz investigar o seu grau de maturidade e os prejuízos psíquicos que possam decorrer dessa audição, SOTTOMAYOR, Maria Clara – “Anotação ao art. 1901.º, cit., p.899.

para compreender os assuntos em discussão e uma criança com mais idade pode não entender, depende das vivências e personalidade de cada uma. A idade apenas pode ser considerada como um indicador, um fator indiciador dessa capacidade (idade é diferente de maturidade), mas não como a implicando, nem que abaixo desse limite as crianças não têm capacidade para entender esses assuntos<sup>92</sup>.

A sua opinião é importante, por vezes, só ela tem conhecimento de certos acontecimentos e também é de extrema relevância tentar perceber com qual dos pais tem uma melhor relação e qual deles cuida melhor de si, não lhe perguntando, todavia, diretamente, de modo a aferir qual seria o progenitor mais indicado a cuidar do filho habitualmente. Nas palavras de Rosa Cândido Martins, através dessa audição o juiz pode definir as suas “necessidades, aspirações, desejos e expectativas que concretizam, ao fim e ao cabo, o seu interesse”<sup>93</sup>. Tornando-se essencial levar em conta a opinião delas, de modo a tentar obter a melhor decisão.

As crianças podem ser ouvidas em *várias fases do processo*, tendo em conta os seus diferentes graus de desenvolvimento<sup>94</sup>. No entanto, se o juiz entender que a audição da criança pode ser desaconselhável tendo em conta o seu superior interesse, se tal se mostrar necessário para salvaguardar o seu “desenvolvimento harmonioso e saudável”<sup>95</sup>, não a deve ouvir e a criança pode sempre recusar dar a sua opinião, por se tratar de um direito e não de um dever desta.

<sup>92</sup> Para a aferição desta maturidade deve olhar-se para outros fatores, como o bom aproveitamento escolar e capacidades intelectuais acima da média (MOL, Charlotte – *The child's...*, cit., p.273) e recorrer-se a outras disciplinas, GUERRA, Paulo – “Anotação ao art. 4º”, cit., p.83.

<sup>93</sup> MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido – “Processos...”, cit., p.742.

<sup>94</sup> A maturidade vai evoluindo, esta tem uma natureza dinâmica, podendo mostrar-se relevante ouvir a criança mais do que uma vez ao longo do processo, com algum espaçamento, MOL, Charlotte – *The child's...*, cit., p.274

<sup>95</sup> PEREIRA, Rui Alves – “Por uma cultura...”, cit., p.5.

Os *nossos tribunais* têm seguido este entendimento de ouvir o menor não atendendo apenas à sua idade, mas também à sua maturidade, por exemplo no Ac. do TRP de 23/11/2023<sup>96</sup>, no Ac. do TRL de 10/11/2022<sup>97</sup>, no Ac. do STJ de 11/03/2021<sup>98</sup> e no Ac. do TRG de 17/12/2020<sup>99</sup>.

A *não audição da criança* é desconforme com as regras e instrumentos enunciados *supra*, suscitando, inclusive problemas ao nível do reconhecimento das decisões junto de outros Estados-Membros da

<sup>96</sup> Processo n.º 3063/20.9T8VFR-G.P1, relator: Isabel Silva, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda-00381fdf/886eb1fe9424667180258a92004e520e?OpenDocument>. Não se faz qualquer referência a um limite de idade a partir do qual se pode proceder à audição da criança. O TRP entende que uma criança de 7 anos tem maturidade suficiente para ser ouvida. No entanto, concordou com a decisão do tribunal de primeira instância no sentido de não a ouvir antes da tomada de decisão sobre o regime provisório, de forma a salvaguardar o seu superior interesse, evitando a exposição desta aos conflitos dos pais e de a colocar numa situação de conflito de lealdade. Admitindo que a pode ouvir posteriormente se tal se justificar.

<sup>97</sup> Processo n.º 3007/22.3T8LRS-B.L1-6, relator: Ana de Azeredo Coelho, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a92d75c3f53dcbcf8025890500508e81?OpenDocument&Highlight=0,3007%2F22.3T8LRS-B.L1-6>. Seguindo o RGPTC que não estabelece qualquer limite de idade, o TRL entende que se deve ouvir a criança, antes de o juiz decidir, provisoriamente ou a final, se esta tiver maturidade para emitir a sua opinião, se tiver compreensão dos assuntos que lhe respeitem como realização desse seu direito e não apenas como meio probatório. Se optar por não a ouvir deve o juiz indicar porque acha que essa audição é desaconselhável, o que não ocorreu, pelo que o TRL decidiu que a decisão recorrida deve ser anulada para que se possa proceder à audição da menor antes da tomada de decisão.

<sup>98</sup> Processo n.º 13538/15.6T8LSB.L1.S1, relator: João Cura Mariano, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/95440ce6ad9dd8b980256b-5f003fa814/13d9924913bdd08c802586cb00533d606?OpenDocument&Highlight=0,13538%2F15.6T8LSB.L1.S1>. Não foi admitido recurso para o STJ (fundamentado na violação do art. 5º RGPTC), por ter existido dupla conforme. O Tribunal da Relação confirma a decisão da primeira instância de não ouvir o menor por entender que este não tinha idade e maturidade.

<sup>99</sup> Processo n.º 784/18.0T8FAF-A.G1, relator: Paulo Reis, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579e-c004d3832/c5cfa3eef5f0548025865d005334fc?OpenDocument&Highlight=0,784%2F18.0T8FAF-A.G1>. Também o TRG entende que a criança deve ser ouvida de acordo com a sua maturidade, tendo capacidade de discernimento, que no caso se verificava (a criança tinha 10 anos). Devendo a sua opinião ser tomada em consideração quando esta, numa segunda audição, contraria o que disse na primeira (com 8 anos de idade), apresentando uma vontade séria, livre e esclarecida.

União Europeia<sup>100</sup>. A regra é ouvir a criança, se tal for considerado conveniente. A não audição desta deve ser sempre motivada e fundamentada e apenas se justificará se ela manifestar livremente interesse em não ser ouvida, se esta audição for considerada inconveniente face ao assunto em discussão (se a questão não contender diretamente com ela) e se for reconhecido que a criança não possui capacidade de discernimento ou de maturidade para a realizar<sup>101</sup>. Entende-se que a falta de audição, quer nas situações em que esta é devida, quer na de falta de justificação para a não realização desta “afetam a subsistência da decisão que não a admitiu”, tendo como vício a nulidade da sentença, por ser um vício intrínseco dela, por se ter conhecido de questões de que não podia tomar conhecimento (art. 615º/1-d) CPC) e não uma nulidade processual (art. 195º/1 CPC). Pelo facto de o direito de audição ser configurado como um “princípio geral com relevância substantiva” e a não justificação desta não audição configurar para além de uma falta processual, também uma violação de regras de direito material<sup>102</sup>. Trata-se de um direito inalienável da criança para cujo exercício não tem de ser representado por uma terceira pessoa<sup>103</sup>.

Este direito também se encontra consagrado noutros ordenamentos jurídicos como em Espanha, França e Itália.

Em Espanha, o art. 92º do Código Civil Espanhol<sup>104</sup> estabelece que o juiz quando tenha de tomar alguma medida ou decidir quanto ao exercício

das responsabilidades parentais e com quem o filho vai residir, deve respeitar o direito deste a ser ouvido, se tiver capacidade de discernimento e decidirá de acordo com o superior interesse deste (números 2 e 6). O interesse do filho e o seu direito de ser ouvido devem sempre prevalecer<sup>105 106</sup>.

O art. 9º<sup>107</sup> da Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de 15 de janeiro, também estabelece este direito do menor de idade a ser ouvido. De acordo com o nº 1 este tem esse direito, em qualquer procedimento administrativo, judicial ou de mediação que o envolve e que conduza à tomada de uma decisão que o afete na sua esfera pessoal, familiar ou social, devendo a sua opinião ser tomada em consideração, dependendo da sua idade e maturidade. Nos termos do nº 2 o menor pode exercer este direito diretamente ou através de representante e a sua maturidade será avaliada por um técnico especializado.

Em França, o art. 373-2-11 do Code Civil<sup>108</sup> estabelece que o juiz na decisão sobre a regulação do exercício das responsabilidades parentais tem em consideração os acordos celebrados entre os pais e a sua prática relativamente a estas responsabilidades durante o casamento (1º); os sentimentos manifestados pelo filho menor nos termos previstos no art. 388-1 do Code Civil (2º); a capacidade de cada progenitor para assumir os seus deveres e res-

<sup>100</sup> PEREIRA, Rui Alves – “Por uma cultura...”, cit., p.9. Nos termos do art. 39º/2 do Regulamento (UE) n.º 1111/2019.

<sup>101</sup> Se o tribunal entender que é conveniente ouvir a criança, nunca poderá entender que a audição desta é inútil ou supérflua, GUERRA, Paulo – “Anotação ao art. 4º”, cit., p.77, 78 e 88.

<sup>102</sup> *Idem*, p.88, 92, 93, 95.

<sup>103</sup> *Idem*, p.96 e 97.

<sup>104</sup> Na redação dada pela Lei 16/2022, de 5 de setembro.

<sup>105</sup> UREÑA MARTINEZ, Magdalena – *Derecho de Familia*. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 2023, p.216. A regra é que o exercício das responsabilidades parentais deve pertencer a ambos os progenitores, apenas cabendo a um deles quando tal se mostrar necessário para salvaguardar o interesse do menor, *ibidem*.

<sup>106</sup> O filho deve também ser ouvido, nos termos do art. 154º do Código Civil Espanhol (na redação dada pela Lei Orgánica 8/2021, de 4 de junho), nas mesmas condições quanto a questões que o afetem relacionadas com responsabilidades parentais. Este deve ser ouvido nas melhores condições e de modo compreensível.

<sup>107</sup> Na redação dada pela Lei Orgánica 8/2015, de 22 de julho.

<sup>108</sup> Na redação dada pela Lei nº 2010-769, de 9 de julho de 2010.

peitar os direitos do outro (3º); o resultado de avaliações efetuadas, tendo em conta a idade da criança (4º); as informações recolhidas em investigações sociais previstas no art. 373-2-12 (5º) e a pressão ou violência exercida por um dos progenitores ao outro, seja de natureza física ou psicológica (6º).

Esta audição encontra-se especificamente prevista no art. 388-1 do Code Civil<sup>109</sup>. Nos termos do qual o menor com capacidade de discernimento pode, em qualquer processo que lhe diga respeito, ser ouvido pelo juiz, ou quando os seus interesses o exigirem, por pessoa designada para o efeito por este. Podendo o menor recusar exercer esse direito, devendo o juiz avaliar essa recusa. Ele pode ser ouvido sozinho, com a presença do seu advogado ou de outra pessoa à sua escolha. Este tem de ser informado e assistido por um advogado.

O juiz não é obrigado a seguir a perspectiva da criança, devendo explicar em que medida a toma em consideração. Esta audição encontra-se regulada nos arts. 338-1 e ss. do Code de Procédure Civile. A criança deve ser informada dos seus direitos, só podendo esta audição ser recusada com fundamento em falta de discernimento ou se se mostrar contrário aos seus interesses<sup>110</sup>.

A criança pode ainda ser ouvida no processo de divórcio por mútuo consentimento (arts. 229-2 e 229-3 do Code Civil<sup>111</sup>).

Em *Itália*, o art. 315-bis do Codice Civile<sup>112</sup> estabelece que é um direito da criança ser ouvida em todos os assuntos e processos que lhe digam respei-

to, quando tenha completado 12 anos ou menos se tiver capacidade de discernimento. Pode também ser ouvida no que respeita a responsabilidades parentais nos termos do art. 316 do Codice Civile<sup>113</sup> também se tiver 12 anos ou menos se tiver capacidade de discernimento. Na redação anterior a 2022 encontrava-se um outro artigo no Codice Civile (o art. 337-octies) relativo à audição do menor em caso de separação ou divórcio dos pais, no entanto, este foi revogado nesse ano<sup>114</sup>.

## 4.2. Em que termos deve ser realizada a audição da criança

Para que o direito de audição da criança seja exercido da melhor forma possível cabe aos adultos criarem as *condições ideais* para tal. Esta audição deve seguir os termos previstos no art. 5º RGPTC, devendo o juiz promovê-la, podendo esta ter lugar em diligência judicial agendada para o efeito (nº 2). Segundo o nº 3 do mesmo artigo esta audição é precedida da prestação de informação clara sobre o seu significado e alcance, sendo assim realizada de forma transparente. Com esta audição respeita-se a específica condição da criança (nº 4), garantindo-se, em qualquer caso, a verificação de condições adequadas para o efeito, como a não sujeição desta “a espaço ou ambiente intimidatório, hostil ou ina-

71

<sup>113</sup> Na redação dada pelo Decreto-Legislativo nº 149 de 10 de outubro de 2022.

<sup>114</sup> De acordo com o art. 337-octies do Codice Civile o juiz para além de poder recorrer a outras medidas, ouve o menor que tenha 12 anos ou menos, mas que tenha capacidade de discernimento, podendo não o ouvir quando tal for contrário aos seus interesses ou a audição for manifestamente supérflua. Este artigo era de aplicação especial em relação ao caráter genérico do direito do filho a ser ouvido no âmbito das responsabilidades parentais (art. 315 bis do Codice Civile), Sesta, Michele – *Manuale di diritto di famiglia*. 8ª ed. con schemi riassuntivi. Milano: Wolters Kluwer; [Padova]: CEDAM, 2019, p.315. Neste ordenamento têm-se como preferência a possibilidade de o menor ficar confiado a ambos os pais, não sendo assim no caso de isso ser contrário ao interesse do filho (arts. 337-ter e 337-quarter do Codice Civile), *idem*, p.315.

<sup>109</sup> Na redação dada pela Lei nº 2007-308, de 5 de março de 2007.

<sup>110</sup> BÉNABENT, Alain – *Droit de la famille*. 4e éd. Issy-les-Moulineaux: LGD], 2018. [Consult. 26 Jun. 2024]. Disponível em WWW:<URL: <https://media.electre-ng.com/extraits/extrait-id/e39b3ecd1052c747107cfd911cfbb8d909e4d08ab17d7971cc2982e2cb69a79.pdf>>, p.483 a 485.

<sup>111</sup> Nas redações dadas pela Lei nº 2016-1547 de 18 de novembro de 2016.

<sup>112</sup> Na redação dada pela Lei nº 219 de 10 de dezembro de 2012.

dequado à sua idade, maturidade e características pessoais” (alínea a) e “a intervenção de operadores judiciais com formação adequada” (alínea b)). Visando o cumprimento deste número, privilegia-se o não uso de traje profissional aquando de tal audição (nº 5).

Neste artigo coexistem duas modalidades de audição da criança, uma como modo de expressar a sua opinião (como princípio da sua participação), que é alvo de análise (números 1 a 5 e art. 4º/1-c) RGPTC) e outra para tomada de declarações como meio probatório sujeita a contraditório (art. 5º/6/7 RGPTC), que não se confundem<sup>115 116</sup>.

Devem ser adotadas medidas *antes, durante e após a audição da criança* para que esta se sinta confortável e disposta a fazer-se ouvir da melhor maneira, para que este processo não seja visto por ela de uma forma tão traumática, como já o é devido ao processo de divórcio dos pais. A ideia é normalizar este processo.

Não devem ser feitas perguntas de natureza fechada nem sugestiva, os magistrados têm de ter o maior cuidado aquando desta audição para não se correr o risco de uma revitimização por parte da criança, devendo promover-se um relato livre<sup>117</sup>. Não se devendo perguntar, por exemplo, com

<sup>115</sup> Ao contrário da anterior é normalmente gravada, não sendo o meio adequado para que a criança faça uso do seu direito de exprimir livremente a sua opinião (neste esta pode servir-se da garantia de confidencialidade), GUERRA, Paulo – “Anotação ao art. 4º”, cit., p.85 e CRUZ, Rossana Martingo – “Anotação ao art. 5º”, cit., p.110.

<sup>116</sup> Nos termos do nº 6 se o interesse da criança o justificar, o tribunal pode proceder à audição da criança, a requerimento ou oficiosamente, em qualquer fase do processo, para que o seu depoimento possa ser considerado como meio de prova nos atos processuais posteriores, incluindo-se o julgamento. Esta tomada de declarações tem de obedecer às regras estabelecidas no nº 7.

<sup>117</sup> Estudos apontam para o facto de a maioria das perguntas colocadas às crianças serem desta natureza, AGULHAS, Rute / ALEXANDRE, Joana – *Audição da Criança: Guia de Boas Práticas*. Lisboa: Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, 2017. [Consult. 24 Mai. 2024]. Disponível em WWW:<URL: <https://crlisboa.org/2017/imagens/Audicao-Crianca-Guia-Boas-Praticas.pdf>>, p.13. Doravante “Audição...”.

quem esta quer ficar, mas sim o que costuma fazer com cada um dos progenitores, como é a relação com eles, quem cuida dele (auxilia nos trabalhos de casa, refeições, hora de deitar). De modo a entender a sua opinião e as suas preocupações.

Os magistrados não devem atuar sozinhos nesta tarefa, eles não estão suficientemente preparados para compreender todas as características de desenvolvimento das crianças, por exemplo, em diferentes fases etárias as crianças revelam comportamentos distintos, as crianças mais novas podem revelar dificuldades de compreensão e atenção, enquanto os adolescentes costumam manifestar comportamentos de oposição<sup>118</sup>. Devendo ser auxiliados por quem tem conhecimentos científicos e técnicos<sup>119</sup>.

Têm de se ter em conta diversas variáveis neste processo de audição, como variáveis ambientais, variáveis relacionadas com a entrevista, variáveis relacionadas com a criança e variáveis relacionadas com o entrevistador<sup>120</sup>.

a) Quanto às *variáveis ambientais*, estas dizem respeito ao espaço físico onde decorre esta audição, à sala de espera e à presença de materiais didáticos, mobiliário e objetos de decoração. Com a presença destes objetos têm-se em vista reduzir a ansiedade e stress que está subjacente aos processos judiciais<sup>121</sup>.

A criança deve permanecer pouco tempo na sala de espera, devendo esta ser independente da sala de audição, com a companhia de uma pessoa da sua confiança<sup>122</sup>.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

<sup>119</sup> Como um psicólogo ou um pedopsiquiatra, GUERRA, Paulo – “Anotação ao art. 4º”, cit., p.87.

<sup>120</sup> AGULHAS, Rute / ALEXANDRE, Joana – *Audição...*, cit., p.14.

<sup>121</sup> *Idem*, p.25.

<sup>122</sup> *Ibidem*.

No que diz respeito à sala de audição, esta deve ser informal, privada e tranquila geradora de segurança e confiança<sup>123</sup>. No processo de audição devem estar presentes o menor número de adultos possível<sup>124</sup> e, preferencialmente, sem o seu traje profissional (que pode ter um impacto intimidatório)<sup>125</sup>. A pessoa que está a fazer a entrevista deve manter o contacto visual com a criança. Relativamente ao registo áudio e audiovisual, este deve ser feito com câmaras e microfones dissimulados, ou na sua impossibilidade, estes devem ser posicionados num ângulo que não desperte a sua atenção. Tendo em vista a facilidade de comunicação da criança, podem ser-lhe disponibilizados alguns objetos, como, materiais de desenho, legos e plasticina. A pessoa que procede a este processo deve pedir à criança que descreva aquilo que ela desenhou ou representou e não fazer por si interpretações<sup>126</sup>.

<sup>123</sup> Neste sentido, veja-se, por exemplo, a Resolução da Assembleia da República n.º 118/2021, onde se pode ler no n.º 2 que as salas de audição e as salas de espera devem ser adaptadas para crianças, devendo ter “cores vivas e elementos próprios, como pinturas feitas por outras crianças e uma variedade de brinquedos e jogos apropriados a várias faixas etárias”.

<sup>124</sup> Tendo em vista o superior interesse da criança e a necessidade de criar um ambiente acolhedor, a presença dos advogados dos seus progenitores pode ser restringida de modo que esta se sinta confortável para exercer o seu direito (art. 5.º/1 a 5 RGPTC) de uma forma livre e espontânea, uma vez que estes são associados à figura dos progenitores que também não devem estar presentes, por poderem intimidá-la neste processo. No entanto, os pais poderão sempre ter acesso ao que foi dito pela criança devido ao regime atual, através da audição da gravação, podendo esta audição ser confidencial se for requerida pela criança e se esta foi levada a cabo pelo juiz com a presença de um perito especializado para se averiguar se se está perante uma audição genuína (entendimento de Rui Alves Pereira). Quanto ao advogado da criança este pode e deve estar presente nesta audição (art. 18.º RGPTC) esclarecendo a criança quanto à dinâmica de todo o processo. Esta solução será diversa no caso de se tratar de tomada de declarações da criança como meio probatório (art. 5.º/6/7 RGPTC), onde se entende que os advogados dos progenitores devem estar presentes, Parecer do Conselho Geral, Processo n.º 29/PP/2018-G, Revista da Ordem dos Advogados, disponível em: [https://portal.oa.pt/media/130313/parecer-do-conselho-geral-processo-n%C2%BA-29\\_pp\\_2018-g\\_revista-da-ordem-dos-advogados\\_i\\_ii\\_2019-14.pdf](https://portal.oa.pt/media/130313/parecer-do-conselho-geral-processo-n%C2%BA-29_pp_2018-g_revista-da-ordem-dos-advogados_i_ii_2019-14.pdf), p.331 a 336.

<sup>125</sup> CRUZ, Rossana Martingo – “Anotação ao art. 5.º”, cit., p.109.

<sup>126</sup> AGULHAS, Rute / ALEXANDRE, Joana – *Audição...*, cit., p.26, 27 e 28.

b) Relativamente às *variáveis da entrevista*, estas prendem-se com a forma como esta é preparada e conduzida, devendo decorrer por etapas, de uma forma flexível e semi-estruturada (com a elaboração de perguntas abertas e fechadas) e que possa ser adaptada a cada caso concreto. O tipo de questões é algo a ter em atenção, dependendo estas da idade e da etapa da entrevista<sup>127</sup>.

A entrevista deve começar de um modo empático e descontraído, devendo o entrevistador apresentar os restantes adultos presentes na sala, assim como o seu papel e explicando os procedimentos de registo do relato, dando-se preferência à gravação vídeo por esta permitir captar a comunicação não verbal. O adulto pode, sempre que lhe for pedido pela criança, repetir ou reformular aquela questão, sempre que ela não saiba a resposta ou não se lembre da mesma. A entrevista deve começar com questões sobre aspetos neutros da vida da criança que não estejam relacionados com o processo, tendo em atenção o vocabulário desta para que assim o entrevistador possa adaptar o seu discurso ao seu nível de desenvolvimento, evitando termos legais. Tem-se em vista o relato mais completo possível, avaliando-se se a criança é capaz de responder a 5 questões (Quem, Onde, O quê, Quando e Como?). Tendo sempre em vista que cada criança se exprime de maneira diferente.<sup>128</sup>

Deve ser utilizada a técnica do *looping*, aproveitando-se as palavras da criança para se formular a próxima questão (devendo fazer-se questões abertas, mas também fechadas) e a *técnica da clarificação* quando aspetos não tenham sido suficientemente explicados pela criança, pedindo-lhe para explicar por outras palavras esses detalhes, não a pressionando<sup>129</sup>.

<sup>127</sup> *Idem*, p.29.

<sup>128</sup> *Idem*, p.29 e 30.

<sup>129</sup> *Idem*, p.32.

A entrevista deve terminar com uma síntese daquilo que foi declarado pela criança, podendo esta corrigir ou acrescentar algo ao que relatou, podendo colocar questões e expressar dúvidas e com um assunto neutro ou positivo, de modo a diminuir a ansiedade sentida pela criança<sup>130</sup>.

Em alguns processos torna-se necessário ouvir vários irmãos. Estes podem ser ouvidos conjuntamente, existindo a vantagem de poderem beneficiar do apoio uns dos outros e de se corrigirem mutuamente, podendo o entrevistador observar as dinâmicas relacionais entre estes; ou podem ser ouvidos em separado, tendo como vantagem a liberdade que cada um sente em expressar a sua opinião. Neste tipo de casos, o ideal, é existirem dois momentos de audição, em que estes possam ser ouvidos de forma conjunta e separadamente<sup>131</sup>.

Após a entrevista a decisão tomada deve ser explicada à criança, de modo que esta a compreenda, de modo claro e adequado à sua idade e nível de desenvolvimento<sup>132</sup>.

c) As *variáveis da criança* referem-se ao seu nível de desenvolvimento, em vários domínios, quer seja, cognitivo, emocional, motivacional, social ou moral e ao seu grau de maturidade. Por maturidade da criança entende-se a capacidade desta para compreender os assuntos da sua vida e dos que lhe estão próximos, assim como para tomar certas decisões<sup>133</sup>.

Para o conseguir o entrevistador deve cruzar o conhecimento geral sobre o desenvolvimento dos menores com as especificidades de cada criança em particular, nomeadamente, as suas características, experiências traumáticas e contexto familiar. Adap-

tando as questões da entrevista a estas informações, tendo em conta as diversas fases de desenvolvimento de cada criança, cada fase etária. Podendo o entrevistador ter de recorrer a profissionais especializados para a avaliação de quadros patológicos<sup>134</sup>.

As crianças pensam, sentem e interagem de maneira diferente com os outros nos diferentes períodos de desenvolvimento. À medida que amadurecem vão conseguindo relatar factos que experienciaram de um modo mais detalhado e preciso no tempo<sup>135</sup>.

Raramente as crianças dos zero aos 3 anos de idade são alvo de audição formal, só o sendo com maior frequência a partir dessa idade. Em idade pré-escolar (3-5 anos de idade), as crianças conseguem situar os acontecimentos no espaço, mas não de uma maneira precisa no tempo; revelam dificuldade em responder a perguntas abertas, distraem-se com muita facilidade e podem ter tendência para responder de maneira com o que acham que o entrevistador quer ouvir<sup>136</sup>.

Em idade escolar (6-12 anos de idade), os menores de 6-7 anos começam a participar mais ativamente nos diálogos, tornando-se as suas descrições sobre a realidade mais complexas e detalhadas, tendo uma noção temporal; avaliam os diversos comportamentos de um ponto de vista moral, podendo isso influenciar o seu relato, podendo omitir ou distorcer algumas informações, protegendo-se a si ou a alguém e apresentam uma maior capacidade de memória e de controlo da sua atenção<sup>137</sup>.

A adolescência é caracterizada por diversas mudanças emocionais; os adolescentes procuram construir a sua identidade e importa lembrar que

<sup>130</sup> *Idem*, p. 33.

<sup>131</sup> *Idem*, p. 33 e 34.

<sup>132</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>133</sup> *Idem*, p. 37.

<sup>134</sup> *Idem*, p. 37 e 38.

<sup>135</sup> *Idem*, p. 38 e 39.

<sup>136</sup> *Idem*, p. 38, 39 e 40.

<sup>137</sup> *Idem*, p. 41.

estes já não são crianças e têm uma responsabilidade maior quanto ao seu relato. Esta fase pauta-se por um maior egocentrismo, existindo um aumento dos conflitos familiares, manifestando, por vezes, um comportamento de desafio ou gozo<sup>138</sup>.

d) Por último, as *variáveis do entrevistador* dizem respeito a crenças, preconceitos, erros e a intuições e emoções que se podem refletir no modo de condução da entrevista e no seu comportamento não verbal, podendo influenciar o relato da criança<sup>139 140</sup>.

Em suma, os magistrados têm de mostrar disponibilidade para ouvir a criança<sup>141</sup>, tendo em conta o modo como falam com esta, tomando todos os cuidados necessários. Estes devem ser auxiliados por quem tenha formação adequada de forma amiga das crianças<sup>142</sup>, devendo existir um diálogo entre a criança e o adulto<sup>143</sup>. Deve ter-se especial atenção às questões levantadas, a criança pode expressar as suas perspetivas de diversas maneiras, não só por palavras e o juiz deve ter a sensibilidade de perceber o que ela quer dizer, por exemplo, quem procura numa situação de desconforto e insegurança. Para tal também se revela necessário a intervenção de outros profissionais, numa abordagem interdis-

ciplinar (por exemplo, a psicologia, a medicina, a sociologia e a antropologia)<sup>144</sup>, para que estes o auxiliem nessa difícil tarefa. Uma vez que o juiz pode não estar habilitado para tal, na verdade, ele é juiz, pode não entender certos sinais que os psicólogos ou pediatras possam entender por lidarem diariamente com crianças. Por vezes, podem estar a ser ameaçadas ou com receio das consequências do seu relato e acabam por não verbalizar tudo o que sentem, mas através de profissionais especializados e formados para o efeito e de outras estratégias podemos lá chegar. Contribuindo para tal a formação de todos os profissionais envolvidos, inclusive do advogado da criança<sup>145</sup>.

## 5. Conclusão

A evolução da representação jurídico-social da criança e o conseqüente reconhecimento desta como sujeito de direitos impõem a sua audição.

A audição da criança pode ser essencial para o juiz tomar a decisão adequada quanto a qualquer questão que lhe diga respeito, nomeadamente quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, quer na modalidade de divórcio por mútuo consentimento (art.1775º CC), quer na de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (art.1906º CC).

<sup>138</sup> *Idem*, p.42 e 43.

<sup>139</sup> *Idem*, p.47 a 51.

<sup>140</sup> O entrevistador pode fazer um exercício de autoavaliação, após o término da entrevista, para refletir sobre o modo como esta decorreu, de forma a melhorar em posteriores audições, *idem*, p.53.

<sup>141</sup> Neste sentido, MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido – “Responsabilidades...”, cit., p.35.

<sup>142</sup> Esta audição deve ser amiga da Criança (“*child-friendly*”), deve processar-se de um modo transparente e informativo, voluntário, respeitoso, relevante, inclusivo, assente em formação adequada, seguro e atento aos riscos subjacentes a esta participação, fundamentado e deve ser aberto à avaliação crítica da criança (Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12 (2009), *The right of the child to be heard*), PEREIRA, Rui Alves – “Por uma cultura...”, cit., p.13.

<sup>143</sup> As crianças, por vezes, utilizam metáforas, sendo muito importante o juiz tentar descodificá-las, Guerra, Paulo – “Anotação ao art. 4º”, cit., p.74 e 75.

<sup>144</sup> MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido – “Processos...”, cit., p.745.

<sup>145</sup> Este desempenha um importante papel em todo o processo de audição, explicando os termos em que esta irá decorrer e todas as suas implicações para que a criança possa expressar a sua opinião de uma forma livre e esclarecida. Este deve ter sempre em conta o interesse da criança, devendo sensibilizar os pais para os danos provocados aos filhos com o conflito parental. Estes profissionais que trabalham com crianças devem ser controlados regularmente e receber formação multidisciplinar, de modo que sejam capazes de comunicar com as crianças de acordo com a sua fase de desenvolvimento, PEREIRA, Rui Alves – “O papel do advogado no direito da família e das crianças”. *Julgar Online*. 2016. [Consult. 9 Jul. 2024]. Disponível em WWW: <URL: <https://julgar.pt/o-papel-do-advogado-no-direito-da-familia-e-das-criancas/>>, p.24, 25, 28, 29 e 34.

Este direito da criança, que resulta de instrumentos internacionais e europeus, encontra no nosso ordenamento jurídico grande relevância nos artigos 4º, 5º e 35º do RGPTC. Esta deve ser ouvida não tendo em conta apenas a sua idade, mas também a sua maturidade, a sua capacidade de discernimento quanto aos assuntos que estão a ser discutidos e que o afetam, uma vez que a idade não é indicadora de maturidade, sendo as crianças diferentes umas das outras, podendo acontecer que crianças mais novas tenham maior capacidade para entender o que está em causa do que outras crianças da sua idade ou até mais velhas, de forma a assegurar a igualdade entre todas elas. Direito de audição não significa apenas ouvi-la, mas também tomar em consideração a sua participação pelo juiz na tomada da sua decisão, devendo este para além de a ouvir, tentar compreender e descodificar o que a criança pretende dizer, pois esta audição não se prende só com a utilização de palavras, mas também de comportamentos.

A criança deve sentir-se confortável em expressar a sua opinião, para tal devem ser criadas todas as condições necessárias para que isso aconteça, relacionadas com o espaço, o modo de condução da entrevista e a consideração das particularidades de cada criança. Podendo esta, no entanto, sempre recusar expressar essa opinião, uma vez que se trata de um direito seu e não de um dever.

## Doutrina

### *ATÉ QUE O DIVÓRCIO NOS SEPARE... OU NÃO!*

## A RUTURA DEFINITIVA DO CASAMENTO ENQUANTO CAUSA DO DIVÓRCIO SEM CONSENTIMENTO DE UM DOS CÔNJUGES EM PORTUGAL E O DIVÓRCIO A PEDIDO EM ESPANHA

Ana Rita Rodrigues Contente

Mestranda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**Resumo:** *O coração deste artigo prende-se com a alínea d) do art.1781.º do Código Civil relativo aos factos que mostram a rutura definitiva do casamento enquanto causa do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges. Em contrapartida, será analisado o paradigmático caso espanhol do divórcio a pedido, onde a vontade de um dos cônjuges é suficiente para que seja decretado o divórcio. Por sua vez, questionaremos que tipo de acontecimentos constituem factos que mostram uma rutura definitiva e se ainda fará sentido a necessidade de uma causa no nosso ordenamento jurídico.*

**Palavras-chave:** *divórcio sem consentimento; rutura definitiva; art.1781.º, al. d) do Código Civil; divórcio-rutura; divórcio a pedido; vontade dos cônjuges*

**Abstract:** *The core of this article focuses on section d) of article 1781 of the Portuguese Civil Code, which concerns the facts that demonstrate the irretrievable breakdown of marriage as a ground for divorce without the consent of one of the spouses. By contrast, the analysis will address the paradigmatic Spanish case of divorce upon request, where the will of one spouse alone suffices for the divorce to be granted. Accordingly, we will question what types of events substantiate facts evidencing an irretrievable breakdown and whether the requirement of a cause still makes sense in our legal system.*

**Keywords:** *divorce without consent; irretrievable breakdown; art.1781.º, al. d) Civil Code; breakdown-based divorce; divorce upon request; will of the spouses*

### 1. Introdução

O casamento seja enquanto contrato, seja enquanto instituição social tem sofrido mutações ao longo da história, pelo que o seu término, através do divórcio, também tem sido alvo de variações, ocupando um lugar de destaque entre as problemáticas de que se ocupa o Direito da Família.

Uma das maiores transformações em matéria de divórcio deu-se através da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, ao eliminar a culpa enquanto fundamento do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges. Atualmente, o divórcio dá-se por mútuo consentimento e sem necessidade de motivo para tal ou sem o consentimento de um dos cônjuges com fundamento numa causa de rutura do casamento.

O presente artigo irá focar-se nos factos que mostram a rutura definitiva do casamento enquanto causa do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges prevista na alínea d) do artigo 1781.º do Código Civil (CC). Sendo esta alínea d) – assim será trivialmente chamada – uma cláusula geral, suscitam-se dúvidas sobre que tipo de situações estarão nela incluídas.

Paralelamente, em Espanha, não existem mais causas de divórcio, vigorando o chamado divórcio a pedido ou divórcio-opção, de modo que, a meio deste excursão, viraremos as nossas atenções para

a análise deste ordenamento, averiguando os seus atributos e condicionantes.

Com o *mudar dos tempos* mostra-se essencial captar a intenção do legislador português por detrás desta imposição de apresentar uma causa para o divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges; perceber como está a ser aplicada pelos nossos tribunais e, principalmente, questionar se de facto ainda se adequa.

## 2. O divórcio enquanto forma de dissolução do casamento

Da mesma forma que “todos temos a ideia de que o casamento é”<sup>1</sup> poderíamos arriscar dizer que toda a gente tem ideia do que é o divórcio, visto que nada mais não é do que a dissolução, o fim, do próprio casamento. Pois bem, o nosso sistema reconhece duas modalidades de divórcio (art.1773.º CC).

Por um lado, temos o divórcio por mútuo consentimento, modalidade essa que é marcada pelo facto de ambos os cônjuges estarem de acordo em relação à decisão de se divorciarem. Este divórcio tanto pode ocorrer na conservatória do registo civil (e por isso chamado também de divórcio administrativo), como pode ocorrer no tribunal (seguindo uma via judicial), caso não tenham chegado a acordo em relação às matérias plasmadas no art.1775.º CC

Por outro lado, temos o divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges que é requerido no tribunal por um dos cônjuges contra o outro (art.1773.º/3 CC). Ora, nesta modalidade, um dos cônjuges não concorda com o divórcio, opondo-se à dissolução do casamento. A contrário da modalidade anterior, para que este divórcio ocor-

ra é necessário um dos fundamentos elencados no art.1781.º CC.

Os próximos pontos serão dedicados ao art.1781.º CC, incidindo especialmente na alínea d) que, doravante, assumirá o protagonismo.

## 3. Um breve olhar pelo artigo 1781.º do Código Civil

Antes de nos debruçarmos sobre a atual redação do art.1781.º CC, recordemos alguns dos pontos essenciais da anterior redação<sup>2</sup> do regime do divórcio.

A antiga redação do art.1773.º CC também já distinguia as duas modalidades de divórcio: o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso. Para a primeira modalidade bastava o comum acordo, podendo o divórcio ser pedido no tribunal ou na conservatória do registo civil (caso o casal não tivesse filhos ou estivesse o chamado poder paternal judicialmente regulado) – pode ver-se que pouco mudou. Por sua vez, o divórcio litigioso era requerido por um cônjuge contra o outro, no tribunal, tal como o divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges,<sup>3</sup> no entanto, além de ser pedido com um dos fundamentos do art.1781.º CC, fundava-se também na violação culposa dos deveres conjugais (antiga redação do art.1779.º CC).

Pela lente da antiga redação, na segunda modalidade, a violação dos deveres conjugais, além de culposa, teria de ser grave ou reiterada, de tal modo que comprometia a possibilidade de vida em comum. A culpa assumia tamanha relevância que a

<sup>2</sup> Entenda-se por “antiga redação” a precedente à atual Lei n.º 61.º/2008, isto é, a redação da Lei n.º 47/98, de 10 de agosto.

<sup>3</sup> A expressão “divórcio litigioso” foi substituída por “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges” no sentido de acompanhar a tendência de “desdramatizar o divórcio” proposta pela Commission on European Family Law. – GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova lei do divórcio”, in *Lex Familiaris*, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 7, n.º 13, Coimbra Editora, 2010, pág.12.

<sup>1</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, RUI MOURA RAMOS, *Manual de direito da família*. 2.ª ed. Coimbra, Almedina, 2021, cit. pág.71.

sentença de divórcio deveria declarar se havia culpa por parte de um ou de ambos os cônjuges e, se fosse caso disso, referir o cônjuge “mais culpado” (antiga redação do art.1787.º CC). Portanto, à partida, havia um cônjuge “inocente” que pedia o divórcio contra um cônjuge “culpado”.

Pois bem, a última alteração transformadora em matéria de divórcio deu-se com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, responsável pelo atual regime.

As diferenças mais expressivas que se interseitam com o nosso tema prendem-se, precisamente, com a eliminação da violação culposa de deveres conjugais enquanto fundamento do divórcio e com a diminuição dos prazos presentes nas alíneas do art.1781.º CC, tendo sido formulada a alínea d) tal como hoje a conhecemos.

É de realçar o notável contributo da *Commission on European Family Law* (CEFL), que nasceu com o objetivo de harmonizar o direito da família na Europa (e da qual Portugal faz parte) com a publicação dos *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, que foram uma base crucial para a nova lei do divórcio<sup>4</sup>.

Nesta sequência, destaque-se o Princípio 1:8 da obra referida relativo ao divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges, que tem como ideia subjacente fornecer uma causa objetiva para que o mesmo se realize. Acrescenta, ainda, que ao eliminar-se qualquer referência à culpa ou à rutura definitiva evitam-se investigações indesejáveis ao estado do casamento pelas autoridades competentes<sup>5-6</sup>.

<sup>4</sup> FRANCISCO PEREIRA COELHO; GUILHERME DE OLIVEIRA; RUI MOURA RAMOS, *Curso de direito da família*, vol. I, 5.ª ed., 1.ª reimpressão. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2018, pág. 690 e ainda a Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 509/X, pág.3.

<sup>5</sup> Cfr. KATHARINA BOELE-WOELKI [ET AL.], *Principles of European family law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Oxford, Intersentia, 2004, pág. 55.

<sup>6</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, refere também que “as tradicionais alegações e provas de factos culposos transformam os processos de divórcio em batalhas degradantes

Abandonaram-se, portanto, as conceções de divórcio-sanção (em que havendo um ato ou procedimento culposos de um dos cônjuges o divórcio procuraria funcionar como uma sanção) e do divórcio-remédio (o divórcio como remédio de uma crise do matrimónio). Assim, desde 2008, o direito português consagra um sistema de divórcio-constatação da rutura do casamento<sup>7-8</sup>.

Tal significa que, quando invocado o divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges, convocamos, conseqüentemente, o art.1781.º CC, no qual se prevê como fundamento do divórcio a rutura definitiva da vida em comum. As alíneas a), b) e c) apresentam-se enquanto “causas determinadas”, enquanto a alínea d) surge como uma cláusula geral<sup>9</sup>.

Aparece em primeiro lugar, enquanto causa de divórcio, a *separação de facto por um ano consecutivo* (alínea a). Esta separação pauta-se pela falta de vida em comum dos cônjuges (elemento objetivo) e pelo propósito de não restabelecer a comunhão da vida matrimonial (elemento subjetivo) com duração de um ano consecutivo<sup>10</sup>.

e violentas” – “Linhas gerais da reforma do divórcio” in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 5, n.º 10, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, cit. pág.65.

<sup>7</sup> Cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO; GUILHERME DE OLIVEIRA; RUI MOURA RAMOS, *Curso de...* págs.717 a 720.

<sup>8</sup> Para JORGE DUARTE PINHEIRO vigora um sistema misto que combina os modelos de divórcio-constatação da rutura e de divórcio-remédio. – JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo*, 8.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2023, pág.673.

<sup>9</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, RUI MOURA RAMOS, *Curso de...* pág.305 e RITA LOBO XAVIER, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, págs.23 a 30.

<sup>10</sup> Na antiga redação a separação de facto era por 3 anos consecutivos. Havia ainda uma alínea b) que se bastava com 1 ano consecutivo se o divórcio tivesse sido requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro. Os *Principles of European...* consideraram o prazo de 1 ano consecutivo de separação de facto suficiente para mostrar a rutura do casamento, págs. 51 e 55.

Note-se que a *ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano*<sup>11</sup> (alínea c), onde por exemplo, um dos cônjuges foi raptado, surge como causa autónoma face à anterior. Ainda assim, não obsta ao pedido de divórcio pelo fundamento da alínea a), desde que provado o elemento subjetivo<sup>12</sup>.

Já a alínea b) – *A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum* – tem subjacente a ideia de que não se pode exigir ao cônjuge são o sacrifício da continuação da vida em comum, daí que a lei obriga o requerente a reparar eventuais danos não patrimoniais (art.1792.º CC)<sup>13</sup>.

Chegados, finalmente, à alínea d) que prevê – *Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a rutura definitiva do casamento* – percebemos que a lei admite outras situações para além das especificamente previstas. Assinale-se que o segmento “independentemente da culpa dos cônjuges” explícita e salvaguarda a eliminação da culpa do nosso ordenamento jurídico<sup>14</sup>.

Inevitavelmente questionamo-nos sobre que tipo de situações abrange esta alínea. Ora, cabe ao tribunal decidir aquilo que figura ou não uma rutura definitiva do casamento. Por um lado, caberão factos que são tidos comumente como muito graves, tais como situações de violência doméstica (física ou verbal) ou a tentativa de homicídio de um

familiar próximo<sup>15</sup>. Por outro lado, não estão afastados os factos que se considerem “menos graves, mas reiterados”<sup>16</sup> que forneçam uma prova equiparada à que resulta da separação de facto por mais de 1 ano consecutivo.

Assim, a alínea d) « não deve autorizar uma dissolução mais “facilitada”, baseada numa prova menos consistente da rutura do casamento ou num juízo sobre uma rutura verosímil, em vez de definitiva »<sup>17</sup> apontando-se como irrelevantes enquanto causa de rutura os “factos banais e esporádicos”<sup>18</sup>.

#### 4. Problemática da alínea d) do art.1781.º CC

O Projeto de Lei n.º 509/X, de 10 de abril de 2008, responsável pelas alterações ao regime jurídico do divórcio, foi “elaborado a partir de trabalho para o efeito realizado pelos Professores Guilherme de Oliveira e Anália Torres” e surge antecedido de uma longa *Exposição de motivos*<sup>19</sup>. Este deu origem à atual redação do art.1781.º CC, através da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

Pode ler-se na mencionada *Exposição* que o século XX ficou marcado por três movimentos: a sentimentalização, a individualização e a secularização. A sentimentalização decorre do facto de os Europeus terem apontado a família como uma das suas prioridades quando questionados sobre o que para eles é importante na vida. A individualização

<sup>11</sup> Na antiga redação esta causa configurava a alínea d) e o período de ausência exigido era de 2 anos.

<sup>12</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, RUI MOURA RAMOS, *Curso de...* pág.308.

<sup>13</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, RUI MOURA RAMOS, *Curso de...* pág.278.

<sup>14</sup> Eliminou-se a culpa enquanto fundamento ou pressuposto necessário ao divórcio e suas consequências patrimoniais. pois esta continua a ser relevante na questão da violação culposa ou inobservância dos deveres conjugais. – Cfr. TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO, *O divórcio e questões conexas: regime jurídico atual (de acordo com a Lei n.º 61-2008)*, 3.ª ed., Lisboa, Quid Juris, Sociedade Editora, 2011, pág.75.

<sup>15</sup> Assim o tem entendido a jurisprudência de sistemas estrangeiros que consagram o “divórcio-rutura” – Cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO; GUILHERME DE OLIVEIRA; RUI MOURA RAMOS, *Curso...*, pág.734.

<sup>16</sup> FRANCISCO PEREIRA COELHO; GUILHERME DE OLIVEIRA; RUI MOURA RAMOS, *Curso...*, cit. pág.736.

<sup>17</sup> FRANCISCO PEREIRA COELHO; GUILHERME DE OLIVEIRA; RUI MOURA RAMOS, *Curso...*, cit. pág.736.

<sup>18</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA; RUI MOURA RAMOS, *Curso de...* cit, pág. 279.

<sup>19</sup> NUNO DE SALTER CID, *O divórcio em Portugal: política, direito e demografia*. 1.ª ed. Ribeirão: Húmus, 2018, pág.123.

surge como uma liberdade de escolha dos próprios modos de vida, bem como de uma afirmação de igualdade entre homens e mulheres. Já a secularização não se traduz, propriamente, no abandono de referências religiosas, mas antes à retração destas para uma esfera mais intimista.

A dita *Exposição* destaca ainda três razões fundamentais que explicam o aumento dos divórcios. Primeiramente, refere que os aspetos patrimoniais não são mais uma prioridade para a família e para o casamento. Aponta-se, em segundo lugar, que a forma como as pessoas encaram o casamento não é mais a mesma, assumindo os afetos um papel central, pelo que “aceitar o divórcio passou a ser sinal, não de facilitismo, mas de valorização de uma conjugalidade feliz e conseguida.” Em terceiro lugar, não se depende mais do casamento como modo de vida.

Tendo em conta estes dados sociológicos, o Projeto propôs a eliminação do divórcio por violação culposa dos deveres conjugais e qualquer referência a gradação de culpa em relação a sanções patrimoniais. Assim, o cônjuge que pedir o divórcio e não consiga o acordo do outro, terá de recorrer a uma das “causas objetivas” (alíneas a, b, c) ou à cláusula geral da alínea d) do art.1781.º CC.

O recurso a esta última alínea d), ao contrário das demais, não impõe qualquer prazo desde o facto-fundamento e, segundo a *Exposição*, abarcará situações onde exista uma violação dos direitos humanos, dando-se o exemplo da violência doméstica<sup>20</sup>.

Pois bem, como já foi referido, é ao juiz que incumbe determinar os factos que mostrem a rutura

definitiva do casamento. Note-se, porém, que esta alínea não deve ser aplicada de modo “mais condescendente”<sup>21</sup> do que a alínea a), nem dar abertura a um divórcio por razões subjetivas, visto que não tendo o juiz um elenco dos factos mais ou menos relevantes, haverá sempre uma certa margem de arbitrariedade.

Neste seguimento de ideias, um outro problema se levanta que é o da prova, visto que a rutura deve assentar num “juízo objetivo dos factos alegados e provados”<sup>22</sup>. Em termos de processo, apresentada a petição inicial e respetiva citação, haverá uma tentativa de conciliação (art.1779.º CC e art.931.º/1 Código de Processo Civil – CPC). Se esta não resultar ou se o cônjuge réu insistir em não concordar com o divórcio, o mesmo será notificado para contestar no prazo de 30 dias (art.931.º/5 CPC), seguindo-se depois os termos do processo comum (art.932.º CPC)<sup>23</sup>.

Portanto, sendo a alínea d) de exigente aplicação e baseada em “índices objetivos da falência irreversível do matrimónio”,<sup>24</sup> a prova dos factos será determinante para que seja decretado o divórcio. Isso significa também que a mera pretensão de se divorciar, caso o outro cônjuge não compartilhe da mesma, não bastará para que haja divórcio<sup>25</sup>. Neste

81

<sup>21</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova lei do divórcio”, in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 7, n.º 13, Coimbra Editora, 2010, cit. pág. 15, FRANCISCO PEREIRA COELHO; GUILHERME DE OLIVEIRA; RUI MOURA RAMOS, *Curso...*, págs.736 e 737.

<sup>22</sup> TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO, *O divórcio e questões conexas...* cit. pág.75.

<sup>23</sup> Desenvolvido por GEORGINA COUTO, “O que mudou nos processos de divórcio e das responsabilidades parentais com o novo código de processo civil — existiu alguma oportunidade perdida?”, in *JULGAR*, Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n.º 24, Coimbra Editora, 2014, pág. 32. Disponível para consulta online em <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/09/02-Georgina-Couto-O-que-mudou-nos-processos-de-div%C3%B3rcio.pdf>.

<sup>24</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *A nova...*, cit. pág.15.

<sup>25</sup> Não basta « tratar-se de simples afirmações sobre “sentimentos” ou “estados de alma” » pois estes « terão de refletir-se em atitudes e comportamentos comprováveis » declara RITA LOBO XAVIER no seu texto “Direito ao divórcio, direitos reci-

<sup>20</sup> *Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 509/X, 5 e 14. A violência doméstica não constitui, portanto, causa autónoma de divórcio. – Vide. CRISTINA M. ARAÚJO DIAS, Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: Lei n.º 61-2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 2008, pág.32.

sentido, é também pacífico que não foi intenção do legislador consagrar um divórcio a pedido<sup>26</sup>, isto é, o divórcio onde não é exigida qualquer causa ou motivo para tal (hipótese que será posteriormente desenvolvida).

Consecutivamente, assombram-me as mesmas questões levantadas por EVA DIAS COSTA em relação à “dimensão afetiva”<sup>27-28</sup>: consubstancia a falta de afeto ou os projetos de vida diferentes uma causa de rutura? Ao se admitir, como se concretiza?

Em suma, o final do ponto anterior e esta sintética exposição deixam claro que os tais *quaisquer outros factos que mostrem a rutura definitiva do casamento* não podem ser, passo a redundância, *factos quaisquer*. Vigorando um divórcio-ruptura tal como o concebemos significa que existe a possibilidade de quando um dos cônjuges não consentir no divórcio o mesmo não ser decretado. Pois, acredito que não podemos ficar indiferentes a essa eventualidade.

A circunstância de termos uma alínea a) onde se prevê a separação de facto por um ano consecutivo como fundamento do divórcio, que sendo uma causa objetiva possibilita uma prova mais facilitada, não pode inviabilizar o recurso à alínea d)

procos dos cônjuges e reparação dos danos causados: liberdade individual e responsabilidade no novo regime do divórcio”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster* Almedina, 2012 cit. pág. 502.

<sup>26</sup> Cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO; GUILHERME DE OLIVEIRA; RUI MOURA RAMOS, *Curso...*, 737 e ainda GUILHERME DE OLIVEIRA, *A nova...*, cit. pág.15.

<sup>27</sup> “Bastará, por exemplo, a alegação de que o cônjuge autor já não ama o outro? De que quer perseguir um projeto de vida diferente? De que já não consegue atingir o “bem-estar individual” no seio da relação matrimonial? Ou terá o autor que concretizar, explicar porque já não ama o seu cônjuge, alegar que o casal já não tem projeto de vida em comum, que há muito não convive, que não partilha mesa e cama?” – EVA DIAS COSTA, “A eliminação do divórcio litigioso por violação culposa dos deveres conjugais” in *E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio, uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, coord. MARIA CLARA SOTTOMAYOR E TERESA FÉRIA DE ALMEIDA, 1.ª ed, Coimbra Editora, 2010, cit. pág.72.

<sup>28</sup> Sobre o papel do Amor na família leia-se DIOGO LEITE DE CAMPOS e MÓNICA MARTÍNEZ DE CAMPOS, “A comunidade familiar”, *Textos de direito da família: para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pág.9 e ss.

com receio de que os factos invocados não sejam considerados suficientes de uma rutura definitiva do casamento. As alíneas a), b) e c) já são exemplos de uma rutura definitiva do casamento. Pergunto, contudo, se se mostrará fundamental elencar causas e distinguir os factos relevantes dos factos não relevantes para que exista divórcio.

Será assim tão preponderante uma causa concreta que mostre a rutura do casamento? Ou, pelo contrário, caminharemos nós em direção do declínio da necessidade de motivo para que seja decretado o divórcio?

Ora, em Espanha há já uns anos que não se falam de causas de divórcio. Destarte, os próximos pontos serão dedicados ao funcionamento do divórcio a pedido espanhol, a fim de retomar o nosso tópico com novas perspetivas.

## 5. Perspetiva comparativa – O divórcio a pedido em Espanha

Do outro lado da fronteira, em Espanha, a Ley 15/2005, de 8 de julho<sup>29</sup> suprimiu a necessidade de motivo para que fosse decretado o divórcio abandonando, assim, o sistema causalista implementado pela Ley 30/1981, de 7 de julho<sup>30</sup>.

Pode ler-se na *Exposición de Motivos* da Ley 15/2008, que a mesma teve como objetivo refletir no matrimónio aquele que considera o valor superior do seu ordenamento jurídico: a liberdade. Sendo o casamento um direito constitucionalmente consagrado,<sup>31</sup> considerou-se que se deveria ampliar a liberdade dos cônjuges em relação ao exercício da faculdade de solicitar a dissolução da relação matrimonial. Desta forma, o exercício do

<sup>29</sup> Traduzza-se por Lei n.º 15/2005, de 8 de julho.

<sup>30</sup> Traduzza-se por Lei n.º 30/1981, de 7 de julho.

<sup>31</sup> Redação do art.32.º/1 da *Constitución Española*: « El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. »

direito a não continuar casado deixa de se fazer depender da demonstração de uma causa, de maneira que a vontade de não estar casado passa a ser causa determinante e bastante.

Reforça-se, portanto, o princípio da liberdade dos cônjuges no casamento, visto que tanto a convivência dos mesmos, como a vigência do casamento passa a depender apenas da vontade constante de ambos.

O sistema espanhol aceita petições com vista ao divórcio de apenas um dos cônjuges, de ambos cônjuges e de um cônjuge com o consentimento do outro<sup>32</sup>. Note-se que o pedido de divórcio tem de ser acompanhado por uma proposta de acordos em relação às matérias expostas no art.90.º Código Civil Espanhol (CCE). Tais acordos, carecem de aprovação do juiz, de modo que, se se manifestarem gravemente prejudiciais serão determinados pelo próprio (art.91.º CCE).

Em síntese, em Espanha, para instaurar uma ação de divórcio, basta que um dos cônjuges não deseje mais a continuação do casamento. Consequentemente, o demandado não se pode opor por motivos materiais, nem o juiz poderá rejeitar tal petição<sup>33</sup>.

### 5.1. A exigência do prazo de 3 meses desde a celebração do casamento

Na verdade, a ação de divórcio não está dependente apenas da vontade de ambos ou de um dos cônjuges. Apesar se não ser necessário declarar um motivo para ser decretado o divórcio, é necessário que os cônjuges estejam casados há pelo menos 3 meses. Ou seja, independentemente de o divórcio ser por mútuo acordo ou pedido apenas por um dos cônjuges, o decurso de 3 meses a contar da data da celebração do matrimónio é um requisito

indispensável para a procedência da ação de divórcio<sup>34</sup>. Este requisito temporal é, no entanto, dispensável nas circunstâncias excepcionais referidas: riscos para a vida, para a integridade física, para a liberdade, para a integridade moral ou liberdade e integridade sexual do cônjuge demandante, dos filhos de ambos ou de qualquer um dos membros do matrimónio<sup>35</sup>.

Os 3 meses são contados a partir da data da celebração do matrimónio e tem-se entendido que funcionam como um prazo de reflexão, de forma a que os cônjuges possam pesar pós e contras antes de apresentar o pedido.

Ainda assim, este raciocínio pode ser alvo de crítica, visto que ao considerar-se o prazo de 3 meses um período de reflexão este não deveria ser imposto em relação ao casamento, mas sim quanto à apresentação do pedido de divórcio. Porém, tal opção ver-se-ia como uma atitude “paternalista”, que se traduz numa excessiva ingerência legislativa num âmbito estritamente individual até porque, vejamos: alguém que pede o divórcio após 20 anos de casamento já teria tido tempo suficiente para refletir sobre o mesmo<sup>36</sup>.

#### 5.1.1. O momento relevante para cômputo do prazo de 3 meses

Apesar de não se levantarem quaisquer dúvidas de que o prazo de 3 meses começa a contar desde a data da celebração do casamento, *o dies a quo*, o mesmo não acontece em relação ao fim do seu

<sup>34</sup> Vide art.81.º/1 CCE

<sup>35</sup> Traduzido da redação do art.81.º/2 CCE – «... riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.»

<sup>36</sup> SALVADOR CARRIÓN OLMOS, “Separación y divórcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio” in *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, coord. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, ARANZADI, 2006, pág.185.

<sup>32</sup> Vide art.86.º Código Civil Español (CCE).

<sup>33</sup> Informação traduzida da Exposição de Motivos da Ley 15/2005.

cômputo, o *dies ad quem*. Questiona-se, portanto, se o pedido de divórcio só pode ser feito passados os 3 meses da celebração do casamento ou se pode ser feito antes, sendo relevante o prazo estar preenchido apenas no momento da sentença.

Na redação anterior do art.81.º CCE (a da Ley 30/1981) a petição que tinha em vista a separação judicial (suspende os efeitos do casamento embora continue a haver vínculo matrimonial)<sup>37</sup> só era decretada se fosse pedida por ambos os cônjuges ou por um deles, com o consentimento do outro, decorrido 1 ano após a celebração do casamento. Por sua vez, era causa de divórcio o efetivo cessar da convivência conjugal durante 1 ano ininterrupto desde a data da petição de separação judicial (art.86.º/1 da antiga redação).

Contudo, por razões de economia processual, acabou por se interpretar flexivelmente<sup>38</sup> a norma, considerando que era suficiente que o prazo de 1 ano após a celebração do casamento em sede de separação judicial estivesse preenchido no momento da sentença. Por outras palavras, os cônjuges passaram a poder apresentar a petição para a separação judicial antes de perfazer 1 ano de casamento, pois o que interessava era que, no dia da sentença da separação judicial já tivesse decorrido 1 ano desde a data da celebração do casamento. Reiteradamente, era a data da petição de separação e não a da sentença de separação que relevava para que se procedesse ao pedido do divórcio, o que fez com que os divórcios pudessem ser decretados de forma mais rápida.

Por conseguinte, aqueles que, hodiernamente, seguem a linha do argumento da economia proces-

sual defendem que basta o prazo dos 3 meses estar verificado no momento da sentença. Contrariamente, aqueles que consideram que o prazo dos 3 meses tem o mesmo propósito que o de 1 ano da antiga redação, que seria o de um período de reflexão que levaria os cônjuges a ponderar o destino do seu casamento antes de o darem por fracassado,<sup>39</sup> defenderão que a petição com vista ao divórcio só deve ser apresentada após os 3 meses a contar da data da celebração do casamento.

Pois bem, a atual redação do art.81.º CCE (aplicado por remissão do art.86.º CCE) e a própria brevidade do prazo serão indicadores de que a petição com o pedido de divórcio deve ser apresentada decorridos os 3 meses de casamento. Em adição, ao referir não ser necessário tal prazo em determinados casos de risco, corrobora o raciocínio de que a petição deve ser apresentada após os 3 meses de casamento. Sanam-se, portanto, as questões em relação ao prazo.

### 5.1.2. *A desnecessidade do prazo de 3 meses nos casos de risco enumerados*

Relembremos que nos casos de riscos para a vida, para a integridade física, para a liberdade, para a integridade moral ou liberdade e integridade sexual do cônjuge demandante, dos filhos de ambos ou de qualquer um dos membros do matrimónio dispensa-se aos cônjuges os 3 meses de casamento. Que questões levanta esta exceção?

Primeiramente, poderia também pensar-se que a prescindibilidade do prazo de 3 meses desde a celebração do casamento nas circunstâncias excecionais enunciadas significaria o regresso ao sistema causalista. Por essa linha de pensamento, existiria um divórcio sem causa após o decurso dos 3 me-

<sup>37</sup> Entenda-se pela suspensão dos efeitos do casamento as presunções, deveres e direitos. – LUÍS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *El matrimonio y los nuevos modelos de familia*, Wolters Kluwer, Las Rozas, Madrid, 2019, pág.469.

<sup>38</sup> Assim decidiu a Sentencia Audiencia Provincial (SAP) 18.ª Barcelona de 19 de janeiro de 2005 – LUÍS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *El matrimonio y los nuevos modelos de familia...* pág.507 e nota de rodapé 563.

<sup>39</sup> LUÍS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *El matrimonio y los nuevos modelos de familia...*, pág.507.

ses e um divórcio com causa se fosse pedido nesse período. Porém, tal ideia é afastada, na medida em que o prazo apresenta-se como um requisito para a apresentação do pedido de divórcio e não para o divórcio em si<sup>40</sup>.

Ainda assim, associado aos riscos enunciados que prescindem do cumprimento dos 3 meses de casamento para apresentação do pedido vem ainda o problema da prova, no qual nos podemos questionar se é necessária a prova dos factos concretos ou se bastarão os meros indícios<sup>41</sup>. Quanto a esta questão, LUIS ZARRALQUI esclarece que a denúncia destas circunstâncias permite uma admissão condicional, mas só será de facto admitida quando na audiência se acredite estarem cumpridas as condições de risco, exigindo-se a prova perante o julgador<sup>42</sup>.

Em segundo lugar, se por um lado, o objetivo do legislador ao eliminar as causas do divórcio era o de reduzir o conflito próprio deste processo, por outro, talvez aflore esse mesmo conflito. Lamentavelmente, esta disposição pode fazer com que se enfatizem as denúncias já registadas, ou se promovam denúncias infundadas e abusivas com o mero objetivo de lograr de ordens de restrição ou medidas civis mais rápidas e poucos justificadas (como se tem verificado)<sup>43</sup>.

### 5.1.3. Críticas e fundamento do prazo de 3 meses

A existência de um prazo de 3 meses desde a celebração do casamento para invocar o divórcio é uma condicionante àquela que era uma Ley fundada na liberdade dos cônjuges. Levantam-se inevitavelmente, algumas vozes críticas, sobre as quais considero proveitoso darmos alguma atenção.

Por um lado, se o pedido de divórcio é solicitado por ambos os cônjuges, este prazo constitui, claramente, o tal período de reflexão para que os cônjuges possam pensar se realmente querem tomar aquela decisão. Mas se o divórcio for solicitado apenas por um dos cônjuges não parecem existir relações sólidas o suficiente para se pensar que faça sentido um prazo de reflexão<sup>44</sup>.

Por outra via, há quem diga que a brevidade do prazo, leia-se, a facilidade com que se rompe o vínculo, poderia tornar o casamento um ato irrefletido. No entanto, esse argumento também não colhe, pois na prática um aumento ou diminuição de um prazo de reflexão não aumenta a real reflexão dos cônjuges<sup>45</sup>.

Por seu turno, há quem defenda o desaparecimento total do prazo de forma a evitar as mencionadas denúncias falsas e abusivas, mas também por acarretar a diminuição da liberdade de dissolução do casamento por parte dos cônjuges<sup>46</sup>.

Num outro ângulo, em alternativa à espera dos 3 meses para propor a ação ou à invocação de uma das exceções, existe a possibilidade de solicitar as medidas provisórias prévias à solicitação do divórcio presentes dos arts.101.º e 102.º CCE e art.771.º Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) para

<sup>40</sup> BELÉN TRIGO GARCÍA, “La introducción de la separación y el divorcio sin causa en el derecho español (Ley 15/2005, de 8 de julio)” in *Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. Vol. 14, n.º 2, 2005, págs. 20 a 21, disponível para consulta online em <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/7829>

<sup>41</sup> BELÉN TRIGO GARCÍA, “La introducción de la separación y el divorcio sin causa en el derecho español (Ley 15/2005, de 8 de julio)”... págs. 20 a 21.

<sup>42</sup> LUIS ZARRALQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *El matrimonio*... pág.508.

<sup>43</sup> TERESA BARBERO [ET AL.], *La nueva ley del divorcio: modificación del código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio*, Madrid, Grupo Difusión, 2005, 33 e 34.

<sup>44</sup> SALVADOR CARRIÓN OLMOS, “Separación y divorcio...”, pág.186.

<sup>45</sup> TERESA BARBERO [ET AL.], *La nueva ley del divorcio*... pág.27.

<sup>46</sup> TERESA BARBERO [ET AL.], *La nueva ley del divorcio*... págs.27 e 34.

as quais não é necessário preencher prazo algum. Sem delongas e sem entrar em detalhes, as medidas provisórias prévias ao pedido de divórcio fazem cessar a presunção de convivência conjugal; revogam os consentimentos outorgados um ao outro e determinam medidas em interesse dos filhos.

Em relação a este ponto, há quem faça as contas: as medidas provisórias demorariam cerca de sessenta e nove dias a ser decretadas<sup>47</sup>. Isso significa que ao serem pedidas no dia seguinte à celebração do casamento, os cônjuges ganhariam um avanço de 20 dias em relação ao pedido de divórcio. Posto isto, mesmo que não existissem as exceções ou caso os cônjuges que não queiram cumprir o prazo de 3 meses, encontram no decretamento das medidas provisórias prévias ao pedido de divórcio uma alternativa ou uma forma de contornar o prazo.

No fundo, talvez este curto prazo seja uma forma de *descargo de consciência*<sup>48</sup> do próprio legislador que não se quis comprometer com a extraordinária facilidade com que unilateralmente se pode romper um vínculo matrimonial<sup>49</sup>.

Afinal, a vontade de se divorciar não basta para que o divórcio seja decretado. A Ley 15/2005, que deu origem a este novo regime e tinha como valor orientador a liberdade, revela-se contraditória, pois não é tão livre assim. Pessoalmente, compartilho das críticas apontadas e não vejo utilidade alguma neste curtíssimo prazo.

## 5.2. Reconciliação

A ação de divórcio, dado o seu carácter pessoalíssimo,<sup>50</sup> extingue-se com a morte de um dos cônjuges ou, segundo o art.88.º/1 CCE, com a reconciliação expressa dos mesmos antes de decretado o divórcio.

Contudo, a lei não precisa aquilo que quer dizer com uma reconciliação expressa. O entendimento mais seguro será o de considerar que os cônjuges devem fazer chegar a sua reconciliação ao conhecimento do juiz<sup>51</sup>.

Mas e se a reconciliação, embora expressa (no plano dos factos) não for introduzida no processo? Nesse caso, a sentença que concedesse o divórcio sofreria de um vício substancial. Talvez esta reconciliação expressa, na verdade, consubstancie uma desistência da ação realizada de forma indireta<sup>52</sup>.

A lei explícita, ainda, que a reconciliação posterior ao divórcio, isto é, a recuperação da convivência entre os divorciados<sup>53</sup>, não produz efeitos legais, embora nada obste a que estes contraíam novo matrimónio<sup>54</sup>.

## 6. Jurisprudência portuguesa

Entendida a problemática em causa e tendo uma noção do funcionamento do sistema espanhol, retomamos a nossa atenção para o sistema português, mais concretamente, para a aplicação da alínea d) do art.1781.º CC pela jurisprudência.

<sup>50</sup> CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, *Compendio de derecho de familia*, 7.ª ed., Madrid, Dykinson, 2017, pág.72.

<sup>51</sup> CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, *Compendio de derecho de...* pág.73.

<sup>52</sup> LUÍS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *El matrimonio...*, cit. pág.513.

<sup>53</sup> CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, *Compendio de...* pág.75.

<sup>54</sup> LUÍS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *El matrimonio...*, considera o disposto legal “absolutamente inútil, pela sua evidência e carência de sentido legal”, cit. pág. 513.

<sup>47</sup> LUÍS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *El matrimonio...* pág.508.

<sup>48</sup> Expressão inspirada em SALVADOR CARRIÓN OLMOS, “Separación y divorcio...”, pág.186.

<sup>49</sup> LUÍS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *El matrimonio...* pág.508.

Os Tribunais da Relação e o Supremo Tribunal de Justiça têm-se deparado com alguns casos em que lhes cabe decidir se os factos apresentados constituem ou não uma rutura definitiva do casamento ou, diversamente, se não será mais segura a hipótese da separação de facto. Neste último tópico, mergulharemos criticamente em alguns acórdãos que trataram destes dilemas.

### 6.1. Os factos que mostram uma rutura do casamento na prática

Os factos que os cônjuges mais invocam para sustentar que o seu casamento entrou numa situação de rutura definitiva prendem-se com a falta de convivência: alegam que não fazem mais refeições juntos; que não vão de férias juntos; que não dormem juntos, nem mantêm relacionamento sexual. Alegam, também, que não têm mais interesse em manter o casamento. Ademais, são invocados cenários de violência, quer física, quer verbal (sendo esta última a mais recorrente).

De um outro prisma, podemos questionar se os comportamentos narrados se podem traduzir numa falta de afeto ou se essa mesma falta de afeto poderia vir a ser considerada um facto que mostre a rutura definitiva do casamento.

Curiosamente, em Espanha, decorrente do tema da falta de afeto ganhou lugar de destaque a doutrina da  *affectio maritalis* , que se traduz no desejo recíproco de os cônjuges se tratarem enquanto tais. Ora, a doutrina da  *affectio maritalis*  como uma causa de separação (os cônjuges não desejavam mais estar juntos) propagou-se de tal modo que incentivou a várias decisões judiciais. Podemos dizer que foi bem-sucedida, visto que, indiretamente, a Exposición de Motivos da Ley 15/2005 faz-lhe alusão, ao referir que os tribunais têm sido sensíveis às evoluções das relações e à inutilidade de sacrificar

a vontade dos cônjuges<sup>55</sup>.

Neste seguimento, vejamos como é que a jurisprudência portuguesa tem apreciado os factos invocados pelos cônjuges que pedem o divórcio sem o consentimento um do outro.

Na maioria dos casos, o divórcio é decretado por todas as instâncias. Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 9 de janeiro de 2018, em que o Supremo concordou com as instâncias anteriores referindo que o facto de o réu discutir com a autora, provocar-lhe sentimentos de mal-estar, angústia e sofrimento demonstram a inexistência de proximidade afetiva e de uma situação não passageira, o que leva a uma rutura definitiva do casamento. Com base em semelhantes argumentos, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 27 de fevereiro de 2020, confirmou a sentença recorrida dada a comunhão de vida ter sido posta em crise de forma definitiva e com quebra dos laços afetivos (já a 1.ª instância considerara que, apesar de os cônjuges viverem na mesma casa, não existia mais comunhão de vida entre ambos).

Todavia, também existem casos em que o tribunal não considera que os factos invocados revelem rutura definitiva do casamento. Veja-se o Tribunal da Relação do Porto (TRP) no Acórdão de 14 de fevereiro de 2013. O autor da petição inicial alegava que a ré, embora não trabalhasse, gastava milhares de euros em despesas supérfluas e sumptuárias o que gerou conflitos entre o casal. Referia, ainda, que não faziam refeições juntos, não passavam férias juntos, nem se relacionavam sexualmente. Por fim, alegava não querer continuar casado com a ré. Estes argumentos não convenceram a 1.ª instância,

<sup>55</sup> BELÉN TRIGO GARCÍA, “La introducción...”, pág.10 e nota de rodapé 7; FRANCISCO PEREIRA COELHO; GUILHERME DE OLIVEIRA; RUI MOURA RAMOS, *Curso de...* pág.737 e nota de rodapé 66.

pelo que o autor apelou. Já o Tribunal da Relação, concluiu que a comunhão de vida destes cônjuges entrara numa crise definitiva, com quebra dos laços afetivos, tomando em consideração factos como a falta de coabitação; uma vontade irreversível do autor em pôr termo ao casamento; infidelidade moral, pois o autor pretendia refazer a sua vida com outra mulher; e a inexistência de filhos menores.

Em suma, os nossos tribunais costumam considerar que os factos narrados consubstanciam uma rutura definitiva do casamento e, consecutivamente, decretam o divórcio. É também possível extrair que, apesar de os cônjuges não invocarem a falta de afeto enquanto fundamento de divórcio, são tomadas decisões em que se consideram que os comportamentos narrados se traduzem na mesma. Mais que isso, consideram que a falta de afeto é uma causa demonstrativa da rutura definitiva do casamento.

A propósito, na fundamentação de direito, os mencionados acórdãos citam e dão ênfase ao segmento "...ninguém deve permanecer casado contra sua vontade ou se considerar que houve quebra do laço afectivo" presente na já mencionada Exposição de Motivos<sup>56</sup>.

Todavia, ficara esclarecido nos primeiros tópicos deste excurso que, a rutura definitiva tem de se traduzir em factos concretos e concretizáveis, factos esses reiterados e que se traduzam numa certa gravidade. O segmento citado, na realidade, insere-se no Projeto de Lei como uma ideia decorrente do princípio da liberdade, visto que a aceitação do divórcio passou a ser vista como um prolongamento dos fundamentos do casamento<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 509/X, cit. pág. 1.

<sup>57</sup> São fundamentos do casamento a liberdade de escolha e igualdade de direitos e de deveres entre cônjuges, afectividade no centro da relação, plena comunhão de vida, cooperação e apoio mútuo na educação dos filhos, quando os houver. – Exposição de Motivos... pág. 1.

Em adição, esclareceu GUILHERME DE OLIVEIRA, que interveio na redação do Projeto de Lei, que não estávamos perante um divórcio a pedido (como também já mencionado). Ainda neste sentido, EVA DIAS COSTA recorda que apesar de a Exposição de Motivos mencionar que “a invocação da rutura definitiva da vida em comum deve ser fundamento suficiente para que o divórcio possa ser decretado”, não foi isto que a lei prescreveu<sup>58</sup>.

Ou seja, a intenção por trás da alínea d) nunca foi facilitar a prova de um fundamento de divórcio<sup>59</sup> e muito menos concretizar o divórcio através de uma declaração de não ter mais vontade de manter a relação matrimonial ou da quebra do laço afetivo.

Ainda assim, ao lermos estes acórdãos e a sua fundamentação, fica subjacente a ideia de que a não pretensão de retomar uma vida em comum é causa o bastante para se verificar uma rutura definitiva do casamento e se decretar o divórcio com fundamento da alínea d).

Por um lado, talvez devamos criticar o Projeto de Lei que, ao apresentar uma Exposição onde defende o princípio da liberdade, da igualdade e a importância dos afetos, desperta a promessa de um divórcio cada vez menos conflituoso e mais disponível. Por outro lado, talvez a crítica deva recair sobre o modo como os tribunais estão a interpretar e a aplicar a alínea. Retomaremos esta discussão mais adiante.

## 6.2. Separação de facto vs. Factos que mostrem a rutura definitiva do casamento

Uma outra questão que tem corrido nos nossos tribunais e levantado alguma polémica é a da con-

<sup>58</sup> EVA DIAS COSTA, [Comentário ao art.1781.º CC] in “Código Civil Anotado, Livro IV, Direito da Família” coord. CLARA SOTTOMAYOR, Coimbra, Almedina, 2020, cit. pág. 541.

<sup>59</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA; RUI MOURA RAMOS, *Curso de...* pág. 310.

tagem do prazo de propositura da ação em relação à data da separação de facto.

Nestes casos, o cônjuge pede o divórcio com fundamento na alínea d), invocando factos que considera demonstrativos da rutura definitiva do casamento, sendo que à data da propositura da ação ainda não decorreu um ano desde a separação de facto (ou nem está separado de facto). Contudo, à data da sentença, o prazo de um ano de separação de facto encontra-se já preenchido. Ora, como à data da sentença já decorreu 1 ano desde a data da separação de facto, o tribunal decreta o divórcio com fundamento na alínea a) e não com fundamento na alínea d) como tinha sido inicialmente pedido.

Tais decisões são apoiadas no art.611.º CPC respeitante à atendibilidade dos factos supervenientes, visto que a decisão deve corresponder à situação existente no momento do encerramento da discussão. Veja-se a este respeito o paradigmático acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de outubro de 2013.

Opostamente, o Tribunal da Relação de Évora, no Acórdão de 21 de março de 2013, confirmou a sentença da 1.ª instância e não decretou o divórcio, visto que à data da propositura da ação ainda não tinha decorrido 1 ano da separação de facto. Em adição, consideraram não se terem provado factos preenchedores da alínea d). Nesse mesmo acórdão, é apresentado um voto vencido onde se defende que o divórcio deveria ter sido decretado não apenas porque já decorreu 1 ano de separação de facto à data da sentença como também vê na simples instauração da ação de divórcio um facto que mostra a rutura definitiva do casamento.

Caso semelhante, mas com outro desfecho foi a decisão do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de fevereiro de 2021, onde tanto a 1.ª como a 2.ª instância não decretaram o divórcio por à data da propositura da ação não ter decorrido 1 ano

desde a separação de facto. Contudo, o divórcio foi decretado pelo Supremo, argumentando que os cônjuges estavam separados de facto há 4 anos, pelo que a decisão em sentido contrário “*revelaria um notório desajustamento social e um excessivo apego a literalismos*”.

Toda esta conjuntura, embora de cariz mais processual do que propriamente material, leva a uma certa confundibilidade da alínea a) referente à separação de facto em relação à alínea d) respeitante aos factos que mostrem a rutura definitiva do casamento. Recordemos que a alínea a) é uma causa determinada, onde não há apreciação da gravidade dos factos, ao passo a alínea d) é um conceito indeterminado, o que exige que a prova desta última seja feita no seu contexto<sup>60</sup>.

Visto isto, as decisões proferidas parecem sugerir que as duas alíneas em causa consubstanciam uma alternativa em relação à outra, o que, como já vimos, não são, dado que têm critérios próprios e diferentes para que se preencham.

## 7. Reflexão crítica – A hipótese do divórcio a pedido em Portugal

Aqui chegados, após uma breve análise do ordenamento jurídico português, uma exígua abordagem do ordenamento espanhol e um sumário balanço da jurisprudência portuguesa, aproveite-se o momento para refletir sobre o nosso sistema.

Porque é que continuamos a insistir numa causa para que seja decretado divórcio? Tendo em conta todo o excuro, questiono se não deveríamos acolher entre nós o divórcio a pedido tal como já acontece há anos em Espanha, isto é, eliminar a necessidade de causa para que seja decretado o divórcio. De forma a sustentar esta hipótese, consideremos alguns argumentos de várias ordens.

<sup>60</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA; RUI MOURA RAMOS, *Curso de...* pág. 310.

### a) Princípio da liberdade

O primordial argumento em favor da adoção do divórcio a pedido em Portugal prende-se com o princípio da liberdade.

Porque é que havemos de manter um vínculo matrimonial quando um dos cônjuges não está mais interessado? Sublinhemos que o casamento é um projeto a dois, que visa a direção conjunta da família, ao qual surge associada uma forte componente patrimonial e, no caso de haver filhos, acarreta o exercício das responsabilidades parentais.

Se um dos cônjuges já não vê futuro na relação, não vejo sentido em insistir na sua permanência, pois, inevitavelmente, todos os setores da vida familiar sentirão repercussões à sua maneira. Se a liberdade dos nubentes inclui a de escolher a pessoa com quem casar,<sup>61</sup> não se vislumbra qualquer razão para obrigar alguém a conservar um vínculo com quem não deseja mais e nenhuma razão se vê em incentivar alguém a conservar um vínculo com quem já não a quer. Deve ser respeitada, portanto, a vontade do cônjuge que não pretende mais manter o casamento, decretando-se o divórcio<sup>62</sup>.

Em relação ao casamento civil não se fala mais de uma “vocação de perpetuidade,” mas antes de uma “dissolubilidade condicionada”<sup>63</sup> — talvez es-

tejamos prontos para abandonar a condição, através da desnecessidade de uma causa. Reforce-se que o divórcio a pedido não obriga nem incentiva ninguém a divorciar-se, apenas proporciona um processo menos ardiloso para quem pretende divorciar-se.

Acrescente-se, ainda, que as razões que levam alguém ao divórcio devem ser entendidas como pessoais, pertencendo à esfera privada do casal. Por isso, não me parece justificada uma intromissão do poder judicial nas razões que conduziram à rutura do casamento. Não exigir qualquer causa para a verificação do divórcio é respeitar a liberdade individual de cada um, bem como o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar<sup>64</sup>.

No fundo, a exigência de uma causa para o divórcio, neste momento, parece apenas uma forma de *adiar o inadiável*.

### b) As decisões dos tribunais

O modo como os tribunais estão a lidar com os pedidos de divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges, é um tanto dispar entre si. Uma vez que já dedicámos um ponto inteiro à jurisprudência, façamos agora uma súmula crítica reflexiva.

Primeiramente, temos os casos paradigmáticos em que o cônjuge invoca a alínea d) como fundamento de divórcio, apresentando factos que considera mostrarem uma rutura definitiva do casamento. Pois, cabe ao tribunal averiguar os factos no caso concreto e decidir se revelam ou não uma rutura definitiva, de modo decretar ou não o divórcio.

Vimos que há tribunais que consideram os factos alegados demonstrativos de uma rutura definitiva do casamento e decretam o divórcio, ao passo que outros não, pelo que não decretam o divórcio.

<sup>61</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA; RUI MOURA RAMOS, *Curso de...* pág. 231.

<sup>62</sup> Não se pretende, de modo algum, fazer sobrepor uma felicidade individual   felicidade conjugal. Acredito, contudo, que uma pessoa que não está disposta a permanecer num casamento, não alcançará felicidade pessoal e muito menos trará qualquer tipo de felicidade ao casamento. Pelo contrário, a relação conjugal corre o risco de se tornar um seio de desentendimentos, conflitos e frustrações. O próprio entendimento de que se deve preservar o casamento caso haja filhos parece-me cheio de falácias, pois estes tendem a ser os que mais sofrem aquando submetidos a um ambiente de tensão entre os pais. — Contrariamente a este raciocínio e criticando o atual regime do divórcio *vide*. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, “As Alterações Legislativas Familiares Recentes E A Sociedade Portuguesa” in *Textos de direito da família: para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pág. 523 a 551, 533.

<sup>63</sup> FRANCISCO PEREIRA COELHO; GUILHERME DE OLIVEIRA; RUI MOURA RAMOS, *Curso de...* pág. 246.

<sup>64</sup> Consagrado no art. 26.  CRP.

Neste seguimento, acolho o pensamento de que o pedido de divórcio, por si só, é demonstrativo de uma rutura definitiva do casamento. Ademais, não me parece que possamos negar que a falta de afeto não constitui um facto que demonstre a rutura definitiva do casamento, pois esta manifesta-se tanto no mero pedido de divórcio, como enquanto inferência dos factos apresentados enquanto rutura definitiva. Inclusivamente, constatámos justamente a existência de decisões<sup>65</sup> onde se considera que os factos narrados mostram uma quebra de laços afetivos, que se deve dar prevalência à liberdade dos cônjuges ou que o mero pedido de divórcio já demonstra uma rutura definitiva do casamento, com a salvaguarda de que não se está perante um “pedido de divórcio por vontade unilateral discricionária” do autor.

Por seu turno, dada a constante menção à “aplicação exigente”<sup>66</sup> desta alínea, estamos prontos para ressuscitar a questão deixada em aberto no final do ponto 5.1. respeitante às decisões cuja argumentação gira em torno da quebra de laços afetivos e ao pedido de divórcio em si como factos que mostram uma rutura definitiva do casamento. Estarão os tribunais a decidir *contra legem*? Na verdade, talvez não devamos fazer recair a crítica da aplicação da alínea d) nas referidas circunstâncias sob o Projeto de Lei ou sob os tribunais.

Não podemos esquecer nem ignorar que a alínea d) é uma cláusula geral, ou seja, os casos que cabem nela ficam ao critério do julgador. Aprendemos desde o início do curso de Direito que as situações da vida são sempre muito mais

ricas do que aquilo que o legislador pode alguma vez prever ou precisar, o que o leva a refugiar-se em cláusulas gerais ou conceitos indeterminados.

Posto isto, diria que os divórcios decretados com base em tais argumentos decorrem de uma interpretação evolutiva, uma vez que sem alterar o sentido literal da alínea d), incluem-se necessidades ou situações que o legislador não contemplou àquela época.<sup>67</sup> Poderíamos também dizer que se faz uma interpretação atualista da alínea d), visto que os factos que, na nossa atual realidade consideramos demonstrativos de uma rutura definitiva do casamento não são os mesmos factos pensados à data da inscrição da cláusula. Este raciocínio aplicar-se-á igualmente à Exposição de Motivos do Projeto de Lei, na medida em que da letra do seu texto foram-se extraindo e desenvolvendo novos sentidos, mais condizentes com a atualidade.

Assim, passa a ser exequível que a dimensão afetiva ou o próprio pedido de divórcio, no contexto do caso em concreto, possam ser considerados uma prova da rutura do casamento, decretando-se por fim o divórcio. De certo modo, é uma forma de contornar a lei, sem contornar a realidade que vê nos afetos e na liberdade de escolha um dos pilares do casamento.

Em segundo lugar, temos os casos em que a ação de divórcio é proposta com fundamento na alínea d) mas o divórcio acaba sendo decretado com fundamento na alínea a), com base no art.611.º CPC<sup>68</sup>. Parece-me claro que o tribunal opta por decretar o divórcio com fundamento na separação de facto por 1 ano consecutivo, mesmo quando não foi esta a causa indicada, não apenas por fornecer uma

<sup>65</sup> A título de exemplo, os já mencionados Acórdãos do TRP de 14/02/2013, do TRE 27/02/2020 e o voto vencido da Juiz-desembargadora RITA BARROSO no Ac. TRE 21/03/2013.

<sup>66</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA; RUI MOURA RAMOS, *Curso de...* cit. pág. 309.

<sup>67</sup> A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao estudo do direito*, 14.ª ed. [S.l.]: Petrony Editora, 2023, pág.351.

<sup>68</sup> A título de exemplo os já mencionados Ac. STJ de 23/02/2021 e o Ac. STJ de 3/10/2013

prova manifesta, como, sobretudo, para não entrar na discussão daquilo que devem ser considerados ou não factos que mostram a rutura definitiva do casamento. É como se o tribunal, de alguma forma, para evitar alguma condescendência em relação à alínea d), acabasse por ser condescendente com a alínea a), pois é ela que aqui acaba por fornecer uma prova mais facilitada. Parece-me um modo hábil e engenhoso de decretar um divórcio que, de outro modo, poderia não ser decretado naquele processo, além de também ser mais viável por razões de economia processual.

Contudo, há casos em que a ação de divórcio é instaurada com fundamento na alínea a) sem ter decorrido 1 ano consecutivo de separação de facto e que não se consideram os factos alegados demonstrativos de uma rutura definitiva do casamento, pelo que não se decreta o divórcio. Nestas situações, os argumentos invocados são de ordem processual, por não ter sido essa a intenção nem o espírito da lei,<sup>69</sup> pois significaria que os cônjuges, logo após a separação de facto, pudessem ir adiantando o processo, beneficiando do enquadramento normativo substantivo. Apesar de compreender o argumento, parece-me que não devemos ser demasiado formalistas. Isto porque alguém que inicia um processo de divórcio, já vê o processo em si como uma burocracia com vários custos acrescidos (económicos e emocionais), pelo que não o fará de “ânimo leve” ou por fruto dos seus “impulsos”.

Em suma, a maioria dos tribunais tenta sempre decretar o divórcio independentemente da via: seja pela alínea d), sendo que algumas decisões já consideram a falta de afetos e o pedido de divórcio em si como um facto que mostra a rutura definitiva do

casamento,<sup>70</sup> seja pela alínea a), mesmo quando não é a causa invocada. Ainda assim, tal não impede que não sejam decretados divórcios...

Ora, a implementação do divórcio a pedido em Portugal, por um lado evitaria toda uma teia de fundamentação astuciosa por parte dos tribunais para decretar o divórcio como também evitaria que os mesmos não fossem decretados.

### c) *Diminuição de conflitos*

Um processo de divórcio, seja ele por mútuo consentimento ou sem o consentimento de um dos cônjuges, acarreta sempre custos económicos e emocionais para ambas as partes. Exigir uma causa para o divórcio, principalmente quando um dos cônjuges não concorda, acentua o clima de conflituosidade entre os mesmos, pois a tendência será a de descredibilizar o outro ao máximo de forma a mostrar ao tribunal como o casamento entrou numa situação de rutura.

O divórcio a pedido, sem necessidade de qualquer causa, atenuaria hostilidades, mágoas e rancores, num processo que já é por si só doloroso<sup>71</sup>.

## 7.1. Contornos de uma possível admissibilidade do divórcio a pedido em Portugal

Admitindo-se um divórcio a pedido em Portugal, acredito que se possa inspirar em grande parte no ordenamento jurídico Espanhol.

<sup>70</sup> Talvez se possa dizer que a nossa jurisprudência está a dar os primeiros passos em direção ao acolhimento da doutrina da *affectio maritalis*, tal como aconteceu em Espanha.

<sup>71</sup> Faça-se notar que, em situações de rutura, geralmente, o primeiro ímpeto dos cônjuges é o de “salvar o casamento” e só depois o do divórcio. Ou seja, não me parece que facilitar os meios de pedir o divórcio esteja a incentivar os cônjuges a “atirar a toalha ao chão à primeira dificuldade”, pois ninguém se divorcia precipitadamente. – Contrariamente ao que parece ser o entendimento de RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, “As Alterações Legislativas Familiares Recentes E A Sociedade Portuguesa”... pág.529.

<sup>69</sup> Veja-se o já mencionado Ac. TRE de 21/03/2013 que acompanha esse entendimento recorrendo às palavras de ALBERTO DOS REIS.

As duas modalidades de divórcio, de alguma forma, manter-se-iam, mas com contornos diferentes. Quando ambos os cônjuges estivessem de acordo, o divórcio poderia efetuar-se na conservatória do registo civil ou, na falta dos acordos do art.1775.º CC, no tribunal, tal como acontece atualmente. Quando um dos cônjuges não consentisse com o divórcio, este decorreria no tribunal, com a diferença de que não seriam necessários nenhum dos fundamentos do art.1781.º CC.

O cerne desta hipótese reside fundamentalmente na desnecessidade de se apresentar um motivo, uma causa, um porquê, para que seja decretado o divórcio. A intervenção do tribunal prender-se-ia com a busca dos acordos presentes no art.1775.º CC, visto que seriam as únicas questões em que os cônjuges poderiam não concordar, uma vez que, tal como acontece no divórcio por mútuo consentimento, o divórcio seria sempre decretado.

Diferentemente do que acontece em Espanha, não devemos ver necessidade de um período de reflexão traduzido num qualquer prazo de casamento para que seja efetuado o pedido de divórcio. Primeiro, porque esta alteração teria como fundamento a liberdade dos cônjuges. Segundo, porque a regra acarretaria sempre uma exceção, pois teríamos que prever também casos de risco: tal tornaria o processo de divórcio ainda mais conflituoso ou poderia promover os casos de denúncias infundadas.

Em adição, não me parece que não permitir os cônjuges de pedir o divórcio num determinado espaço de tempo após a celebração do casamento os faça refletir sobre o mesmo. Até porque, atendendo à possibilidade de “arrepentimento” poderá ser prevista, durante o processo, a hipótese da reconciliação, tal como acontece em Espanha.

Também não acredito que a desnecessidade de causa vá aflorar alguma precipitação ou algum im-

pulso em relação ao casamento por parte de casais que estivessem reticentes em relação à decisão de casar. Aliás, face à tendência crescente de uniões de facto em Portugal,<sup>72</sup> dir-se-ia que o casamento é um ato cada vez mais refletido.

Assim sendo, o divórcio a pedido em Portugal, não parece mera miragem ou realidade distante, mas sim uma hipótese a considerar.

## Conclusão

Ao longo destas páginas debatemo-nos essencialmente com o significado da rutura definitiva do casamento enquanto causa do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges. Destacou-se que vigora entre nós um sistema de divórcio-ruptura assente no preenchimento de uma das causas objetivas das alíneas a), b), c) do art.1781.º CC ou na invocação de factos que mostrem a falência irreversível do matrimónio, de acordo com a alínea d) do mesmo artigo. Paralelamente, explorámos o ordenamento jurídico espanhol, onde vigora o modelo do divórcio a pedido, prescindindo-se da invocação de qualquer causa para que seja decretado o divórcio.

Apesar de a nossa lei não ter tido a intenção de consagrar um divórcio a pedido, depreendemos da análise jurisprudencial que se tende a alargar, cada vez mais, o leque dos factos que reconhecemos como demonstrativos de uma rutura definitiva do casamento. Com o mudar dos tempos, mudaram os factos que mostram uma falência do casamento, tanto que, já podemos considerar a falta de afeto e

<sup>72</sup> Os dados dos Censos revelam que, em 2021, havia 1 008 604 pessoas a viver em união de facto, representando 11,2% da população residente e um aumento de 3,1% face a 2011 em que os unidos de facto representavam 8,1% da população. — Leia-se CÉU NEVES, “Um milhão de pessoas vive em união de facto e um terço tem 2 filhos” in *Diário de Notícias*, 2022. Disponível em <https://www.dn.pt/arquivo/diario-de-noticias/um-milhao-de-pessoas-vive-em-uniao-de-facto-e-um-terco-tem-2-filhos-15381749.html>

o mero pedido de divórcio como causas que provam essa rutura.

Chegaremos nós ao ponto de prescindir de uma causa? Espero que sim. Não me parece sustentável que o nosso sistema continue a prever a possibilidade de não serem decretados divórcios (no caso de não se provar a rutura definitiva do casamento), insistindo num casamento que não é mais desejado por um dos cônjuges. Ademais, julgo que a necessidade de uma causa e consequente prova de rutura do casamento revela-se dispensável para promulgação de divórcio, podendo mesmo constituir um fator de animosidade num processo que tende a ser particularmente doloroso e conflituoso.

As mudanças em matéria de divórcio são também fruto da forma como se vê o próprio casamento<sup>73</sup>. Talvez a hipótese do divórcio a pedido pareça

um tanto assustadora, face à facilidade com que se pode pôr fim ao vínculo matrimonial. Contudo, como afirma ROSA MARTINS, “o casamento não está morto nem está a morrer... está a transformar-se”<sup>74</sup>. A possibilidade de eliminação de uma causa de divórcio no nosso ordenamento jurídico seria apenas uma parte dessa transformação: não teria por objetivo acabar com o casamento e muito menos desacreditá-lo.

A culpa já faz parte do passado, a causa é o nosso presente, *qui çá* o futuro seja o divórcio a pedido – acredito que, a passos mais rápidos ou mais lentos, é nessa direção que caminharemos.

<sup>73</sup> “O casamento baseado no amor e na realização pessoal de ambos os cônjuges, é tido como um assunto privado.” – *Vide*. ROSA CÂNDIDO MARTINS, “A morte do casamento: mito ou realidade?” *in* *Textos de direito da família*:

*para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, cit. págs. 222 e 223.

<sup>74</sup> ROSA CÂNDIDO MARTINS, “A morte do casamento: mito ou realidade?”..., cit. pág. 224.

### O QUE DIZ O SUPREMO

Ana Resende

Juíza Conselheira Jubilada

Prossegue-se à elaboração de uma breve crónica sobre o decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça no segundo semestre de 2024, procurando realçar algumas das questões tratadas, dando-se prevalência à aplicação do direito substantivo e à decisão de mérito, sendo ainda referenciadas matérias de cariz processual face à sua pertinência e consequências decorrentes do seu conhecimento.

No segundo semestre de 2024, o Supremo debruçou-se sobre vários temas, conforme resulta do conjunto de sumários dos acórdãos proferidos nesse período, à frente consultável, destacando-se, conforme a orientação indicada, as seguintes questões: indignidade sucessória – abuso do direito; processo de promoção e proteção – medida de confiança com vista a futura adoção; adoção-requisitos; apadrinhamento civil; rapto internacional de menores; união de facto – enriquecimento sem causa e atribuição provisória da casa de morada de família – violência doméstica.

#### I – Questões substantivas e de conhecimento do mérito.

##### 1. *Da indignidade sucessória, Abuso de Direito – Processo n.º 2150/22.3T8TVD.L1.S1, Acórdão de 09.07.2024.*

1.1. A e B intentaram ação contra C, pedindo que fosse declarada a indignidade sucessória do réu, face ao pai deste, D, ao abrigo do disposto no artigo 2034.º do Código Civil ou, subsidiariamente, do instituto do abuso de direito.

Os autores alegaram ser irmãos de D, vítima de homicídio levado a cabo pelo réu, tendo em simultâneo sido vitimada, pelo mesmo, a irmã que se encontrava grávida, sobrinha daqueles.

Os homicídios em causa deram origem a um processo crime, sendo proferido Acórdão do Juízo Central Criminal, transitado em julgado, no qual foi considerado: o réu vitimou fatalmente o seu pai (D), e a sua irmã que se encontrava grávida, o que era do seu conhecimento; atuou com o propósito concretizado de causar a morte do seu pai e da sua irmã, representando que esse seria o resultado da conduta por si adotada; foi considerado como inimputável quanto à prática dos crimes de homicídio e aborto.

O falecido não deixou outros descendentes para além do réu, nem tão-pouco ascendentes, não sendo casado à data do óbito.

O réu apresentou contestação alegando que embora tivesse praticado factos qualificados pela lei penal como crime de homicídio, fora absolvido da prática do crime de homicídio qualificado na pessoa do pai e irmã, pois era inimputável em razão de doença psiquiátrica irreversível, não lhe sendo aplicada uma pena, mas sim uma medida de segurança.

Em primeira instância foi proferido saneador sentença, que declarou a incapacidade do réu na herança aberta por óbito do pai (D).

Inconformado, o réu veio apresentar recurso de apelação, tendo o Tribunal da Relação decidido, com um voto de vencido, confirmar a sentença apelada.

1.2. Interposto recurso de revista, o Supremo concluiu que o exercício pelo réu do direito a herdar constituía um abuso do direito e como tal devia ser paralisado e assim sendo chamados a suceder os restantes parentes sucessíveis do seu pai, os autores, mantendo o decidido no acórdão recorrido.

1.2.1. Na fundamentação jurídica, o Supremo considerou que a norma contida no artigo 2034.º, al. a), do Código Civil, fixava a indignidade nos casos de sentença de condenação por homicídio doloso, não visando tutelar apenas valores de direito privado, mas também princípios de ordem pública, sendo atribuído a esta norma uma *ratio* sancionatória em relação a factos ilícitos cometidos pelo herdeiro e de tutela de bens jurídicos e direitos fundamentais do *de cujus*: a vida, o direito ao bom nome e à honra, a liberdade de testar. Tem a doutrina dominante entendido que, do artigo 2034.º do Código Civil consta uma enumeração taxativa de casos, afirmando que o julgador não pode, por interpretação extensiva ou aplicação analógica, alargar o âmbito do preceito de forma a incluir nele outros crimes distintos dos previstos no artigo 2034.º, do Código Civil, ou factos relevantes penalmente, mas desacompanhados de

condenação penal, por inimputabilidade ou extinção do processo penal por morte do arguido, não sendo também possível, por falta de previsão legal, a prova do crime em ação cível.

1.2.2. No caso sob análise tinham ficado provados, num processo penal, factos qualificados como crime de homicídio. No entanto, não foi o arguido condenado, pois foi considerado inimputável. Ora, exigindo o legislador apenas uma sentença de condenação por homicídio doloso do *de cujus*, nos termos do artigo 2034.º, a) do Código Civil, não regulou os casos de absolvição, por ausência de capacidade de culpa jurídico-criminal do agente/ herdeiro, acompanhada da sujeição do agente a uma medida de segurança.

Uma interpretação extensiva da norma de forma a abarcar no seu alcance tais situações, não teria reflexo, ainda que mínimo, na letra do preceito, considerando o Supremo estar-se perante uma lacuna do sistema. Não se verificava, porém, uma semelhança entre o caso regulado e o caso omissivo, no que dizia respeito à culpa jurídico-criminal do agente, não sendo adequado para os casos de ausência de capacidade de culpa do agente, por inimputabilidade, o regime imperativo estabelecido na al. a) do artigo 2034.º do Código Civil, pelo que a aplicação analógica surgia como desajustada à solução do caso.

Por sua vez, a solução de ser o julgador a criar uma norma *ad hoc*, elaborada dentro do espírito do sistema, para regular o caso concreto, seria sempre delicada por constituir uma atividade semelhante à legislativa.

1.2.3. Restava, desse modo, apreciar a situação à luz da figura do abuso do direito numa perspetiva estritamente casuística, analisando se, no caso concreto, o exercício do direito a herdar pelo réu,

filho, declarado inimputável, que atentou contra a vida do pai, estava ou não conforme aos princípios jurídicos básicos da ordem jurídica, tendo em conta juízos de proporcionalidade e de adequação e a hierarquia de valores da ordem jurídica.

**1.2.3.1.** Na situação sob análise, embora faltando ao réu a culpa, no sentido jurídico-criminal, no momento da prática dos factos qualificados pela lei como crime, provou-se no processo penal, para além do mais, que o réu ao desferir facadas na cabeça, costas e tronco de D lhe provocaria a morte, como veio a acontecer, sendo a sua atuação causa direta e necessária da morte de D, agindo com o propósito concretizado de tirar a vida a D, sabedor que tal conduta lhe era vedada por lei.

Não tendo o réu culpa jurídico-criminal por inimputabilidade, isto é, não conseguindo avaliar a ilicitude dos seus atos nem de se determinar de acordo com essa avaliação, ficou, contudo, também provado que, no plano estritamente psicológico, quis praticar e efetivamente praticou factos causais em relação à morte do seu pai.

A falta de culpa criminal não impede a aplicação do instituto do abuso do direito, já que o momento relevante/ para aferir dos requisitos desta figura, verifica-se *ex post*, no momento em que o réu veio reclamar o exercício do direito a aceitar a herança, e não no momento em que atentou contra a vida do pai e da irmã, sob o efeito de um surto psicótico.

Ora, no momento em que o réu veio contestar a ação, com mandatário constituído, e sem qualquer medida de acompanhamento limitativa da sua capacidade jurídica, tinha de presumir-se que, atuava num intervalo lúcido, assim como, que detinha capacidade de autodeterminação, na esfera civil, não podendo deixar de lhe ser imputada uma contradição, reprovada pela ordem jurídica, entre a ação de tirar a vida ao pai e a ação de reclamar,

depois desse ato, o estatuto de herdeiro legitimário único do seu pai, cuja morte sabia ter causado.

Para a determinação da existência de abuso de direito importava analisar o resultado decorrente da conduta de querer assumir o estatuto de herdeiro legitimário e não a conduta em si mesma. Na verdade, o resultado de herdar os bens de uma pessoa à qual o herdeiro tirou a vida é tido como reprovável e choca a maioria das pessoas bem como ofende também de forma clamorosa o sentimento de justiça da família.

Tais sentimentos de justiça mostram-se serem relevantes, para o efeito de permitirem o recurso ao instituto do abuso do direito, por se enquadrarem num princípio normativo, a tutela absoluta do direito à vida.

**1.2.4.** Relativamente aos argumentos constantes do voto de vencido proferido no Acórdão da Relação, considerou o Supremo que a invocada natureza hereditária da esquizofrenia era irrelevante, apontando-se que competia ao Estado lidar com problemas de saúde, acompanhados por atos de violência contra familiares, competindo também àquele suprir às necessidades de cuidados de saúde mental, se os doentes não tiverem rendimentos nem património, pelo que não colhia a referência a uma indigência na qual cairia o réu, decorrente da solução que obteve vencimento.

Mais foi salientado que o direito a herdar do réu não era absoluto, e a sua natureza legal não impedia que o seu exercício tivesse de ceder perante imperativos ético-sociais relacionados com sentimentos de justiça, nem se mostravam violados os direitos da pessoa com doença mental, nem os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

1.3. Em nota, no presente aresto, o Supremo pronunciou-se de forma ampla, em termos gerais, sobre a possibilidade de o julgador, por interpretação extensiva ou aplicação analógica, alargar o âmbito do disposto no artigo 2034.º, al. a), do Código Civil, de forma a incluir nele outros crimes distintos dos ali previstos, considerando que não havia como não constatar que a norma em referência se encontrava manifestamente desatualizada em face das necessidades da sociedade atual, por ser demasiado rígida para fazer face à gravidade de algumas condutas dos herdeiros, como se tornou visível nas de situações de violência doméstica que, por vezes, culminam em homicídios, mas também em casos como os crimes sexuais, que não se mostravam contemplados enquanto causas de indignidade sucessória.

Com ampla referência doutrinária e apontamentos jurisprudenciais, o Supremo considerou que o artigo 2034.º do Código Civil não admitia uma analogia livre, mas uma analogia mais limitada, a partir de alguma das causas previstas na lei, isto é, não permitia a analogia *juris* mas a analogia *legis*, sendo tal procedimento necessário para adequar a lei aos valores ético-jurídicos já interiorizados pelos cidadãos, colocando a dignidade humana e os bens jurídicos pessoais num patamar de validade muito superior ao do acesso à propriedade por via sucessória.

## 2. *Processo de promoção de direitos e proteção da criança, medida de confiança com vista à futura adoção – Processo n.º 2702/15.8T8VNG-C.P1.S3, Acórdão de 4.07.2024.*

2.1. O Ministério Público intentou processo para promoção dos direitos e proteção da criança B, por a mesma se encontrar em situação de peri-

go, sendo aplicada a seu favor a medida provisória de confiança à Segurança Social, com vista ao seu acolhimento familiar, pelo período de seis meses e a executar de imediato, até à identificação de família idónea.

Não tendo sido possível obter o acordo dos pais da criança, foi proferido acórdão determinando a aplicação à criança da medida de promoção e de proteção de acolhimento familiar, pelo período de seis meses, e também, paralelamente, o desenvolvimento de um plano, contemplando a realização de um trabalho de educação parental junto da mãe e da avó da menor, incidindo nos cuidados básicos de saúde, alimentares, de higiene, de afeto, de segurança, e de estimulação.

A medida foi sucessivamente prorrogada em sede revisão.

Nos relatórios de acompanhamento da execução da medida elaborados pelos serviços da Segurança Social foi sugerido a sua substituição pela medida de confiança a pessoa selecionada para a adoção, a família de acolhimento ou a instituição com vista à adoção, por se considerar que os pais da criança não constituíam garante da promoção dos direitos e proteção da criança e a inexistência de alternativa na família alargada.

Face à oposição dos progenitores, foi proferido novo acórdão, aplicando à criança a medida de promoção e de proteção de acolhimento familiar, a executar junto de D e E, pelo período de 1 (um) ano, e de forma a garantir a sua estabilidade, apenas deveriam ocorrer visitas e contactos telefónicos entre a criança e os progenitores e/ou a avó materna, se essa fosse a vontade daquela.

Foram apresentadas duas apelações, pela mãe da menor pugnando pela revogação da decisão de primeira instância e consequente entrega da filha aos seus próprios cuidados; e pela criança com

vista ao prosseguimento da medida de acolhimento vigente, e futura adoção.

O Tribunal da Relação do Porto proferiu acórdão que julgou improcedente o recurso da progenitora e procedente a apelação da menor, aplicando-lhe a medida de promoção e proteção de confiança a família de acolhimento familiar com vista a futura adoção.

**2.2.** A mãe interpôs recurso de revista, tendo o Supremo proferido acórdão que confirmou a decisão recorrida.

**2.2.1.** Na fundamentação jurídica, reportando aos critérios de legalidade para a medida de adoção decretada, o Supremo indicou como o princípio orientador da intervenção realizada, o superior interesse da criança, nomeadamente no que concerne à continuidade de relações de afeto de qualidade e significativas.

Relativamente à medida de confiança a família de acolhimento com vista a futura adoção entendeu ser aplicável quando se verificava alguma das situações previstas no artigo 1978.º do Código Civil, pressupondo que se mostrassem seriamente comprometidos os vínculos próprios da filiação, mercê da verificação objetiva de qualquer das situações previstas no n.º 1 do aludido artigo 1978.º, não sendo exigível uma verificação de culpa, de vontade consciente ou de imprevisão censurável, por parte dos progenitores, mas antes uma simples situação de impreparação, de falta de aptidão, e da inexistência de possibilidade de simbolizar, conscientemente, a necessidade de criação de vínculos cuidadores.

**2.2.2.** No caso concreto o Supremo considerou que se evidenciavam as razões que justificavam objetivamente o decretamento da medida de acolhimento para futura adoção, da criança, então com 10 anos de idade.

A factualidade demonstrava que a recorrente, enquanto mãe, apesar das suas condições de vida pessoal e familiar erráticas, tinha sido permanentemente ouvida sobre o destino da filha, convocada para participar no seu percurso, impulsionada a manter os laços afetivos e ajudada a criar condições favoráveis para poder vir a cuidar da filha, em ambiente estável e gerador de confiança.

Apesar disso, ao longo de quase seis anos, a progenitora patenteou instabilidade emocional e psicológica, desagregada de um local, percorrendo o país e o estrangeiro em condições que não propiciavam meios de sustento certo, conflituosa com a família, ausentando-se por longos períodos do contacto com a filha, e repetidamente indiferente às solicitações dos serviços de apoio e acompanhamento, e assim não concretizando, com ações, qualquer projeto de vida futura que permitisse integrar a criança, inexistindo um comprometimento sério com tal objetivo.

Por outro lado, mostrava-se afastada a hipótese de a menor ingressar na vida do pai, bem como na família alargada, sobretudo junto da avó materna, alternando esta entre a declaração de não ter condições para receber a neta, para em momento ulterior verbalizar o oposto.

Aliás, conforme o apurado, a criança acabou por revelar sinais de sofrimento após as visitas entrecortadas da mãe e da avó materna, apresentando um claro desequilíbrio emocional, distúrbios do sono, ansiedade e medos relativamente ao futuro.

Considerou assim o Supremo, que a progenitora não podia pretender que o tempo da filha parasasse até alterar o seu quadro de condições de vida, sem a sujeitar à permanente instabilidade, ou à revelada incapacidade parental para constituir uma família que integrasse e protegesse a criança, até porque lhe tinham sido dadas todas as oportunida-

des para assumir uma maternidade responsável e a construção do caminho de condições de vida para assegurar a confiança da filha, pelo que não tendo logrado inverter tais fatores desfavoráveis durante seis anos, não se antevia provável que tal sucedesse no futuro.

Quanto ao suscitado primado da manutenção da criança com a família biológica, referiu o Supremo que tal princípio da prevalência da família, em ordem à satisfação do interesse superior da criança, podia ceder quando se configurava uma situação em que os progenitores, por ação ou omissão, colocavam em causa e faziam perigar a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o são desenvolvimento da criança, assim ficava posta em perigo, como no caso dos autos.

2.3. Em nota, conforme o decidido, o Supremo pronunciou-se, em termos consolidados, que o princípio do superior interesse da criança impõe que, no caso de a criança se encontrar colocada em perigo pela sua própria família biológica, sejam decretadas medidas de proteção que visem a sua segurança e saúde, e mostrando-se a família impotente para cuidar da criança com carácter duradouro, afastando-a da situação de perigo, nomeadamente, confiando-a com vista a futura adoção, por essa via ainda se privilegiar o princípio da prevalência da família, agora adotiva.

Neste sentido, mostram-se feitas algumas referências doutrinárias e bastantes jurisprudenciais.

2.3.1. Em sentido convergente, o Supremo entendeu no acórdão proferido no processo n.º 315/23.OT8PTM.E1.S1., revista excecional, de 19.09.2024, que não bastava que o progenitor tivesse uma mínima ligação afetiva com o filho, sendo igualmente necessário que o progenitor demonstrasse e concretizasse em atos e gestos que tinha aptidão para

desempenhar o papel de pai, demonstrando preocupação, afeto, adequando a sua vida e comportamentos às necessidades que o filho apresentava. Tal não se verificava nos autos, estando a criança em situação de acolhimento há mais de dois anos, apresentando um atraso global no desenvolvimento, devido à falta de estimulação e negligência por parte dos pais na prestação de cuidados básicos essenciais, desde o nascimento. Deste modo, se evidencia o comprometimento dos vínculos afetivos do progenitor com o filho, sem perspectiva que, num futuro próximo, fosse possível reverter essa situação.

### 3. *Adoção, Pressupostos – Processo n.º 3431/23.4T8VCT.G1.S1, Acórdão de 17.09.2024.*

3.1. A intentou ação com vista à adoção de B, pedindo que, depois de decretada a sua adotabilidade, fosse constituído o vínculo de adoção entre a requerente e aquela, com as legais consequências.

Foi proferida sentença em 1ª instância que julgou improcedente o pedido.

A requerente interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal da Relação de Guimarães proferido acórdão que negou provimento ao recurso e, em consequência, confirmou a decisão recorrida, pese embora, com fundamentos distintos.

3.2. O Ministério Público interpôs recurso de revista desse acórdão, sendo proferido acórdão pelo Supremo que julgou procedente a revista e, consequentemente, revogou a decisão recorrida, devendo os autos ser remetidos ao tribunal de 1ª instância, para aí serem realizadas as diligências relativas à prestação de consentimento pelos pais biológicos da B, ou, ser dispensado tal consentimento, com prolação de nova decisão por esse mesmo tribunal com o enquadramento legal feito no aresto proferido.

**3.2.1.** A questão a apreciar prendia-se em saber se previamente à instauração do processo de adoção, a criança deveria ter sido confiada à candidata a adotante, mediante confiança administrativa, ou, medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada com vista a futura adoção.

Considerou o Supremo que a prolação da decisão judicial constitutiva do vínculo da adoção dependia de prévia declaração de adotabilidade decidida no âmbito de processo judicial de promoção e proteção, mediante decretamento de medida de confiança, ou, de prévia decisão de confiança administrativa, resultante de decisão do organismo de segurança social que, procedia à entrega de criança ao candidato a adotante, relativamente à qual havia sido prestado consentimento prévio para a adoção, ou, que confirmasse a permanência de criança a cargo do candidato a adotante que sobre ela exercesse já as responsabilidades parentais, devendo esse organismo emitir e entregar ao candidato a adotante o certificado da data em que a criança lhe fora confiada.

**3.2.2.** No caso concreto, B não foi entregue à requerente, isto é, a candidata à adotante, mediante decisão de confiança administrativa do Instituto da Segurança Social, com vista à adoção ou, na sequência de medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção, e, assim não se verificava a declaração de adotabilidade, obstando à prolação da decisão judicial constitutiva do vínculo da adoção.

Contudo, o Supremo considerou a existência de um relatório de acompanhamento e avaliação da pré-adoção elaborado pelo Instituto da Segurança Social, do qual concluiu que do acompanhamento efetuado, se verificava uma boa integração da B no seio familiar e nos contextos extrafamiliares, e, com base no mesmo, propôs às instâncias a possibilidade de ser decretada a adoção da jovem B,

suprindo *a posteriori* a inexistência de uma decisão, não formalizada por escrito, de confiança com vista à futura adoção.

**3.3.** Em nota, não se mostra referenciada jurisprudência relativa à situação dos autos.

#### **4. *Apadrinhamento civil – Processo n.º 1467/24.7T8VFX.L1.S1, Acórdão de 27.11.2024.***

**4.1.** A e B propuseram uma ação pedindo a constituição do apadrinhamento civil de C, menor que beneficiava então de uma medida protetiva de confiança a família de acolhimento, com vista à adoção, aplicada em processo de promoção e proteção.

Foi proferida decisão que indeferiu liminarmente a petição inicial, considerando o pedido manifestamente improcedente.

Inconformados, A e B interpuseram recurso de apelação, tendo a Relação de Lisboa julgado o recurso improcedente.

**4.2.** Em revista excecional, com declaração de voto, o Supremo revogou o acórdão recorrido, ordenando o prosseguimento dos autos para reapreciação fundamentada do caso, de modo a apurar e decidir se a adoção era ou não, *in casu*, inviável.

**4.2.1.** Considerou o Supremo que, no caso dos processos de jurisdição voluntária, como o em causa, o princípio da atividade inquisitória do juiz prevalecia sobre o princípio da atividade dispositiva das partes, pelo que, estando confiada ao juiz a defesa do interesse da criança visada, a falta de alegação de factos não podia, por si só e desacompanhada de outros fundamentos, justificar um indeferimento liminar, até porque se tinha como razoável que da atuação proactiva do Tribunal, do Ministério Público e de outros intervenientes pudessem resultar outros

factos relevantes para a decisão do caso concreto.

Debruçando-se sobre a pretensão dos requerentes, o Supremo entendeu apreciar o quadro legal relevante, apadrinhamento civil, desde logo mencionando que, do respetivo regime não resultava qualquer impedimento a que a família de acolhimento se apresentasse como candidata ao apadrinhamento civil em situações de confiança em processo de promoção e proteção, como a descrita nos autos.

O apadrinhamento civil visa sobretudo promover a desinstitucionalização, através da constituição de uma relação para-familiar tendencialmente permanente, destinada às crianças e jovens que não sejam encaminhados para a adoção ou não sejam adotados, e na qual a pessoa singular ou a família exercesse os poderes e deveres dos pais, estabelecendo-se laços afetivos, capazes de promover o seu desenvolvimento integral.

A constituição do vínculo de apadrinhamento civil não inviabiliza a manutenção do vínculo biológico, pressupondo, antes e, em regra, a sua existência, assistindo aos progenitores um conjunto de direitos, nos quais constam o direito de contactar o filho, o direito de serem informados sobre o desenvolvimento integral do mesmo e o direito de visitar o filho, bem como o dever imposto aos padrinhos e aos pais de mútuo respeito e preservação da vida privada e familiar, em prol do bem-estar da criança.

O Supremo entendeu assim que, o apadrinhamento civil era de aplicação subsidiária, apenas podendo ser aplicado no caso de não estarem reunidos os pressupostos da confiança com vista a adoção ou, embora tais pressupostos se mostrassem reunidos em abstrato, em concreto, a adoção afigurava-se inviável.

Referiu que, no plano doutrinário, fundados em critérios de probabilidade, eram indicados

como exemplos de inviabilidade da adoção, a permanência em instituição por longo período, idade avançada da criança e doença da mesma, no entanto, e mais relevante, a falta de reais vantagens para o adotando, isto é, concluindo-se no caso que o projeto de adoção era contrário ao superior interesse da criança, devendo assim a adoção ser tida como inviável.

A existência de laços afetivos seria o ponto de partida, pressuposto incontornável, que permitia equacionar uma solução permanente para a criança visada, e sem os mesmos dificilmente se poderia colocar a hipótese de apadrinhamento.

Sendo os laços afetivos consistentes, fortes e benéficos entre a criança e a família de acolhimento, havia que aferir da inviabilidade da adoção, pois esta se colocaria não ao nível da probabilidade de determinada criança vir a ser adotada, mas ao nível do seu superior interesse.

Desse modo, não sendo de excluir que a adoção se afigurasse inviável, justificava-se que tribunal fizesse um esforço no sentido de apurar se, de facto, o que se alegava correspondia à verdade e assim se o caminho da adoção se afigurava, em comparação com o apadrinhamento civil, mais benéfico para a criança.

**4.2.2.** No caso concreto era necessário aquilatar se a definitividade e irreversibilidade da adoção devia ceder face à natureza do próprio apadrinhamento civil e respetivos benefícios, com a necessária produção de prova, com vista a apurar os factos relevantes à apreciação do projeto de vida a delinear para C.

**4.2.2.1.** Foi formulada uma declaração de voto que, acompanhando no essencial a fundamentação do acórdão, considerou que da análise global de sistema de proteção e promoção de crianças e jovens em perigo, decorria a ideia de o apadrinhamento

civil ter sido criado para, relativamente à mesma criança, não poderem concorrer e/ou sobrepor-se um processo de apadrinhamento civil e um processo de promoção e proteção tendente a decretar a medida de confiança com vista à adoção.

Tendo a adoção prevalência sobre o apadrinhamento civil e tendo sido decretada, em processo de promoção e proteção, medida de confiança para adoção respeitante ao menor dos autos, o sistema legal encontrava-se estruturado no sentido de excluir a possibilidade de um processo de apadrinhamento civil relativo a esse menor.

Considerou, porém, que o superior interesse da criança, critério que não podia deixar de prevalecer sobre o sistema formal instituído, se os factos alegados pelos aqui requerentes, a família de acolhimento, fossem dados como provados, então o superior interesse da criança seria o de permanecer, de forma estável, com eles, o que poderia ser conseguido mediante uma decisão de apadrinhamento civil, mostrando-se necessário que a ação prosseguisse.

**4.3.** Em nota, mostram-se referenciadas várias obras sobre esta temática, sem apontamento jurisprudencial.

## **5. Rapto internacional de menores**

### **5.1. Processo n.º 2695/23.8T8PTM.E1.S1, Acórdão de 12.11.2024**

**5.1.1.** O Ministério Público instaurou ação tutelar comum, na sequência de um pedido de regresso ao Brasil de B, formulado pelo progenitor A, transmitido pela Autoridade Central Portuguesa, ao abrigo da Convenção de Haia Sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças.

Alegou que os pais de B são casados entre si, tendo a criança e aqueles residido no Brasil, até ao

dia 11.06.2023, data em que a progenitora se ausentou do país com a criança, sem o conhecimento ou autorização do pai e contra a vontade deste, vindo para Portugal. Desde essa data, o progenitor não teve mais contacto com a criança, nada sabendo sobre a mesma, recusando-se a requerida a fazê-la regressar ao Brasil, não se encontrando regulado o exercício das responsabilidades parentais.

Foi proferida decisão considerando a retenção da criança em Portugal ilícita e determinando o seu imediato regresso ao Brasil.

A progenitora, inconformada, veio interpor recurso de apelação, tendo o Tribunal da Relação de Évora confirmado a decisão da primeira instância.

**5.1.2.** Novamente inconformada, veio a mãe interpor recurso de revista excecional, tendo o Supremo julgado procedente o recurso, revogando o acórdão recorrido, não sendo ordenado o regresso de B ao Brasil.

**5.1.2.1.** No enquadramento jurídico realizado, o Supremo teve em conta a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, concluída em Haia, em 25 de outubro de 1980, aprovada pelo Decreto do Governo n.º 33/83, de 11 de maio, vigente na República Federativa do Brasil desde 14 de Abril de 2000, por meio do Decreto n.º 3413/00, afastando a aplicação do Regulamento (EU) n.º 2019/1111, do Conselho Europeu, de 25 de junho de 2019, por apenas respeitar a raptos no espaço judicial europeu.

Considerou o Supremo Tribunal de Justiça que, o rapto internacional de criança significava a deslocação ou retenção ilícita de uma criança, por um dos seus progenitores, num país que não seja o da sua residência habitual. Ora, importava, desde logo, saber se a deslocação ou retenção da criança, para e em Portugal, fora ou não ilícita, atendendo

ao disposto nos artigos 1.º, 3.º, 4.º, 5.º, 13.º da referida Convenção.

Em conformidade, o Supremo referiu que a legalidade ou a ilegalidade de uma deslocação ou retenção de criança para país que não seja o da sua residência habitual devia ser apreciada em função dos direitos de guarda atribuídos nos termos do direito do Estado da residência habitual da criança, antes da sua deslocação ou retenção, no caso em análise, a ordem jurídica brasileira. Portanto, apontou como questões fundamentais a dirimir, em sede da regulação de responsabilidades parentais, qual a residência da criança e se a deslocação para país estrangeiro, na companhia de um dos progenitores, carecia do consentimento do outro. Analisado o caso concreto, à luz da ordem jurídica competente, concluiu o Supremo Tribunal de Justiça que, a deslocação da criança para Portugal era ilícita.

Verificada esta ilicitude, o regresso devia ser decretado, salvo se ocorresse alguma das razões previstas no artigo 13.º da Convenção. No entanto, importava ter em consideração o justo equilíbrio entre os interesses concorrentes da criança, dos progenitores e da sociedade. Sendo o interesse superior do menor o critério interpretativo prevalente, compete ao Supremo Tribunal de Justiça fazer um juízo de prognose sobre a existência de risco grave para o menor, caso o pedido de regresso fosse deferido.

**5.1.2.2.** No caso sob análise, tendo presente o conceito de interesse superior do menor, enquanto conceito indeterminado, carecendo de concretização, o Supremo entendeu ser obrigatório atender às características do caso para estabelecer aquele interesse, devendo prestar-se atenção e valorar os elementos pessoais, familiares, materiais, sociais e culturais concorrentes na situação, dando prioridade ao desenvolvimento integral do menor, ao

cuidado com a sua saúde física e psíquica, respeitando a sua personalidade, mas também tomando em consideração as circunstâncias económicas que assegurassem a sua alimentação, educação e conforto pessoal.

Assim, considerou face ao apurado que a criança, de 9 anos de idade, privando permanentemente com a mãe, a quem estava afetiva e economicamente muito ligada, se encontrava completamente integrada no seu meio social e escolar, em Portugal, tendo já alcançado no plano da formação escolar um aproveitamento muito bom e com inegável margem de progressão. Separá-la desse meio, num futuro próximo, e destruir esses laços, representaria um choque psicológico e afetivo intolerável para o menor.

O regresso da criança devia assim recusado, pois a separação do outro progenitor era claramente menos prejudicial à criança do que a permanência com o progenitor que a deslocou ou reteve ilicitamente.

**5.1.3.** Em nota, mostra-se identificada jurisprudência no sentido prosseguido e feitas referências doutrinárias.

## **5.2. *Processo n.º 976/24.2T8GMR-A.G1.S1, Acórdão de 10.12.2024.***

**5.2.1.** O Ministério Público requereu, a pedido de A, residente em França, pai da menor B, a instauração de autos para entrega judicial da menor, ao abrigo da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, contra a mãe da mesma menor, C, pedindo o regresso desta a França.

Alagou que a menor nasceu nesse país, onde tem a sua residência habitual e que o exercício das responsabilidades parentais foi também ali regulado, resultando da sentença proferida que o pai e a mãe exerciam conjuntamente a autoridade paren-

tal, tendo a progenitora viajara com a criança para Portugal, em março de 2023, aqui permanecendo, sendo que o progenitor não viu mais a filha, desde essa altura.

A requerida deduziu expressa oposição ao regresso voluntário da sua filha, por ter ocorrido mais de um ano entre a vinda da menor para Portugal e a data da propositura da ação, estando a criança inserida e ambientada no meio familiar e escolar e por força do risco grave que a decisão de regresso acarretaria para a menor.

Foi proferida sentença que, julgando ilícita a retenção da menor em Portugal, determinou o regresso imediato a França, para junto do progenitor, diligenciando-se junto da Autoridade Central Francesa, no sentido de sinalizar a situação da menor ao sistema de promoção e proteção dos interesses dos menores, de modo que a esta beneficiasse das medidas concretas que se revelassem necessárias ao seu bem-estar e tratamento da doença de que padecia.

A progenitora interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal da Relação proferido acórdão que revogou a sentença da primeira instância, recusando ordenar o regresso a França.

**5.2.2. Inconformado**, o progenitor apresentou recurso de revista, tendo o Supremo revogado o acórdão recorrido, ripristinando a sentença da primeira instância.

**5.2.2.1. No enquadramento jurídico**, o Supremo considerou a Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, concluída em Haia em 25/10/1980, e o Regulamento (UE) 2019/1111 do Conselho de 25 de junho de 2019 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças (Bruxelas II Ter), apon-

tando, essencialmente, a divergência interpretativa quanto à norma relativa ao prazo de 1 ano (art. 12.º da Convenção de Haia) bem como relativamente aos casos de recusa de regresso (art. 13.º, também da Convenção).

No que concerne à questão do prazo de um ano, entendeu que tal prazo não tinha sido ultrapassado, qualquer que fosse a interpretação dada aos factos, salientando que, para além do sentido dado a tal prazo, certo era que o artigo 13.º da Convenção continha outros elementos a ponderar na decisão de recusa, que não se relacionavam com o referido prazo, perdendo este, importância, enquanto possível elemento de decisão. Deste modo, afastou a interpretação restritiva do preceito do artigo 12º da Convenção de Haia, no sentido de que com menos de um ano não havia que atender ao facto relativo à integração da criança, e que, com mais de um ano já se teria de considerar essa integração.

Verificou-se a retenção ilícita da criança por parte da progenitora, quando comunicou o não regresso a França. No entanto, com o decorrer do tempo, a mãe, criou, em Portugal, as melhores condições possíveis para o desenvolvimento da criança bem como para a satisfação das necessidades da menor, verificando-se, assim, a integração da criança em Portugal.

O Supremo, contudo, não se deixou impressionar com a dependência da criança face à sua cuidadora e com os reflexos que isso teria no retrocesso do seu desenvolvimento se fosse afastada da mãe, porquanto tal tinha ínsito um preconceito no sentido de, por a mãe ser a figura de referência, não poder haver mudanças, antes configurando tal situação um comportamento típico da posse de um bem de que se dispôs e que se pretende ver sancionado judicialmente, em prejuízo de uma convivência da criança com ambos os seus pais.

Assumi, assim, o Supremo, a opção de relevar os elementos objetivos a que se podia ater, importando aferir dos riscos graves possíveis do regresso da criança, à luz do artigo 13.º da Convenção, considerando que o risco grave não era equivalente a inexistência de risco, pois o conceito pressupunha que podia haver risco; o que no caso da menor, vivendo em Portugal nos termos apurados, sempre se faria sentir pela mesma e pela mãe, com o regresso a França.

O conceito de risco devia, desse modo, ser entendido como uma verdadeira e extrema exceção, utilizada apenas em última instância e não como um mecanismo de recusa automática, a interpretar de modo restritivo e ponderado, sendo claramente de aplicar a situações de maus tratos comprovados, incluindo abuso sexual ou de outro tipo, regresso a zonas de guerra, fome ou que não respeitem os direitos humanos, o que não se verificava em França.

**5.2.2.2.** Na situação dos autos, o Supremo entendeu que não existia a evidência de risco grave, sendo habituais os avanços e retrocessos na idade da criança, não se tendo referenciado o seu sofrimento pelo afastamento do pai, havendo um historial de vivência conjunta com o pai de cerca de três anos, seguida de manutenção da presença na sua vida, embora com maior turbulência, como denotavam os vários processos judiciais que decorreram em França relativos ao exercício das responsabilidades parentais.

**5.2.3.** Em nota, mostram-se realizadas referências jurisprudenciais.

**6. União de facto, compropriedade, enriquecimento sem causa, trabalho doméstico – Processo 54/22.9T8PRT. P1.S1, Acórdão de 26.11.2024.**

**6.1.** A propôs contra B uma ação pedindo a condenação da ré a pagar-lhe a quantia de € 176 906,41, acrescida de juros, à taxa legal, desde a citação até pagamento; metade das prestações vincendas que ainda viessem a ser pagas dos empréstimos contraídos para aquisição do imóvel identificado até à divisão deste; e ainda pedindo que o seu o crédito fosse julgado parcialmente compensado pelo valor da sua quota resultante da divisão do imóvel, caso o mesmo lhe viesse a ser adjudicado.

Invocou que entre 2000 e 2018 tinha vivido com a ré em união de facto, mas sempre com economias separadas, administrando e dispondo das suas poupanças e rendimentos com total autonomia. Nesse período, ambos adquiriram em comum e partes iguais, pelo preço de € 109 600,00, um imóvel, destinado à habitação, com recurso a dois empréstimos bancários, através da sua conta bancária que, por isso, passou a ser titulada também pela ré, mas exclusivamente alimentada pelo autor, que a ré começou a descapitalizar utilizando-a para pagar dívidas pessoais. Abriu o autor então outra conta, na qual passaram a ser creditados os seus vencimentos e a partir da qual passou a efetuar transferências mensais para primeira conta bancária referida para custear as prestações dos empréstimos e as despesas do lar. Face a ameaça de penhora do imóvel “comum”, pagou dívidas da ré, no valor global de € 82 961,00. Nesta sequência, a ré propôs ação de divisão da coisa comum, para pôr fim à compropriedade do imóvel adquirido por ambos e, dessa forma, se apropriar de metade do respetivo valor, para o qual nunca contribuiu.

Na sentença final, com fundamento de não se divisar que qualquer dos membros do “extinto casal” tivesse contribuído para a economia comum com valor por tal forma diferenciado que merecesse ser considerado como enriquecimento do outro, foi a ação julgada improcedente.

O autor interpôs recurso de apelação para o Tribunal da Relação do Porto que, com fundamento em que uma atribuição patrimonial feita por um dos membros da união de facto ao outro, através de um ou vários contratos de doação, diretos ou indiretos, não exclui a constituição do beneficiário da liberalidade numa obrigação de restituição assente no enriquecimento sem causa, desde que se prove que a causa remota da liberalidade foi a comunhão de vida instituída pela união de facto, revogou a sentença e, em substituição desta, condenou a ré a restituir ao autor metade do que este pagou das prestações dos empréstimos que oneravam o dito imóvel, bem como a totalidade das dívidas da ré e empréstimos pessoais desta que o autor pagara com património próprio.

**6.2.** Inconformada, veio a ré recorrer de revista, tendo o Supremo confirmado a decisão recorrida.

**6.2.1.** No enquadramento jurídico realizado, o Supremo entendeu que o princípio da proteção da união de facto, quer decorresse diretamente da abertura constitucional à união de facto quer do direito ao livre desenvolvimento da personalidade – não exigia que o legislador desse à união de facto direitos idênticos aos que dava ao casamento, equiparando as duas situações. O casamento e união de facto eram situações materialmente diferentes, pelo que o tratamento diverso das duas situações, mostrava-se, conforme com o princípio da igualdade.

Os unidos de facto não tinham, como os cônjuges, bens comuns objeto de uma relação de propriedade coletiva ou de mão comum, mas podiam, e muitas vezes acontecia, terem bens objeto de uma relação jurídica real de propriedade.

Cessada a união de facto, colocava-se frequentemente o problema da liquidação do património adquirido com o esforço comum dos seus membros e da destinação das atribuições patrimoniais feitas por um deles ao outro ou para a aquisição de bens em propriedade.

Considerou o Supremo, com respaldo na jurisprudência, que havendo património adquirido com esforço comum, a sua respetiva liquidação fosse feita de harmonia com as regras do enriquecimento sem causa, que disponibilizava uma tutela adequada ao membro da união de facto que, por exemplo, contribuía com dinheiro seu para que o outro interviesse como adquirente no contrato de compra e venda de um imóvel ou de um automóvel, e desse modo, dando como pacificamente aceites os três requisitos para a verificação do enriquecimento sem causa: um enriquecimento; um empobrecimento ou dano; a falta de causa desse enriquecimento; a existência de umnexo entre o enriquecimento e o dano, uma vez que se exigia que o enriquecimento fosse feito à custa de outrem.

Entre as hipóteses típicas de enriquecimento sem causa estão os casos em que a comunhão de vida entre duas pessoas, não ligadas entre si pelo vínculo jurídico do casamento, constituía a causa jurídica da realização de uma atribuição patrimonial e, ulteriormente, essa comunhão se extinguiu, com a consequente cessação daquela causa.

As atribuições feitas por um dos unidos de facto ao outro no contexto da convivência instituída pela união de facto podiam feitas a vários títulos, *maxime* a título gratuito. Dentro dos atos gratuitos

avultavam, como categoria primária, as liberalidades, i.e., os atos de que resultava intencionalmente para outrem um enriquecimento, sendo a doação, o principal tipo de liberalidade, *inter vivos*, podendo resultar de uma assunção liberatória de dívida.

Uma atribuição patrimonial feita por um dos membros da união de facto ao outro, através de um ou vários contratos de doação, não excluía a constituição do beneficiário da liberalidade numa obrigação de restituição assente no enriquecimento *sine causa*, desde que provada que a causa remota da liberalidade fora a comunhão de vida instituída pela união de facto.

Extinta a união desaparecia o fundamento ou o motivo último da atribuição patrimonial, em termos que legitimavam o reconhecimento, ao autor da liberalidade, de um direito à restituição do que prestara, com base no enriquecimento sem causa, devendo fazer-se intervir uma presunção natural que apontava no sentido de que a atribuição patrimonial era condicionada à subsistência da união de facto.

O Supremo entendeu assim, como regra, que a união de facto não constituía um simples motivo dos benefícios entre os seus membros, mas, verdadeiramente, uma causa jurídica e, portanto, a união de facto não devia constituir uma fonte de enriquecimento, sem justificação, de um dos membros à custa do outro, nem um título definitivo e indiscutível de retenção das transferências patrimoniais relativamente às quais a convivência ou a comunhão de vida inerente à união fáctica funcionara como causa jurídica.

**6.2.2.** Reportando-se ao caso sob análise, considerou o Supremo que no contexto da vivência em união de facto, e por sua causa, o autor e a ré adquiriram, ambos, por compra e recurso a mútuo (empréstimo bancário) uma fração autónoma, tendo as prestações de reembolso ou restituição da

quantia mutuada, vencidas até setembro de 2022, no montante total de € 152 751,19, sido pagas exclusivamente com dinheiro do autor que também pagara dívidas das quais era sujeito passivo a ré, que se traduziam, tecnicamente, em doações.

Com a rutura da união, deu-se o desaparecimento daquela causa, pelo que importava reconhecer ao autor, com fundamento no enriquecimento sem causa, o direito às quantias relativas ao reembolso do mútuo contraído para aquisição da fração autónoma “comum” e as relativas às quantias que dispendera com o pagamento de dívidas da ré,

A ré apontou, contudo, que durante a união, ambos contribuíram, de diferentes formas, para a vida familiar, sendo que o autor trabalhou no estrangeiro e a ré geria o lar, incluindo o cuidado da filha, possuindo tais cuidados valor económico, não ponderados.

Neste âmbito, foi entendido pelo Supremo, em termos da orientação jurisprudencial que era tida como corrente, que, quanto ao trabalho doméstico desenvolvido no contexto da união de facto, o mesmo devia ser visto como uma participação livre para a vida em comum, baseada na solidariedade entre os seus membros e, conseqüentemente, como uma obrigação natural, insuscetível de repetição.

Salientou o Supremo, no entanto, que tal orientação sofrera uma inflexão com o Acórdão de 14 de janeiro de 2021 do Supremo Tribunal de Justiça (1142/11), apontando que não se fundando o enriquecimento conseqüente da realização desproporcionada das tarefas domésticas por um dos elementos da união de facto, numa causa legítima, designadamente, por não corresponder ao cumprimento de uma obrigação natural, não haveria motivos para que esse encargo não fosse também contabilizado nas contribuições que tinham permitido ao outro membro adquirir património

no decurso da união de facto, tendo cessado a causa que o motivara – a união de facto.

Mencionou, contudo, o Supremo, que tal descaracterização como obrigação natural do trabalho doméstico prestado na união de facto ficara reservada para a realização da totalidade ou de grande parte do trabalho doméstico de uma casa por apenas um dos membros da união de facto, onde vivia um casal, pois nessa situação, não podiam deixar de relevar critérios próximos das compensações estabelecidas para as relações conjugais, sob pena de contradição com o cuidado do legislador na reforma do regime do divórcio operada pela Lei 61/2008, quando estabeleceu mecanismos compensatórios das contribuições desproporcionadas para os encargos da vida familiar durante o casamento, aí se incluindo a realização de tarefas domésticas.

O Supremo salientou que, no entanto, este último entendimento de nada servia à ré, pois os factos apurados não permitiam a qualificação como desproporcional da contribuição implicada na gestão doméstica que desenvolveu em favor da união e que, por outro lado, não tinha efetuado, em sede de reconvenção, o pedido de compensação dessa sua contribuição para a comunhão de vida inerente à união de facto.

**6.3.** Em nota, mostra-se efetuada uma enunciação abundante de elementos doutrinários e jurisprudência relativamente às questões tratadas, nomeadamente, respeitante às compensações patrimoniais conjugais, *v.g.*, por contribuições para os encargos da vida familiar, designadamente, com trabalho doméstico.

**7. *Atribuição provisória da cada de morada de família, violência doméstica – Processo n.º 4188/22.1T8VIS-B.C1.S1., Acórdão de 26.11.2024.***

**7.1.** A requereu, na petição inicial de divórcio sem consentimento contra o seu cônjuge, B, nos termos do n.º 7 do art.º 931.º do CPC, a fixação dum regime provisório quanto à utilização da casa de morada da família, bem como essa mesma utilização lhe viesse a ser atribuída.

Na sentença proferida, tendo em conta que resultava da factualidade provada que o réu não dispunha de outra habitação que não fosse a casa de morada de família e desse modo sendo lhe satisfeita a necessidade de habitação, julgou improcedente o pedido da A e procedente o de B, atribuindo a este o direito à utilização exclusiva da casa de morada da família.

Inconformada, veio a A interpor recurso de apelação, tendo o Tribunal da Relação procedido às alterações da matéria de facto, considerando provado que a recorrente padecia de depressão recorrente, e passando para o elenco dos factos provados, aqueles que constavam da acusação do MP no processo-crime de violência doméstica pendente contra o recorrido, e a final confirmado a sentença quanto à utilização da casa de morada de família.

**7.2.** Deferindo a reclamação apresentada, foi admitido o recurso de revista pelo Supremo, e tendo a autora junto ao processo certidão de trânsito do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra que manteve a sentença que condenou réu pela prática, contra a autora, e no domicílio comum, do crime de violência doméstica (na pena de 3 anos de prisão, e de um crime de detenção de arma proibida, na pena de 4 meses de prisão – em cúmulo jurídico na pena de 3 anos e 2 meses de prisão com execução suspensa subordinada a regime de prova)

foi proferido acórdão que concedeu a revista adjudicando, a título provisório, a casa de morada de família à autora.

**7.2.1.** No enquadramento jurídico, entendeu o Supremo que na falta de um critério legal específico para a atribuição do uso da casa de morada de família a um dos cônjuges ou ex-cônjuges, seriam de ponderar, com as devidas adaptações, os critérios normativos previstos nos artigos 1105.º e 1793.º, ambos do Código Civil, fundando-se na ponderação de um conjunto de fatores, como as necessidades dos cônjuges, os interesses dos filhos e outros fatores relevantes, entre os quais a jurisprudência incluía, para além dos rendimentos de cada um deles, o estado de saúde dos cônjuges, a idade, a possibilidade de arranjar trabalho, a (im)possibilidade de um dos cônjuges dispor de outra casa em que pudesse residir sem beneficiar da mera tolerância de terceiros e o comportamento pretérito daqueles no que dizia respeito ao cumprimento dos seus deveres conjugais.

Tais critérios eram aplicáveis à fixação de um regime provisório quanto à utilização da casa de morada da família, visto que, as razões justificativas dos critérios— a proteção do cônjuge mais fraco e carenciado — procediam, porque a providência assumia uma natureza antecipatória, atribuindo, embora transitoriamente, o mesmo efeito jurídico da atribuição definitiva da casa.

A aparente ausência de critérios legais para a atribuição provisória da casa de morada de família, nunca poderia conduzir a que se beneficiasse o cônjuge que obtinha uma situação de facto de permanência na casa de morada de família, por exemplo, porque expulsara o outro cônjuge de casa ou praticara atos de violência contra o outro, levando-o a ter de sair da casa.

Em conformidade, concluiu o Supremo que da formulação legal não resultava qualquer impedimento a que se considerasse como fator de decisão, em combinação com outros, a acusação (*maxime*, condenação) de um dos cônjuges por violência doméstica contra o outro. Assim, em situações de violência doméstica demonstrada no processo, o juiz deveria decidir atribuir a casa de morada de família, provisória e oficiosamente, ao cônjuge vítima, sempre que tal solução se mostrasse adequada e não colocasse a vítima em maior risco.

**7.2.2.** Com vista à formulação do juízo final, o Supremo averiguou de forma comparativa a situação patrimonial de cada um dos cônjuges, a autora auferindo uma pensão de reforma de 329,15 euros mensais, e o réu tendo um rendimento superior a 400 euros a que acrescia um valor não apurado de rendimento proveniente de uma atividade empresarial ligada à venda de lenha.

A autora padecia de uma depressão recorrente, após a saída da casa de morada de e família, para fugir a ameaças de morte, fora viver para um apartamento de tipologia T1, bem comum dos cônjuges, que estes tinham arrendado à filha, enquanto o réu continuara a residir na casa de morada de família, depois da separação do casal, provocada pela prática de factos integradores do tipo legal de violência doméstica contra a mulher, que culminaram na sua condenação no processo-crime.

Assim, no concerne ao conceito de necessidade, verificava-se quanto aos rendimentos líquidos mensais dos cônjuges, que a autora apresentava uma situação deficitária. Eram ambas pessoas idosas e a autora padecia de uma depressão recorrente e fora vítima de violência doméstica durante a constância de um casamento longo. Segundo a matéria de facto provada, desde o início do casamento que o réu era agressivo com a mulher e maltratan-

do-a física e psicologicamente, inclusive durante a gravidez, para além de lhe bater com um cinto e de a ameaçar várias vezes de morte, tendo sido uma dessas ameaças que a forçou a sair de casa.

Não podia assim entender-se que o marido se encontrava numa situação de maior necessidade do que a autora, no que à utilização da casa de morada de família dizia respeito, quer no plano económico, porque a autora auferia de menores rendimentos, quer no plano psicológico, porque foi vítima de violência doméstica durante cerca de 50 anos e padecia de uma depressão recorrente.

Por outro lado, não colhia, em sentido diverso, o argumento pragmático segundo o qual, residindo a autora com a filha num apartamento, bem comum do casal, a sua necessidade de habitação estava resolvida, precisando o marido de viver na casa de morada da família porque não se relacionava com a filha a quem o casal tinha arrendado o imóvel.

Tal casa era de ambos os cônjuges e qualquer um deles pode viver nela, podendo até o réu rescindir o contrato de arrendamento celebrado com a filha, caso necessitasse da casa para habitação própria, a que acrescia ser a filha que tinha, legalmente, o gozo exclusivo do imóvel, vivendo a autora ali, por tolerância, além do imóvel não ter condições para que nele vivessem duas pessoas, tendo a filha procedido à declaração de denúncia do contrato de arrendamento, nada impedindo o réu de utilizar essa casa para sua habitação. Aliás, por isso, a filha tinha já procedido à declaração de denúncia do contrato de arrendamento, nada impedindo o réu de utilizar essa casa para sua habitação.

A necessidade da autora, no plano material, era ligeiramente superior em relação à necessidade do marido, e, ainda que assim não se avaliassem os factos, a circunstância de ser vítima de violência doméstica criava só por si uma situação de maior necessidade.

A Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, de 11 de maio de 2011, conhecida por Convenção de Istambul, constituindo um marco na consciencialização de que a violência de género e a violência doméstica constituíam uma grave e intolerável violação dos direitos humanos fundamentais e do princípio da igualdade entre homens e mulheres, impõe a Convenção aos Estados o dever positivo de proteção das vítimas de violência doméstica e a garantia dos seus direitos humanos fundamentais, não só em matéria criminal, mas também em matéria cível (direitos familiares pessoais e patrimoniais), devendo as normas do Código Civil ser objeto de uma interpretação conforme aos objetivos desta Convenção.

Tem sido reconhecido que o sistema de proteção que obriga as mulheres vítimas de violência doméstica a sair de casa assume uma repercussão negativa na recuperação psicológica das vítimas em relação aos traumas vividos, bem como cria ruturas no seu projeto de vida. Para fazer face a este resultado, as ordens jurídicas europeias têm evoluído progressivamente de um sistema centrado na retirada da vítima da sua residência para o afastamento do agressor da casa de morada de família.

Em consequência, a Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto, veio alargar a proteção das vítimas de violência doméstica, ampliando a medida de coação prevista no artigo 31.º, n.º 1, al. c), da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, de forma a incluir não só a obrigação de o arguido « [n]ão permanecer nem se aproximar da residência onde o crime tenha sido cometido, onde habite a vítima ou que seja casa de morada da família», mas também a possibilidade de impor ao arguido da “obrigação de abandonar”», estipulando o n.º 2 do preceito que o ali disposto mantém a sua relevância mesmo nos

casos em que a vítima tenha abandonado a residência em razão da prática ou de ameaça séria do cometimento do crime de violência doméstica.

A unidade do sistema jurídico impõe que o direito penal e o direito da família não sejam vistos como compartimentos estanques e que, pelo contrário, existam vasos comunicantes entre estes ramos do direito porque se dirigem a regular a mesma realidade – a vida de uma família com história de violência doméstica.

Não faz sentido que no processo-crime a vítima de violência doméstica seja protegida por ser o sujeito mais frágil e que o processo cível atribua esse estatuto de necessidade ao agressor e retire a proteção devida à vítima, que, no caso vertente, até auferir rendimentos inferiores aos do marido.

A influência do crime de violência doméstica na determinação do grau de necessidade da autora não consistia em qualquer consequência automática da sentença de condenação proferida no processo-crime, ou qualquer dupla punição do réu, mas tão-só o resultado da interpretação teleológica e sistemática do conceito de necessidade utilizado nas normas de direito da família aplicáveis ao caso.

**7.3.** Em nota, mostram-se amplamente referenciados os elementos jurisprudenciais e doutrinários no sentido do entendimento prosseguido.

## II – Nótula processual:

### 1. *Competência internacional dos tribunais portugueses*

#### 1.1. *Processo n.º 1489/23.5T8BRR.L1-A.S1, Acórdão de 04.07.2024*

Os Tribunais portugueses são internacionalmente incompetentes para apreciação de ação para a regulação das responsabilidades parentais relativas

a uma criança que, na companhia da sua mãe, com o consentimento do seu pai, foi viver para a Alemanha, em 01 de Setembro de 2022, onde frequenta a escola, por aplicação do art.º 7.º do Regulamento UE 2019/1111, do Conselho de 25.06.2019, 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 reformulou o Regulamento 2201/2003, do Conselho, de 27.11. 2003.

#### 1.2. *Processo n.º 1450/18.1T8AMD-E.L1.S1, Acórdão de 31.10.2024*

Tendo o menor sido deslocado de Portugal para outro país e aí tendo adquirido residência habitual, cabia à progenitora, ante a decisão que aplicou à criança uma medida de promoção e proteção de acolhimento institucional, provar que tal deslocação não violou o direito de guarda, por ter sido anterior à mencionada decisão.

Não o tendo logrado fazer, ao abrigo do art.º 10 do Regulamento n.º 2201/2003, aplicável aos autos, a competência para apreciar o pendente processo de promoção e proteção não se transferiu para os tribunais da nova residência habitual da criança, pelo que os tribunais portugueses são internacionalmente competentes para apreciar as questões suscitadas no âmbito de tal processo.

## 2. *Competência material*

#### *Processo n.º 5034/23.4T8ALM.L1.S1., Acórdão de 04.07.2024*

Os juízos de família e menores não são competentes, em razão da matéria, para conhecer do procedimento cautelar em que um dos membros da união de facto, no caso da morte do outro membro da união de facto proprietário da casa de morada de

família, requer as medidas adequadas a assegurar a efetividade do direito real de habitação, relativa à mesma e do direito ao uso do seu recheio.

### **3. Admissibilidade de recurso**

**Processo n.º 1977/21.8T8BRR-A.L1.S1.,  
Acórdão de 17.10.2024**

A decisão que, em processo de jurisdição voluntária, fixa o regime de visitas segundo critérios de conveniência e oportunidade, atendendo às particularidades da vida da requerente e do requerido, bem como ao interesse das crianças, não é suscetível de revista.



## Jurisprudência

### SUMÁRIOS DOS ACÓRDÃOS DO STJ

*Seleção de sumários de acórdãos proferidos pelas secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça relevantes para o Direito da Família\* (2.º semestre de 2024)\*\**

#### JULHO

##### Acórdão de 04-07-2024

Revista n.º 1489/23.5T8BRR.L1-A.S1

Relator: Ana Paula Lobo – 2.ª secção

Link: <https://juris.stj.pt/1489%2F23.5T8BRR.L1-A.S1/0W5qijKdgHEwG67AwCA-4CxNZNSQ?search=FFmComx4huDt-FOicRug>

Palavras-chave: Competência internacional; Competência nacional; Regulação do exercício das responsabilidades parentais; Residencial habitual; Regulamento (CE) 2201/2003; Domicílio; Residência habitual; Interesse superior da criança; Proteção da criança; Exceção dilatória; Tribunal competente

##### Sumário:

Tendo sido alegado na petição inicial, apresentada em 01-04-2024, que a menor, na companhia

\* 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 Juizes Assessores Rui Machado, Ana Luísa Dias, Joana Salvador, Carolina Girão e Sofia Rodrigues.

da sua mãe, com o consentimento do seu pai, aqui recorrente, foi viver para a Alemanha em 01-09-2022, onde frequenta a escola, por aplicação do art. 7.º do Regulamento UE 2019/1111, do Conselho de 25-06-2019, 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 reformulou o Regulamento n.º 2201/2003, do Conselho, de 27-11-2003, aplicável à situação em apreço nos autos face às regras de hierarquia das leis e ao disposto no art. 59.º do CPC, a competência para conhecimento da presente acção está adstrita aos tribunais alemães, por nesse Estado-Membro ter a menor a sua residência.

##### Acórdão de 04-07-2024

Revista n.º 5034/23.4T8ALM.L1.S1 – 2.ª Secção

Relator: Emídio Santos

Link: <https://juris.stj.pt/5034%-2F23.4T8ALM.L1.S1/477m0qS-r4-ZEwEP5mJTx55wJrYQ?search=7P-tB4ylvC0B43SKbMJ0>

Palavras-chave: Competência material; Procedimentos cautelares; União de facto; Direito de habitação; Direito de uso e habitação; Casa de morada de família; Causa de pedir; Tribunal

de Família e Menores; Juízo cível; Tribunal de competência genérica

### Sumário:

Os juízos de família e menores não são competentes, em razão da matéria, para conhecer do procedimento cautelar em que um dos membros da união de facto requer as medidas adequadas a assegurar a efectividade do direito real de habitação e do direito ao uso do recheio, previstos no art. 5.º, n.º 1, da Lei n.º 7/2001, de 11-05.

### Acórdão de 04-07-2024

Revista n.º 2702/15.8T8VNG-C.P1.S3 – 2.ª Secção

Relator: Isabel Salgado

Link: [https://juris.stj.pt/2702%2F15.8T8VNG-C.P1.S3/yF3Fn8ev-QHaW-g1xkXnihwL5DIE?search=fdwvr-zMzwS7Xli\\_E-k](https://juris.stj.pt/2702%2F15.8T8VNG-C.P1.S3/yF3Fn8ev-QHaW-g1xkXnihwL5DIE?search=fdwvr-zMzwS7Xli_E-k)

Palavras-chave: Matéria de facto; Poderes do Supremo Tribunal de Justiça; Livre apreciação da prova; Processo de promoção e proteção; Medida de confiança com vista à futura adoção; Interesse superior da criança; Filiação biológica; Progenitor; Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo; Responsabilidades parentais; Princípio da proporcionalidade; Princípio da atualidade

### Sumário:

I – A mãe da criança beneficiou de sucessivas oportunidades para assumir a maternidade responsável e a construção de condições de vida para assegurar a confiança da filha; não tendo logrado inverter o quadro inicial de perigo para a menor, durante seis anos, não se antevê provável que tal suceda no futuro.

II – Não pode o tempo da menor, que “não é o tempo dos adultos”, parar até que a mãe altere o seu padrão de vida, sem a sujeitar à permanente instabilidade, ou à revelada incapacidade parental para constituir uma família que integre e proteja a filha.

III – Na adopção, em ordem à satisfação do interesse superior da criança, na articulação entre a preservação da criança em perigo no seio da família biológica e o princípio da prevalência da família, terá este de ceder quando se configurar situação em que os progenitores, por acção ou omissão, colocam em causa e fazem perigar a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o são desenvolvimento da criança.

### Acórdão de 09-07-2024

Revista n.º 2150/22.3T8TVD.L1.S1 – 1.ª Secção

Relatora: Maria Clara Sottomayor

Link: <https://juris.stj.pt/2150%2F22.3T8TVD.L1.S1/2CCgRZPvmGXRRZVRdRmZ-cHoNgDU?search=0tkn4gX9n2EFwPw1vTs>

Palavras-chave: Homicídio; Progenitor; Doença mental; Inimputabilidade; Capacidade sucessória; Indignidade; Aceitação da herança; Abuso do direito; Pressupostos; Bons costumes; Ordem pública; Analogia; Absolvição crime; Direito à vida; Princípio da igualdade; Constitucionalidade

### Sumário:

I – O art. 2034.º do CC, que consagra um elenco de causas de indignidade sucessória, não admite uma analogia livre, mas uma analogia mais limitada, a partir de algumas das causas previstas na lei. Por outras palavras, é permitida analogia *legis*, mas não a analogia *iuris*.

II – Estamos perante uma questão de direito civil, de pendor marcadamente ético e moral, não sendo, portanto, aplicável, no domínio da indignidade sucessória, o princípio de direito penal da proibição da analogia *in mala partem*, ou seja, contra o autor do delito. É que, enquanto no direito penal estamos perante a tutela dos direitos dos cidadãos em face do poder punitivo do Estado através da aplicação de medidas restritivas da liberdade, no regime da indignidade sucessória apenas se nega a concretização de uma expectativa de herdar.

III – A aplicação analógica surge como desajustada à solução do caso concreto, já que a absolvição do agente do crime de homicídio, por ausência de culpa, em virtude de inimputabilidade, não é semelhante à condenação de indivíduo imputável por homicídio doloso.

IV – A solução de ser o julgador a criar uma norma *ad hoc* elaborada dentro do espírito do sistema, nos termos do art. 10.º do CC, é sempre delicada por constituir uma atividade semelhante à legislativa.

V – Assim, resta apreciar o caso destes autos à luz da figura do abuso do direito, consagrada no art. 334.º do CC e que tem contornos estritamente objetivos, não sendo exigível a intenção do agente ou qualquer juízo de censurabilidade sobre a sua conduta.

VI – Para a determinação da existência de abuso do direito o que importa é analisar o resultado decorrente da conduta, perante os valores e princípios jurídicos vigentes, e não a conduta em si mesma.

VII – Atua em abuso do direito, por violação dos limites impostos pelos bons costumes, o sujeito inimputável que, sem capacidade de culpa jurídico-criminal, atentou contra a vida do pai e da irmã, e vem depois, sem qualquer limitação da sua capacidade civil, reclamar o direito à herança, decorrente do seu estatuto de herdeiro legítimo único.

VIII – O exercício do direito a herdar os bens de uma pessoa que o herdeiro matou choca aos sentimentos mais profundos da generalidade das pessoas, repugnando à consciência jurídica e ética que uma pessoa possa ter um lucro como efeito legal de uma morte por si causada, ainda que sem capacidade de culpa jurídico-criminal.

IX – Admitir esta possibilidade seria contrariar o princípio normativo e constitucional da tutela absoluta do direito à vida (art. 24.º da Constituição), que constitui também um princípio de ordem pública.

## SETEMBRO

### Acórdão de 17-09-2024

Revista n.º 3431/23.4T8VCT.G1.S1 – 1.ª Secção

Relator: Nelson Borges Carneiro

Link: <https://juris.stj.pt/3431%2F23.4T8VCT.G1.S1/gNrQJYpfobXR4AsnhqLS5FT-JmMk?search=fvC0Oy7nlDq-KCZWYuA>

Palavras-chave: Adoção; Pressupostos; Interpretação da lei; Confiança judicial de menores; Medida de confiança com vista à futura adoção; Entrega de menor a terceiro; Critérios de seleção; Interesse superior da criança

### Sumário:

I – A adoção assenta numa verdade afetiva e psicológica, distinta da verdade biológica, em que se funda o parentesco.

II – Podem ser adotadas todas as crianças que tenham sido confiadas administrativamente ou por meio de aplicação da medida de proteção de confiança com vista a futura adoção (tenha essa con-

fiança sido feita a uma instituição ou a uma pessoa selecionada para a adoção).

III – O tribunal está impedido de declarar constituído o vínculo da adoção quando inexistir uma declaração de adotabilidade (no âmbito de um processo judicial de promoção e proteção ou de prévia decisão de confiança administrativa).

IV – Apesar da inexistência de uma decisão não formalizada de confiança em vista da adoção, ao ter elaborado um “Relatório de Acompanhamento e Avaliação da Pré-Adoção”, onde concluiu pela adoção da criança como seu projeto de vida, a segurança social supriu *a posteriori* essa falta da decisão de confiança administrativa.

V – O primado da continuidade das relações psicológicas profundas e o princípio da prevalência da família que urge respeitar na aplicação das normas referentes ao direito da família, seriam, sem justificação, obnubilados se, com base numa interpretação literal das normas constantes do RJPA, não se reconhecesse que, por via da atuação que a segurança social teve na situação, ao elaborar o “Relatório”, se possa considerar ter havido uma confiança administrativa, a qual foi suprida posteriormente por esta via.

### Acórdão de 19-09-2024

Revista n.º 315/23.0T8PTM.E1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Maria da Graça Trigo

Link: <https://juris.stj.pt/315%2F23.0T8PTM.E1.S1/rZgoUdlc8l2LBhLCH4iil-qO-k1E?search=9XkteQBw7rXKIGPNeeA>

Palavras-chave: Processo de promoção e proteção; Medida de confiança com vista à futura adoção; Pressupostos; Interesse superior da criança; Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo; Fi-

liação biológica; Nulidade de acórdão; Omissão de pronúncia

### Sumário:

Confirma-se que, em face da factualidade dada como provada, o interesse da criança impõe, por verificação da previsão do art. 1978.º, n.º 1, als. d) e e), e n.º 3, do CC, que se lhe aplique, a seu favor, a medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção, prevista no art. 35.º, n.º 1, al. g), da LPCJP.

### Acórdão de 19-09-2024

Revista n.º 988/21.8T8TMR.E1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Paula Leal de Carvalho

Link: <https://juris.stj.pt/988%2F21.8T8TMR.E1.S1/OO13Jm9kyhrPfJmZf3oxkR-TX8?search=9aWVncZ3jr1MC4MtmM0>

Palavras-chave: Inventário; Partilha da herança; Cabeça de casal; Liberalidade; Ónus da prova; Junção de documento; Notificação; Princípio inquisitório; Princípio da verdade material; Dever de gestão processual; Princípio da cooperação; Nulidade de acórdão; Nulidade processual; Erro de julgamento; Baixa do processo ao tribunal recorrido

### Sumário:

I – No processo de inventário destinado a fazer cessar a comunhão hereditária (arts. 1097.º e ss. do CPC), é ao interessado na relação do bem, ainda que cabeça de casal, que compete, nos termos do art. 342.º, n.º 1, do CC, o ónus da prova da existência de liberalidades concedidas pelo inventariado a favor de outros interessados (e não ao alegado beneficiário da liberalidade o ónus da

prova de que a mesma não existiu).

II – Tendo a cabeça de casal, não beneficiária das alegadas liberalidades, protestado juntar, na relação de bens, prova documental da existência das mesmas e não tendo sido previamente proferida decisão a determinar ou a fixar prazo para essa junção, tendo em conta, designadamente, a conjugação do disposto nos arts. 1100.º, n.º 1, al. a), 1102.º, n.º 2, 1105.º, n.º 3, 1109.º, n.º 3, 1110.º, n.º 1, al. a), e 411.º do CPC, e os princípios da descoberta da verdade material (com vista à justa composição do litígio) e do inquisitório e, bem assim, do dever de gestão processual previsto no art. 6.º, e do princípio da cooperação a que se reporta o art. 7.º, n.º 1, ambos do CPC, não poderá ser proferida decisão de exclusão das verbas n.os 8 e 9, da relação de bens (onde estão relacionadas as invocadas liberalidades) sem que tivesse sido previamente apreciada, em sede de decisão da matéria de facto, a eventual existência (ou não) das liberalidades ali invocadas e, para tanto, sem que tivessem sido levadas a cabo as necessárias diligências probatórias, mormente as relativas aos documentos que a cabeça de casal, ora recorrente, havia protestado juntar.

## OUTUBRO

### Acórdão de 03-10-2024

Revista n.º 3862/21.4T8VCT.G1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Catarina Serra

Link: <https://juris.stj.pt/3862%2F21.4T6VCT.G1.S1/ZGXuyrWJSi1G1nO4YAKPp-gle-eQ?search=VvRPsWBAP93LRv-VWPX8>

Palavras-chave: Processo de promoção e proteção; Medida de confiança com vista à futura adoção; Interesse superior da criança; Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo; Abandono de menor; Filiação biológica; Progenitor; Inibição do exercício das responsabilidades parentais; Processo de jurisdição voluntária; Violação de lei; Admissibilidade de recurso; Revista excecional

### Sumário:

I – Verificadas as hipóteses descritas nas als. c), d) e e) do n.º 1 do art. 1978.º do CC, não pode deixar de aplicar-se, para benefício do interesse da criança, a medida de confiança com vista a futura adopção, prevista no art. 35.º, n.º 1, al. g), da LPCJP.

II – O conceito normativo de “abandono” referido na al. c) do n.º 1 do art. 1978.º do CC, não implica deixar para trás a criança em algum lugar e desaparecer, bastando-se com a indiferença ou a passividade em relação à sorte quotidiana da criança.

III – A colocação da criança em perigo grave, prevista na al. d) do n.º 1 do art. 1978.º do CC, não necessita de ser imputável a razões de incapacidade, podendo muito bem ficar a dever-se a mera falta de vontade e traduzir-se na passividade dos pais perante os riscos a que possa vir a ficar exposta a criança.

IV – O manifesto desinteresse pelo filho durante o período que precede o pedido de confiança, referido na al. e) do n.º 1 do art. 1978.º do CC, não pressupõe uma completa ausência de contactos dos pais com o seu filho, podendo manifestar-se na falta de empenho dos pais na criação ou manutenção de uma relação afectiva estável com o seu filho e na conquista da sua confiança.

**Acórdão de 17-10-2024**

Revista n.º 346/23.0T8FIG.C1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Ana Paula Lobo

Link: <https://juris.stj.pt/346%2F23.0T8FIG.C1.S1/fjyY6GL94MEjPMozFD1XnLh4B-cM?search=x9Q9mWoDGixdJXOu6Zk>

Palavras-chave: União de facto; Direito de uso e habitação; Casa de morada de família; Norma imperativa

**Sumário:**

A extensão temporal do direito de uso e habitação, posto que provada a união de facto, está estabelecida por lei (art. 5.º, da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio), não dispondo o julgador de qualquer margem de discricionariedade para a determinar.

**Acórdão de 17-10-2024**

Revista n.º 1790/22.5T8TMRB.E1.S1 – 2.ª Secção

Relator: Fernando Baptista

Link: <https://juris.stj.pt/1790%2F22.5T8TMRB-E1.S1/J4L0r9QpY90B0nbHxosV0h92qtI>

Palavras-chave: Reclamação para a conferência; Acórdão; Inadmissibilidade; Regulação do exercício das responsabilidades parentais; Regime provisório; Progenitor; Processo tutelar; Processo de jurisdição voluntária; Pressupostos; Interesse superior da criança; Factos supervenientes; Residências alternadas

**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 a revisão do regime provisório de regulação das responsabilidades parentais que havia sido fixado, na parte em que estabeleceu a residência alternada do menor com os seus progenitores, 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 17-10-2024**

Revista n.º 1977/21.8T8BRR-A.L1.S1 – 6.ª Secção

Relatora: Maria Olinda Garcia

Link: <https://juris.stj.pt/1977%2F21.8T8BRR-A.L1.S1/7UGmMaY1P3WGHyUeY-Tp967M9C0s?search=-XVTp0FhYig3j7D-1qvc>

Palavras-chave: Regulação do exercício das responsabilidades parentais; Admissibilidade de recurso; Despacho do relator; Critérios de conveniência

e oportunidade; Processo de jurisdição voluntária; Arguição de nulidades; Nulidade de acórdão; Inadmissibilidade; Nulidade de acórdão

### Sumário:

A decisão que, em processo de jurisdição voluntária, fixa o regime de visitas segundo critérios de conveniência e oportunidade, atendendo às particularidades da vida da requerente e do requerido, bem como ao interesse das crianças, não é suscetível de revista, nos termos do art. 988.º, n.º 2, do CPC.

### Acórdão de 29-10-2024

Revista n.º 431/19.2T8AND.P1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Ferreira Lopes

Link: [https://juris.stj.pt/431%2F19.2T8AND.P1.S1/R6kZ-z\\_561b9aNei0sDt7RA\\_Gkg?-search=EBYJwqTV1na58fbsfx](https://juris.stj.pt/431%2F19.2T8AND.P1.S1/R6kZ-z_561b9aNei0sDt7RA_Gkg?-search=EBYJwqTV1na58fbsfx)

Palavras-chave: Inventário; Separação de meações; Partilha dos bens do casal; Bens comuns do casal; Conta solidária; Depósito bancário; Separação de facto; Cônjuge; Propositura da ação; Divórcio; Efeitos do divórcio; Data; Administração dos bens dos cônjuges

### Sumário:

I – Integram o património comum do (ex)casal, com vista à partilha subsequente ao divórcio, não apenas os bens existentes à data da propositura da acção, mas também aqueles bens que ao património comum devem ser conferidos por um dos ex-cônjuges, como se extrai do art. 1689.º, n.º 1, do CC.

II – Uma coisa é o momento a partir do qual se produzem os efeitos do divórcio (propositura da acção), e ao qual a partilha uma vez realizada po-

derá retroagir, outra bem diferente é a natureza do património comum que só termina com a partilha dos bens comuns.

III – Em obediência a tal princípio, deve ser relacionada como bem comum a quantia depositada em duas contas solidárias que um dos ex-cônjuges levantou em proveito próprio, no mês anterior à propositura da acção.

### Acórdão de 29-10-2024

Revista n.º 145/21.3T8STB.E1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Nuno Pinto Oliveira

Link: [https://juris.stj.pt/145%2F21.3T8STB.E1.S1/UMm9VVIN2Qgx0UdbJy\\_K1449s-to?search=f\\_q65ZfoBGjZera5UuY](https://juris.stj.pt/145%2F21.3T8STB.E1.S1/UMm9VVIN2Qgx0UdbJy_K1449s-to?search=f_q65ZfoBGjZera5UuY)

Palavras-chave: Processo de promoção e proteção; Medida de confiança com vista à futura adoção; Inibição do exercício das responsabilidades parentais; Filiação biológica; Interesse superior da criança; Pressupostos; Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo; Responsabilidades parentais; Princípio da proporcionalidade

### Sumário:

Sempre que os factos demonstrem a falta de capacidade do(s) progenitor(es) para assumir plenamente o seu papel de pais da criança é de concluir que não existem ou que estão seriamente comprometidos os vínculos afectivos próprios da filiação.

**Acórdão de 31-10-2024**

Revista n.º 1450/18.1T8AMD-E.L1.S1 – 2.ª Secção

Relatora: Maria da Graça Trigo

Link: <https://juris.stj.pt/1450%2F18.1T8AMD-E.L1.S1/pyW0F9Qw7Yr7HWdHG29Q2q-CZeu8?search=EmLntSmwe9sgCeRqJk>

Palavras-chave: Processo de promoção e protecção; Competência internacional; Rapto internacional de menores; Convenção de Haia; Medida de promoção e protecção; Acolhimento residencial; Regulamento (CE) 2201/2003; Residência habitual; Tribunal de Justiça da União Europeia; Direito da União Europeia; Direito de guarda de menores; Responsabilidades parentais; Ónus da prova; Decisão surpresa; Princípio do contraditório; Nulidade processual; Processo de jurisdição voluntária; Critérios de conveniência e oportunidade; Legalidade; Admissibilidade de recurso; Nulidade do acórdão; Arguição de nulidades; Excesso de pronúncia; Falta de fundamentação

**Sumário:**

I – Tendo o menor sido deslocado de Portugal para outro estado-membro da UE, e tendo adquirido residência habitual neste país, cabia à recorrente progenitora, ante a decisão que aplicou à criança uma medida de promoção e protecção de acolhimento institucional, provar que tal deslocação não violou o direito de guarda, por ter sido anterior à mencionada decisão; cabia igualmente à recorrente demonstrar que a criança residia nesse estado-membro há, pelo menos, um ano após a data em que o tribunal tomou conhecimento do paradeiro da criança, encontrando-se esta integrada no seu novo ambiente, assim como a prova da verificação de qualquer uma das condições previstas na al. b), do art. 10.º, do Regulamento n.º 2201/2003.

II – Não tendo a recorrente logrado cumprir o ónus da prova que lhe incumbia, não se poderá concluir, à luz do art. 10.º do Regulamento n.º 2201/2003, que a competência para apreciar o presente processo de promoção e protecção se haja transferido para os tribunais da nova residência habitual da criança pelo que os tribunais portugueses são internacionalmente competentes para apreciar as questões suscitadas no âmbito do presente processo judicial de promoção e protecção, enquanto tribunais do estado onde o menor residia habitualmente imediatamente antes da deslocação ilícita.

**NOVEMBRO****Acórdão de 12-11-2024**

Revista n.º 4184/21.6T8AVR.P1.S1 – 6.ª Secção

Relatora: Amélia Alves Ribeiro

Link: <https://juris.stj.pt/4184%-2F21.6T8AVR.P1.S1/MR9H2aJL-99v-6Uw2yQ413XcQfiU?search=EMU-DwXna0SC1rdERKmc>

Palavras-chave: Casa de morada de família; Pedido; União de facto; Direito ao arrendamento; Arrendamento para habitação; Processo de jurisdição voluntária; Poderes do Supremo Tribunal de Justiça; Proprietário

**Sumário:**

Não havendo *pedido* de constituição judicial de arrendamento, não se pode dar por preenchida a exigência que permite lançar mão do art. 1793.º do CC e atribuir gratuitamente a casa de morada de família ao requerido não proprietário.

**Acórdão de 12-11-2024**

Revista n.º 2695/23.8T8PTM.E1.S1 – 6.ª Secção

Relator: Luís Correia de Mendonça

Link: [https://juris.stj.pt/2695%2F23.8T8PTM.E1.S1/6nX\\_p9DfeolYVmhTk0b8GrkRu-  
qk?search=-Xm4q\\_eUnGz6AkOtXkU](https://juris.stj.pt/2695%2F23.8T8PTM.E1.S1/6nX_p9DfeolYVmhTk0b8GrkRu-<br/>qk?search=-Xm4q_eUnGz6AkOtXkU)

Palavras-chave: Rapto internacional de menores; Interesse superior da criança, Convenção de Haia; Progenitor; Autorização; Residência habitual; Responsabilidades parentais; Recusa

**Sumário:**

O interesse superior do menor é o elemento essencial de todo o sistema normativo de responsabilidade parental e, por isso, deve ser a consideração primordial a levar em conta, no momento de sopesar os diferentes interesses – do menor, dos progenitores e da sociedade – quando se trate de decidir sobre o regresso do menor ao país de onde foi deslocado

**Acórdão de 14-11-2024**

Revista n.º 1352/21.4T8MTS.P1.S1 – 7.ª Secção

Relator: Nuno Pinto Oliveira

Link: [https://juris.stj.pt/1352%-  
2F21.4T8MTS.P1.S1/uuseLy-  
v-Gem8IUeqzZ8Cucs8Ci4?search=dT-  
gihhiTVte\\_G4aAe-g](https://juris.stj.pt/1352%-<br/>2F21.4T8MTS.P1.S1/uuseLy-<br/>v-Gem8IUeqzZ8Cucs8Ci4?search=dT-<br/>gihhiTVte_G4aAe-g)

Palavras-chave: Tribunal Constitucional; Acórdão; Força vinculativa; Perfilhação; Impugnação de paternidade; Direito ao nome; Ónus de alegação; Ónus da prova; Tutela da personalidade; Baixa do processo ao tribunal recorrido

**Sumário:**

As decisões do TC são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as dos restantes tribunais e de quaisquer outras autoridades.

**Acórdão de 26-11-2024**

Revista n.º 54/22.9T8PRT.P1.S1 – 1.ª Secção

Relator: Henrique Antunes

Link: [https://juris.stj.pt/54%2F22.9T8PRT.P1.S1/U4gyqI8Ucp3GYi8QmWgXbfKc-  
J0o?search=BlyZJesxhYDVnclgg7k](https://juris.stj.pt/54%2F22.9T8PRT.P1.S1/U4gyqI8Ucp3GYi8QmWgXbfKc-<br/>J0o?search=BlyZJesxhYDVnclgg7k)

Palavras-chave: União de facto; Enriquecimento sem causa; Compropriedade; Causa justificativa; Doação; Trabalho doméstico; Admissibilidade de recurso; Reapreciação da prova; Impugnação da matéria de facto; Poderes do Supremo Tribunal de Justiça; Livre apreciação da prova

**Sumário:**

I – As relações patrimoniais das pessoas unidas de facto estão sujeitas ao regime geral ou comum das relações obrigacionais e reais.

II – A composição dos interesses patrimoniais conflituantes dos membros da união de facto, conseqüente à sua extinção, deverá assentar no instituto do enriquecimento sem causa, que disponibiliza uma tutela adequada àquela composição.

III – O princípio da correcta ordenação jurídica dos bens exige que um benefício atribuído em função ou em consideração de um dado estado ou qualidade deva ser restituído uma vez cessado aquele estado ou extinta esta qualidade.

IV – O desaparecimento da causa jurídica – a união de facto – à sombra da qual foi realizada, por

um dos membros ao outro, uma prestação, dá lugar ao enriquecimento injustificado do beneficiário dessa prestação, determinante da constituição, a favor do empobrecido, de uma pretensão dirigida à restituição desse enriquecimento.

### Acórdão de 26-11-2024

Revista n.º 4188/22.1T8VIS-B.C1.S1 – 1.ª Secção

Relatora: Maria Clara Sottomayor

Link: [https://juris.stj.pt/4188%2F22.1T8VIS-B.C1.S1/x5kz4XnsG\\_Bp3ZincOz4MUUY1U-x8?search=iEnywcKuj3MpxsqH9e4](https://juris.stj.pt/4188%2F22.1T8VIS-B.C1.S1/x5kz4XnsG_Bp3ZincOz4MUUY1U-x8?search=iEnywcKuj3MpxsqH9e4)

Palavras-chave: Casa de morada de família; Presupostos; Necessidade de casa para habitação; Interpretação da lei; Bens comuns do casal; Ex-cônjuge; Violência doméstica; Condenação

### Sumário:

I – Os critérios legais para decidir da atribuição provisória da casa de morada de família (art. 931.º, n.º 7, do CPC), bem comum dos cônjuges, até à sua venda ou partilha, nos casos de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, convertido em mútuo consentimento, são os mesmos que regem a decisão quanto ao destino da casa de morada de família, nos termos conjugados dos arts. 1793.º e 1105.º, ambos do CC.

II – Estes critérios fundamentam-se na ponderação de um conjunto de fatores, como as necessidades dos cônjuges, os interesses dos filhos e outros fatores relevantes, entre os quais a jurisprudência inclui, para além dos rendimentos de cada um deles, o estado de saúde dos cônjuges, a idade, a possibilidade de arranjar trabalho, a (im)possibilidade de um dos cônjuges dispor de outra casa em que possa residir sem beneficiar da mera tolerância

de terceiros e o comportamento pretérito daqueles no que diz respeito ao cumprimento dos seus deveres conjugais (ac. do STJ de 17-12-2019, proferido no proc. n.º 4630/17.3T8FNC-A.L1.S1).

III – O conceito de necessidade assume-se como um conceito amplo que inclui não só aspetos materiais e financeiros, como também as necessidades psíquicas de estabilidade e de segurança das vítimas de violência doméstica.

IV – *In casu*, a autora padece de depressão recorrente e foi vítima de violência doméstica durante 50 anos, conforme consta da acusação do MP e de sentença de condenação transitada em julgado.

V – A cônjuge-mulher, em virtude da sua maior vulnerabilidade económica e psíquica, tem o direito de residir naquela que sempre foi a sua casa de morada de família, contribuindo a circunstância de ter sido vítima de violência doméstica para tornar mais inequívoca e óbvia a sua maior fragilidade e necessidade.

VI – A unidade do sistema jurídico impõe que o direito penal e o direito da família não sejam vistos como compartimentos estanques e que existam vasos comunicantes entre estes ramos do direito porque se dirigem a regular a mesma realidade – a vida de uma família com história de violência doméstica.

VII – Não faz sentido que no processo-crime a vítima de violência doméstica seja protegida por ser o sujeito mais frágil e que o processo cível atribua o estatuto de cônjuge mais necessitado ao agressor, adjudicando-lhe o direito de residir na casa de morada de família até à venda ou partilha.

VIII – O direito, como um todo, não pode tolerar a consolidação de uma situação de facto que teve origem na prática de um crime contra as pessoas com a gravidade da violência doméstica.

**Acórdão de 27-11-2024**

Revista n.º 1467/24.7T8VFX.L1.S1 – 2.ª Secção

Relator: Fernando Baptista

Link: <https://juris.stj.pt/1467%2F24.7T8VFX.L1.S1/re4gARjiCCSvKszKm0DbdBjQr-Q8?search=uMiaLWjLJXMxQFJo8aM>

Palavras-chave: Processo de jurisdição voluntária; Apadrinhamento civil; Interesse superior da criança; Medida de promoção e proteção; Medida de confiança com vista à futura adoção; Princípio inquisitório; Poderes do juiz; Indeferimento liminar; Ónus de alegação; Subsidiariedade; Juízo de probabilidade; Pressupostos; Filiação biológica; Menor; Baixa do processo ao tribunal recorrido

**Sumário:**

I – No âmbito dos processos de jurisdição voluntária – como é o apadrinhamento civil (criado pela Lei n.º 103/2009, de 11-09, vulgo “LAC”) –, o princípio do inquisitório faz-se sentir com particular veemência, impondo-se ao juiz uma conduta proactiva na recolha de prova e apuramento de factos – alegados ou não alegados –, sempre no superior interesse da criança visada.

II – Ou seja, o juiz não está dependente de nenhum ónus de alegação pelos intervenientes, na precisa medida em que pode conhecer officiosamente os factos, quer por investigação própria, quer na sequência de alegação dos interessados.

III – Daí que, estando confiada ao juiz a defesa do interesse da criança visada, a falta ou insuficiência de alegação de factos não pode, por si só e desacompanhada de outros fundamentos, justificar um indeferimento liminar.

IV – A figura do apadrinhamento civil é de aplicação subsidiária, apenas podendo ser aplicada caso não estejam reunidos os pressupostos da confiança com vista à adopção, ou, embora se reúnam em abstracto tais pressupostos, a adopção se mostre, em concreto, inviável.

V – Pode afirmar-se, enfaticamente, que uma criança que possa ser adoptada não deve ser apadrinhada; uma criança que possa ser apadrinhada, não deve ser adotada.

VI – Porém, neste tipo de situações, o ponto de partida – pressuposto incontornável, que permite equacionar uma solução permanente para a criança visada, maxime o seu apadrinhamento civil – é sempre o superior interesse da criança, a pressupor a existência de laços afectivos relevantes.

VII – Pelo que, a inviabilidade da adopção pode colocar-se não ao nível da probabilidade de determinada criança vir a ser adoptada, mas ao nível do seu superior interesse.

VIII – Como tal, pode, em abstracto, revelar-se contrário ao interesse de uma criança a negação da hipótese de ser apadrinhada por uma família com a qual vive, com a qual se identifica, pela qual nutre afecto e com a qual já criou um vínculo consistente.

**Acórdão de 27-11-2024**

Revista n.º 1614/04.5TBESP-E.P1.S1 – 7.ª Secção

Relatora: Maria de Deus Correia

Link: <https://juris.stj.pt/1614%2F04.5TBESP-E.P1.S1/-eAG87ygEM6mACtw0v9WUXOSW>

Palavras-chave: Processo de promoção e proteção; Processo de jurisdição voluntária; Medida de confiança com vista à futura adoção; Admissibilidade de recurso; Recurso de revista; Responsabilidades parentais; Interesse superior da

criança; Progenitor; Interpretação da lei; Critérios de conveniência e oportunidade; Erro de direito; Toxicodependência; Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

### Sumário:

I – Nos processos de jurisdição voluntária justifica-se a supressão do recurso para o STJ estabelecida no art. 988.º, n.º 2, do CPC, face ao facto de as decisões se nortarem por critérios de conveniência e oportunidade, sobrepondo-se aos critérios de legalidade estrita.

II – Porém, quando a impugnação da decisão tem em vista a interpretação e aplicação dos critérios normativos em que se baseou tal decisão, é admissível o recurso de revista.

III – Assim, haverá que ajuizar sobre o cabimento e âmbito da revista das decisões proferidas nos processos de jurisdição voluntária de forma casuística, em função dos respetivos fundamentos de impugnação.

IV – Sempre que os factos demonstrem a falta de capacidade dos progenitores para assumir plenamente as suas responsabilidades parentais, é de concluir que não existem ou que estão seriamente comprometidos os vínculos afectivos próprios da filiação em conformidade com o que dispõe o art. 1978.º do CC.

V – Para se aferir da existência ou do não comprometimento sério dos “*vínculos afectivos próprios da filiação*” para os efeitos da norma do art. 1978.º do CC, não basta ver se existe uma ligação *afectiva* entre os progenitores e a criança; é necessário ainda que essa ligação afectiva se concretize em actos que demonstrem *aptidão* dos progenitores para exercerem plenamente as suas responsabilidades parentais.

## DEZEMBRO

### Acórdão de 10-12-2024

Revista n.º 976/24.2T8GMR-A.G1.S1 – 7.ª Secção  
Relatora: Fátima Gomes

Link: [https://juris.stj.pt/976%2F24.2T8GMR-A.G1.S1/AdPl1d6dG9wsB\\_C6vA6DxtT-clAI?search=GfbxX6UZdPksh13Hx-o](https://juris.stj.pt/976%2F24.2T8GMR-A.G1.S1/AdPl1d6dG9wsB_C6vA6DxtT-clAI?search=GfbxX6UZdPksh13Hx-o)

Palavras-chave: Convenção de Haia; Regulamento (CE) 2201/2003; Entrega judicial de menor; Interesse superior da criança; Rapto internacional de menores; Residência habitual; Guarda de menor; Impugnação da matéria de facto; Fundamentação; Poderes do Supremo Tribunal de Justiça; Admissibilidade de recurso

### Sumário:

I – Quando a Convenção de Haia de 1980, sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças distingue as situações entre as que foram espoletadas regularmente antes do prazo de um ano e as que o foram após o mesmo, há que considerar que o elemento em causa tem a sua razão de ser e é um elemento literal, não despicando; tem motivos válidos para a sua consagração, mesmo quando visto na perspectiva do cidadão comum.

II – Na situação dos autos, o prazo de um ano não tinha sido ultrapassado; qualquer que fosse a interpretação que se desse aos factos segundo a sentença, a deslocação ilícita contar-se-ia de junho de 2023.

III – Se uma criança tiver sido indevidamente deslocada ou retida num Estado Contratante que não seja o da sua residência habitual nos termos do art. 3.º, o tribunal ou a autoridade competente que

aprecia o pedido de regresso tem o dever de ordenar o regresso imediato da criança (art. 12.º, n.º 1).

IV – A Convenção prevê exceções limitadas ao princípio do regresso da criança. Se e quando essas exceções forem invocadas e provadas com êxito, o tribunal do Estado requerido “não está obrigado a ordenar o regresso da criança” ao Estado de residência habitual; por outras palavras, o tribunal poderá exercer o poder discricionário de não ordenar o regresso da criança. Essas exceções constam dos arts. 12.º, n.º 2, 13.º, n.os 1, als. a) e b), 2 e 20.º.

V – A redação do art. 13.º, n.º 1, al. b) deixa claro que a questão é saber se existe um risco grave de que o regresso “sujeite a criança a perigos de ordem física ou psíquica ou, de qualquer outro modo, a coloque numa situação intolerável”.

VI – O conceito de risco deve ser entendido como uma verdadeira e extrema exceção, utilizada apenas em última instância e não como um mecanismo de recusa automática.

VII – Trata-se de um conceito a interpretar restritivamente e ponderadamente, sendo claramente de aplicar a situações de maus tratos comprovados, incluindo abuso sexual ou de outro tipo, regresso a zonas de guerra, fome, ou que não respeitem os direitos humanos, o que não está em causa na situação da França.



## ESTATUTO EDITORIAL

1. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família” é uma publicação periódica semestral, do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que é responsável pela sua orientação científica, bem como pelas restantes obrigações editoriais.
2. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família” é uma publicação de carácter académico, que tem como objetivo a promoção e o desenvolvimento da investigação científica na área do Direito da Família, do Direito das Sucessões e do Direito das Pessoas, nomeadamente do Direito das Crianças e Jovens e dos Adultos Vulneráveis.
3. É também objetivo desta publicação fomentar o intercâmbio da cultura jurídica entre diversos ordenamentos jurídicos, nomeadamente entre países de expressão linguística portuguesa e do espaço europeu.
4. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família” destina-se à comunidade jurídica em geral, em especial a académicos, magistrados, advogados e outras profissões jurídicas que trabalhem no âmbito dos ramos de Direito que são objeto da publicação, bem como ao público em geral com interesse nas matérias em publicação.
5. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família” compromete-se a respeitar as normas deontológicas do Estatuto do Jornalista.

