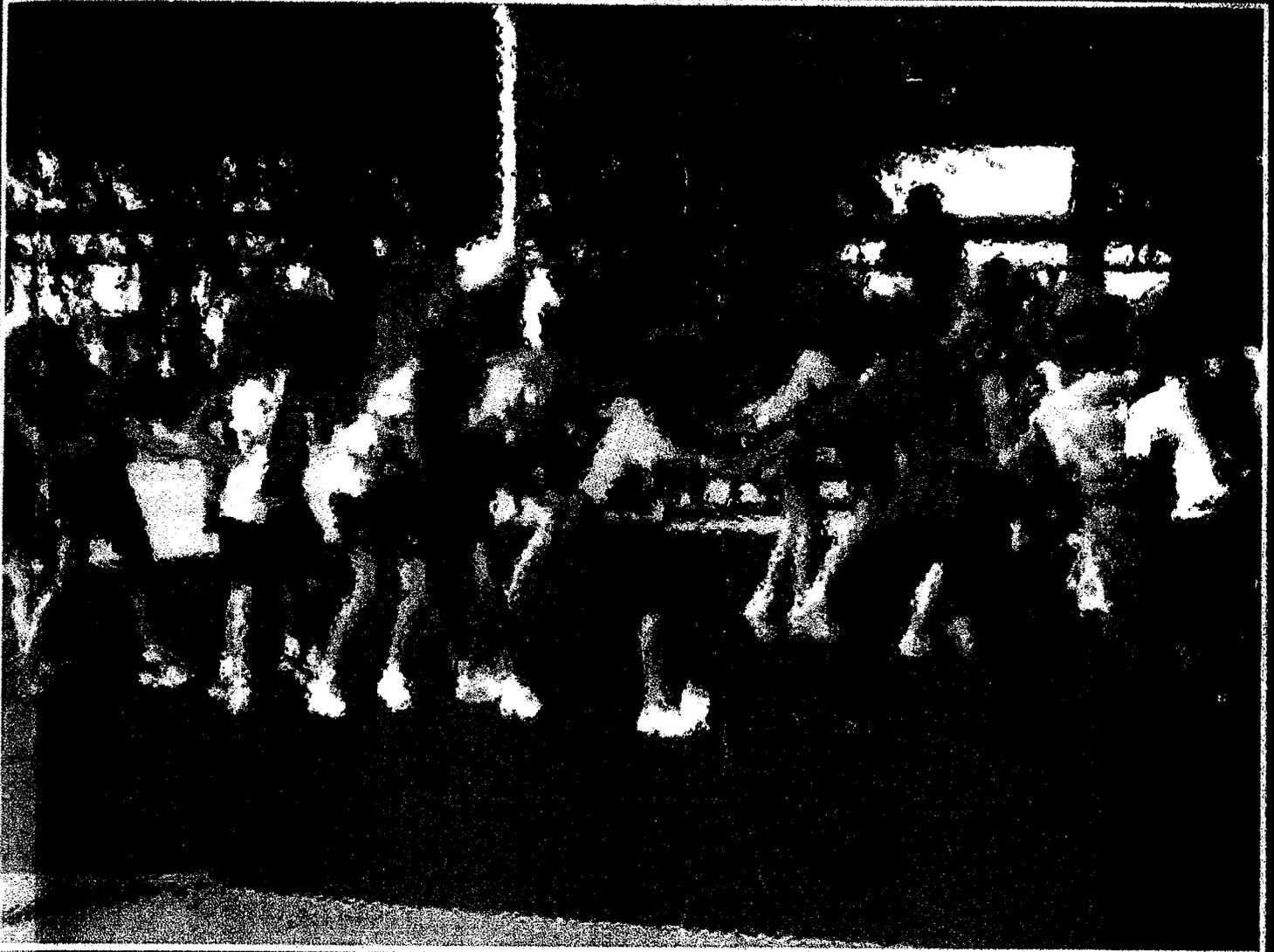


Jorge Duarte Pinheiro



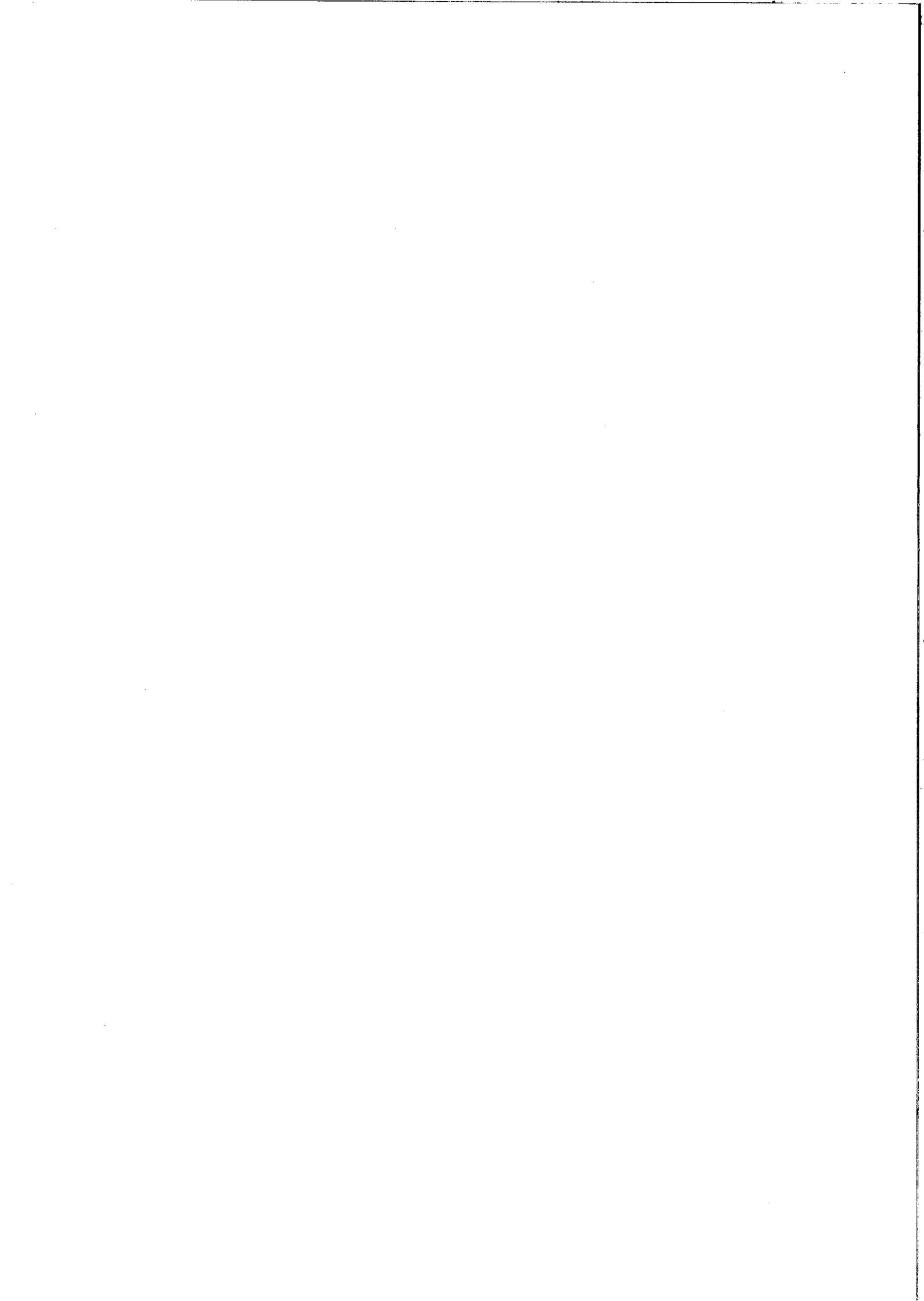
**O DIREITO DA FAMÍLIA
CONTEMPORÂNEO**

3ª edição



aa.fdl

2010



Jorge Duarte Pinheiro
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

O DIREITO DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

Lições

3ª edição

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer processo electrónico, mecânico ou fotográfico, incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia do editor.

Exceptuam-se as transcrições de curtas passagens para efeitos de apresentação, crítica ou discussão das ideias e opiniões contidas no livro. Esta excepção não pode, no entanto, ser interpretada como permitindo a transcrição de textos em recolhas antológicas ou similares, da qual possa resultar prejuízo para o interesse pela obra.

Os infractores são passíveis de procedimento judicial, nos termos da lei.



Lisboa
2010

Ficha Técnica

Título:

Direito da Família Contemporâneo – Lições – 3ª edição
AAFDL – 2010

Autor:

Jorge Duarte Pinheiro

Imagem da capa:

"Festa na escola" (Lisboa, primeira década do século XXI)

Edição:

AAFDL
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

Impressão:

AAFDL

Tiragem:

500 exs.

Setembro / 2010

*Não somos os últimos, nem os primeiros.
À memória do meu pai e dos que o precederam*

NOTA PRÉVIA

1. A presente edição tem em conta as normas portuguesas relevantes no campo do Direito da Família, nomeadamente as que estão contidas na Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto (que altera a Lei nº 7/2001, de 11 de Maio, relativa às medidas de protecção das uniões de facto) e na Lei nº 9/2010, de 31 de Maio (que permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo).

É grande o impacto da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, num ramo do Direito até aí assente numa matriz heterossexual, apesar de o diploma conter apenas cinco artigos. A técnica utilizada pela Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, remetendo para o intérprete o trabalho de adequação da generalidade das disposições legais relativas ao casamento e aos seus efeitos, imposto pelo alargamento da faculdade de contrair matrimónio (cf. o art. 5º do referido diploma), determinou que se tivesse especial cuidado na elaboração de mais uma versão destas lições, nascidas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Na verdade, não é uma mera 3ª edição da obra *O Direito da Família Contemporâneo*. Trata-se, afinal, da primeira edição posterior ao abandono daquele que foi um dos pilares fundamentais do Direito da Família.

2. Cerca de um ano depois da publicação da Lei nº 103/2009, de 11 de Setembro (que aprovou o regime jurídico do apadrinhamento civil), ainda não ocorreu a publicação do texto normativo de que depende a respectiva entrada em vigor (cf. art. 33º, nº 2, da Lei nº 103/2009, de 11 de Setembro). Por conseguinte, volta a tratar-se da matéria do apadrinhamento civil numa adenda, que se encontra no final da obra.

SIGLAS E ABREVIATURAS

AA.VV.	— autores vários
ac.	— acórdão
al./als.	— alínea/alíneas
art./arts.	— artigo/artigos
<i>BFDUC</i>	— <i>Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra</i>
<i>BMJ</i>	— <i>Boletim do Ministério da Justiça</i>
cân./câns.	— cânone/cânonos
CC	— Código Civil
CCom	— Código Comercial
CDC	— Código de Direito Canónico
CIRE	— Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
cf.	— confira
<i>CJ</i>	— <i>Colectânea de Jurisprudência</i>
<i>CJ-S</i>	— <i>Colectânea de Jurisprudência. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça</i>
CNECV	— Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
cont.	— continuação
coord.	— coordenação
CP	— Código Penal
CPC	— Código de Processo Civil
CPP	— Código de Processo Penal
CRC	— Código do Registo Civil
CRP	— Constituição da República Portuguesa
<i>DAR</i>	— <i>Diário da Assembleia da República</i>
<i>DFP</i>	— <i>Il Diritto di Famiglia e delle Persone</i>
DL/DLs	— Decreto-Lei, Decretos-Lei
<i>DR</i>	— <i>Diário da República</i>

ed.	— edição
ex.	— exemplo
<i>FamRZ</i>	— <i>Zeitschrift für das Gesamte Familienrecht</i>
<i>JO</i>	— <i>Jornal Oficial das Comunidades Europeias / Jornal Oficial da União Europeia</i>
LAC	— Lei do Apadrinhamento Civil (Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro)
LAT	— “Living apart together” (União sem comunhão de habitação)
LEC	— Lei que adopta medidas de protecção das pessoas que vivam em economia comum (Lei n.º 6/2001, de 11 de Maio)
Lei de Protecção	— Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo
LOFTJ	— Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (aprovada pela Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro) ¹
LPMA	— Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)
LUF	— Lei que adopta medidas de protecção das uniões de facto (Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio)
n.	— nota
n.º/n.ºs	— número/números
NRAU	— Novo Regime do Arrendamento Urbano

¹ Foi aprovada uma nova LOFTJ pela Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto, que, porém, entretanto só se aplicou a título experimental a uma parcela do território português. De acordo com a última versão do art. 187.º da nova LOFTJ (alterado pelo art. 162.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril), a aplicação da mesma lei será alargada a todo o território nacional de forma faseada, a partir de 1 de Setembro de 2010, devendo o processo estar concluído a 1 de Setembro de 2014; e a dita aplicação faseada será executada pelo Governo, através de decreto-lei. Resta, portanto, aguardar.

OTM	— Organização Tutelar de Menores
p./pp.	— página/páginas
p.e.	— por exemplo
PGR	— Procuradoria-Geral da República
PMA	— procriação medicamente assistida
proc.	— processo
RAU	— Regime do Arrendamento Urbano
RC	— Relação de Coimbra
<i>RDES</i>	— <i>Revista de Direito e Estudos Sociais</i>
RE	— Relação de Évora
reimpr.	— reimpressão
<i>RFDUL</i>	— <i>Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</i>
RGICSF	— Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
<i>RIDC</i>	— <i>Revue Internationale de Droit Comparé</i>
<i>RG</i>	— Relação de Guimarães
<i>RJ</i>	— <i>Revista Jurídica</i>
RL	— Relação de Lisboa
<i>RMP</i>	— <i>Revista do Ministério Público</i>
<i>ROA</i>	— <i>Revista da Ordem dos Advogados</i>
RP	— Relação do Porto
<i>RLJ</i>	— <i>Revista de Legislação e Jurisprudência</i>
s.	— seguintes
<i>SI</i>	— <i>Scientia Iuridica</i>
STJ	— Supremo Tribunal de Justiça
TC	— Tribunal Constitucional
v.g.	— <i>verbi gratia</i>
vol.	— volume

Quando se citar uma disposição legal sem mais referência entende-se que pertence ao Código Civil português, na redacção actual.

BIBLIOGRAFIA ABREVIADA

Adriano Paiva, *A comunhão de adquiridos*

— PAIVA, Adriano Miguel Ramos de, *A comunhão de adquiridos. Das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

Alice Feiteira, *Princípios*

— FEITEIRA, Alice, “Princípios informadores do estabelecimento da filiação no Direito da Família”, em Fazenda Martins, J. P. e outros, *Temas de Direito da Filiação*, Lisboa, AAFDL, 1994, pp. 207-262.

Almeida Ramião, *Adopção*

— RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *A adopção – Regime jurídico actual*, 2ª ed., Lisboa, *Quid Juris?*, 2007.

Almeida Ramião, *Lei de Protecção*

— RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada e Comentada*, 6ª ed., Lisboa, *Quid Juris?*, 2010.

Ana Sofia Gomes, *Responsabilidades parentais*

— GOMES, Ana Sofia, *Responsabilidades parentais (De acordo com a Lei nº 61/2008)*, Lisboa, *Quid Juris?*, 2009.

Antunes Varela, *DF*

— VARELA, Antunes, *Direito da Família*, vol. I, 5ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999.

Antunes Varela, Inseminação

- VARELA, Antunes, “A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro”, *RLJ* ano 127º, 1994-95, nº 3843, p. 162 (início), e ano 128º, 1995-96, nº 3853, p. 101 (fim).

Armando Leandro, Poder paternal

- LEANDRO, Armando, “Poder paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária”, em AA.VV., *Temas de Direito da Família*, Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 111-164.

Ascensão Silva, Adopção

- SILVA, N. Ascensão, *A constituição da adopção de menores nas relações privadas internacionais: alguns aspectos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

Berenice Dias/Duarte Pinheiro, Escritos

- DIAS, Maria Berenice/PINHEIRO, Jorge Duarte (coordenação), *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Porto Alegre, Magister, 2008.

Berenice Dias, MDF

- DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 5ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Capelo de Sousa, O direito geral

- SOUSA, R. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

Capelo de Sousa, Relatório

- SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Direito da Família e das Sucessões – Relatório sobre o programa, o conteúdo e os*

métodos de ensino de tal disciplina, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

Carbonnier, Droit civil 2

- CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, tomo 2, *La famille, l'enfant, le couple*, 21ª ed., Paris, PUF, 2002.

Carla Amado Gomes, Filiação

- GOMES, Carla Amado, “Filiação, adopção e protecção de menores. Quadro constitucional e notas de jurisprudência”, *Lex Familiae*, nº 8, 2007, pp. 15-39.

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, DF

- MENDES, J. Castro/SOUSA, M. Teixeira de, *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 1990/1991.

Clara Sottomayor, Adopção plena

- SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Quem são os «verdadeiros» pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos”, *Direito e Justiça* 2002/1, pp. 191-241= em Eduardo de Sá e outros, *Abandono e adopção*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 53-103.

Clara Sottomayor, Adopção singular

- SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A adopção singular nas representações sociais e no Direito”, *Lex Familiae* nº 1, 2004, pp. 41-50= em Eduardo de Sá e outros, *Abandono e adopção*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 203-219.

Clara Sottomayor, Exercício

- SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do poder paternal*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2003.

Clara Sottomayor, Lei da adopção

— SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A nova lei da adopção”, em Eduardo de Sá e outros, *Abandono e adopção*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 113-128.

Clara Sottomayor, Qual é o interesse?

— SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afectiva”, em AA.VV., *Volume comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho”*, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2008, pp. 23-60.

Clara Sottomayor, Regulação

— SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, reimpressão da 4ª ed. (de Junho de 2002), Coimbra, Almedina, 2004.

Comemorações dos 35 anos

— AA.VV., *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

Cornu, La famille

— CORNU, Gérard, *Droit civil. La famille*, 9ª ed., Paris, Montchrestien, 2006.

Costa Pimenta, Filiação

— PIMENTA, J. da Costa, *Filiação*, 4ª ed., Lisboa, Petrony, 2001.

Cristina Dias, Compensações

— DIAS, Cristina M. Araújo Dias, *Compensações devidas pelo pagamento de dívidas do casal (da correcção do regime actual)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

Cristina Dias, Dívidas

— DIAS, Cristina M. Araújo Dias, *Do regime da responsabilidade por dívidas dos cônjuges. Problemas, críticas e sugestões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

Cristina Dias, Divórcio

— DIAS, Cristina M. Araújo Dias, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio (Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro)*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.

Cross Currents

— *Cross Currents (Family Law and Policy in the US and England)*, obra colectiva dirigida por Sanford N. Katz, John Eekelaar e Mavis Maclean, Oxford/Nova Iorque, Oxford University Press, 2000.

David Duarte, Perspectivas constitucionais

— DUARTE, David, “Perspectivas constitucionais da família”, em Bagão Félix e outros, *Traços da família portuguesa*, Direcção-Geral da Família, 1994, pp. 77-112.

Dias Vilalonga, Declaração de maternidade

— VILALONGA, J. M. Dias, “Declaração de maternidade e perfilhação: Contributo para um estudo comparativo dos dois institutos”, em Fazenda Martins, J. P. e outros, *Temas de Direito da Filiação*, Lisboa, AAFDL, 1994, pp. 157-206.

Direito da Infância

— AA.VV., *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

Duarte Pinheiro, Adopção

— PINHEIRO, J. Duarte, “A adopção em Portugal”, em *Direito Comparado. Perspectivas Luso-Americanas/Comparative Law*

Portuguese American Perspectives, vol. I, sob a coordenação de Dário Moura Vicente, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 57-68.

Duarte Pinheiro, Artigo 1817º, nº 1

— PINHEIRO, J. Duarte, “Inconstitucionalidade do artigo 1817º, nº 1, do Código Civil – Ac. do TC 23/2006, de 10.1.2006, Proc. 885/05”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 15, Jul./Set. 2006, pp. 32-52.

Duarte Pinheiro, Artigo 1817º, nº 4

— PINHEIRO, J. Duarte, “Inconstitucionalidade do artigo 1817º, nº 4, do Código Civil – Ac. do TRC de 19.10.2004, Proc. 718/04”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 13, Jan./Março 2006, pp. 51-71.

Duarte Pinheiro, Casamento

— PINHEIRO, J. Duarte, “Casamento”, em AA.VV., *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3º Suplemento, Coimbra Editora, Lisboa, 2007, pp. 90-114.

Duarte Pinheiro, Confiança

— PINHEIRO, J. Duarte, “Da confiança a pessoa idónea à confiança com vista a futura adopção”, em Rui Rangel/José Eduardo Sapateiro (coord.), *Justiça e Sociedade*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 71-81.

Duarte Pinheiro, Critério

— PINHEIRO, J. Duarte, “Critério biológico e critério social ou *afectivo* na determinação da filiação e da titularidade da guarda dos menores”, *Lex Familiae* nº 9, 2008, pp. 5-12.

Duarte Pinheiro, Ensino

— PINHEIRO, J. Duarte, *O ensino do Direito da Família contemporâneo (contém adenda de actualização, relativa à Lei nº 61/2008, de 31/10)*, Lisboa, AAFDL, 2008.

Duarte Pinheiro, Investigação

— PINHEIRO, J. Duarte, “Investigação da paternidade – «direitos e abusos»”, em Ivone Maria Candido Coelho de Sousa (coordenadora), *Parentalidade. Análise psicojurídica*, Curitiba, Juruá, 2009, pp. 77-90.

Duarte Pinheiro, Legado

— PINHEIRO, J. Duarte, *Legado em substituição da legítima*, Lisboa, Edições Cosmos, 1996.

Duarte Pinheiro, Mãe portadora

— PINHEIRO, J. Duarte, “Mãe portadora – A problemática da maternidade de substituição”, em José de Oliveira Ascensão (coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 323-344.

Duarte Pinheiro, Morte do arrendatário

— PINHEIRO, J. Duarte, “A morte do arrendatário”, em AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, pp. 915-928.

Duarte Pinheiro, Núcleo

— PINHEIRO, J. Duarte, *O núcleo intangível da comunhão conjugal (Os deveres conjugais sexuais)*, Coimbra, Almedina, 2004.

Duarte Pinheiro, Operações bancárias

— PINHEIRO, J. Duarte, “Operações bancárias e casamento”, em AA.VV., *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 585-606.

Duarte Pinheiro, Poligamia

— PINHEIRO, J. Duarte, “Poligamia e uniões paralelas”, em Berenice Dias/Duarte Pinheiro, *Escritos* pp. 55-74.

Duarte Pinheiro, Procriação

— PINHEIRO, J. Duarte, “Procriação medicamente assistida”, em AA.VV., *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 753-785.

Duarte Pinheiro, Toxicodependência

— PINHEIRO, J. Duarte, “Entre a comunhão e a *excomunhão* de vida: a toxicodependência nas relações jurídicas familiares”, Separata da *RFDUL*, Suplemento, 2004, pp. 251-271.

Eduardo dos Santos, DF

— SANTOS, Eduardo dos, *Direito da Família*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1999.

Eduardo dos Santos, Divórcio

— SANTOS, Eduardo dos, *Do divórcio. Suas causas, processo e efeitos*, Lisboa, AAFDL, 2003.

Eliana Gersão, Adopção

— GERSÃO, Eliana, “Adopção – Mudar o quê?”, em *Celebrações dos 35 anos* pp. 833-849.

Eloy Azevedo, Procriação

— AZEVEDO, Luís Eloy, “O Direito da procriação entre a ordem e o caos”, *RMP*, nº 90, Abril/Junho de 2002, pp. 91-112.

Estudos Rui Epifânio

— LEANDRO, Armando/LÚCIO, Álvaro Laborinho/GUERRA, Laborinho (coord.), *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Coimbra, Almedina, 2010.

Família, consciência

— AA.VV., *Família, consciência, secularismo, religião*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

Fátima Duarte, Poder paternal

— DUARTE, Maria de Fátima, *O poder paternal. Contributo para o estudo do seu actual regime*, reimpr. da ed. de 1989, Lisboa, AAFDL, 1994.

Fazenda Martins, Impugnação

— MARTINS, J. P. Fazenda, “Impugnação e impugnabilidade da perfilhação”, em Fazenda Martins, J. P. e outros, *Temas de Direito da Filiação*, Lisboa, AAFDL, 1994, pp. 7-61.

Fernando Araújo, Procriação

— ARAÚJO, Fernando, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999.

Ferreira Pinto, Divórcio

— PINTO, F. B. Ferreira, *Causas do divórcio*, 3ª ed., Porto, ELCLA, 1996.

Ferreira-Pinto, Dicionário

— FERREIRA-PINTO, F. B., *Dicionário de Direito da Família e de Direito das Sucessões*, Lisboa, Livraria Petrony, 2004.

França Pitão, Uniões

— PITÃO, França, *Uniões de facto e economia comum*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2006.

Francisco Aguilar, Dignidade

— AGUILAR, Francisco, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida”, *RFDUL* 2000, pp. 655-713.

Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht

— GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 5ª ed., Munique, Beck, 2006.

Guilherme de Oliveira, Caducidade

— OLIVEIRA, Guilherme de, “Caducidade das acções de investigação”, *Lex Familiae* n° 1, 2004, pp. 7-13 = *Comemorações dos 35 anos* pp. 49-58.

Guilherme de Oliveira, Filiação

— OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação*, Coimbra, Almedina, 1991.

Guilherme de Oliveira, Mãe há só uma

— OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

Guilherme de Oliveira, Paternidade

— OLIVEIRA, Guilherme de, *Critério Jurídico da Paternidade*, reimpr. (da ed. de 1983), Coimbra, Almedina, 2003.

Guilherme de Oliveira, Temas

— OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Família*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

Helena Bolieiro, Adopção

— BOLIEIRO, Helena Isabel Dias, “O menor em perigo, a sua promoção e o encaminhamento para a adopção: quando e em que casos?”, em AA.VV., *Trabalhos do Curso de Pós-Graduação ‘Protecção de menores – Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho’ – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 5-79.

Helena Bolieiro/Paulo Guerra, Criança

— BOLIEIRO, Helena/GUERRA, Paulo, *A criança e a família – uma questão de Direito(s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

Herring, Family Law

— HERRING, Jonathan, *Family Law*, 4ª ed., Harlow (Inglaterra), Pearson, 2009.

Hörster, Responsabilidade

— HÖRSTER, H. E., “A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges entre si (ou A doutrina da «fragilidade da garantia» será válida?)”, *SI* 1995, n°s 253/255, pp. 113-124.

Joana Cabral Pereira, Inseminação

— PEREIRA, Joana Cabral, “Considerações sobre o artigo 1839º, n°3, do Código Civil (Implicações ético-jurídicas da inseminação artificial heteróloga)”, *SI* 2002, n° 292, pp. 151-175.

João Zenha, Adopção

— MARTINS, João Zenha, “O novo regime jurídico da adopção na encruzilhada reformista do Direito da Família e dos Menores”, em AA.VV., *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 713-751.

Jorge Miranda, Poder paternal

— MIRANDA, Jorge, “Sobre o poder paternal”, *RDES* 1990, pp. 23-56.

Jorge Miranda/Rui Medeiros, Constituição

— MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa anotada, tomo I, Introdução Geral. Preâmbulo. Artigos 1º a 79º*, 2ª ed., Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

Laroche-Gisserot, *L'adoption*

- LAROCHE-GISSEROT, F., “L’adoption ouverte (open adoption) aux États-Unis: règles, pratiques, avenir en Europe”, *RIDC* 1998/4, pp. 1095-1123.

Leite de Campos, *DFS*

- CAMPOS, D. Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1999.

Leite de Campos, *Procriação*

- CAMPOS, D. Leite de, “A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onipotência do sujeito”, em José de Oliveira Ascensão (coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 73-86 (=ROA 2006, pp. 1017 e s.).

Leonor Beleza, *Efeitos*

- BELEZA, Leonor, “Os efeitos do casamento”, em AA.VV., *Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1981, pp. 91-135.

Lima Pinheiro, *O reconhecimento de decisões*

- PINHEIRO, Luís de Lima, “O reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria matrimonial e de responsabilidade parental – Regulamento (CE) nº 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003”, *ROA* 2006, pp. 517-546.

Lopes Cardoso, *Administração*

- CARDOSO, A. Lopes, *A administração dos bens do casal*, Coimbra, Livraria Almedina, 1973.

Lopes Cardoso, *Procriação*

- CARDOSO, A. Lopes, “Procriação humana assistida: alguns aspectos jurídicos”, *ROA* 1991, pp. 5-27.

Lopes do Rego, *Investigação da paternidade*

- REGO, Carlos Lopes do, “O ónus da prova nas acções de investigação da paternidade: prova directa e indirecta do vínculo de filiação”, em *Comemorações dos 35 anos* pp. 781-790.

Luís de Menezes Leitão, *Obrigações*

- LEITÃO, Luís de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. III, *Contratos em especial*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.

Margarida Silva Pereira, *Memória*

- PEREIRA, Margarida Silva / PEREIRA, Rui Soares, *Memória e presente de Direito da Família*, que inclui trabalhos de alunos da licenciatura, Lisboa, AAFDL, 2010.

Maria José Capelo, *Acções de filiação*

- CAPELO, Maria José, “A reforma processual e as acções de filiação”, em *Comemorações dos 35 anos* pp. 743-761.

Menezes Cordeiro, *TDC I/1*

- CORDEIRO, A. Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, tomo I, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2005.

Mónica Jardim, *Adopção*

- JARDIM, Mónica, “Breve análise da nova lei de adopção (Lei nº 31/2003, de 22 de Agosto)”, em *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Actas do Congresso realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2 e 3 de Abril de 2004, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 129-164.

Moitinho de Almeida, *Filiação*

- ALMEIDA, J. C. Moitinho de, “Efeitos da filiação”, em AA.VV., *Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1981, pp. 137-167.

Nazareth Lobato Guimarães, Alimentos

— GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato, "Alimentos", em AA.VV., *Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1981, pp. 169-217.

Nogueira da Gama, A nova filiação

— GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

Oliveira Ascensão, A Lei nº 32/06

— ASCENSÃO, José de Oliveira, "A Lei nº 32/06, sobre procriação medicamente assistida", *ROA* 2007, pp. 977-1006.

Oliveira Ascensão, O Direito

— ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito. Introdução e teoria geral*, 13ª ed., Coimbra, Almedina, 2005.

Oliveira Ascensão, Procriação

— ASCENSÃO, José de Oliveira, "Procriação assistida e Direito", em AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 645-676.

Oliveira e Silva, Filiação

— SILVA, Tomás Oliveira e, *Filiação. Constituição e extinção do respectivo vínculo*, Coimbra, Almedina, 1989.

Pais de Vasconcelos, TGDC

— VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2008.

Pamplona Corte-Real, Anexo

— CORTE-REAL, C. PAMPLONA, "Anexo ao Relatório Preliminar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa", em Ministério da Justiça (Gabinete de Política Legislativa e Planeamento), *Reforma do Direito Civil* pp. 49-68.

Pamplona Corte-Real, DF

— CORTE-REAL, Carlos Pamplona/PEREIRA, José Silva, *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*, Lisboa, AAFDL, 2008.

Pamplona Corte-Real, Efeitos

— CORTE-REAL, C. Pamplona, "Os efeitos sucessórios do casamento", em AA.VV., *Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, pp. 55-63.

Pamplona Corte-Real, Inconstitucionalidade

— CORTE-REAL, C. Pamplona, "Da inconstitucionalidade do Código Civil – artigos 1577º, 1628º, alínea e), e disposições conexas – ao vedar o acesso ao instituto do casamento a casais do mesmo sexo", em Carlos Pamplona Corte-Real/Isabel Moreira/Luís Duarte d'Almeida, *O casamento entre pessoas do mesmo sexo (Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577º e 1628º, alínea e), do Código Civil*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 11-33.

Pamplona Corte-Real, Procriação

— CORTE-REAL, C. PAMPLONA, "Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A)", em AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 347-366.

Pamplona Corte-Real, Relatório

— CORTE-REAL, C. PAMPLONA, *Direito da Família e das Sucessões (Relatório)*, Lisboa, Lex, 1996.

Pamplona Corte-Real, Sucessões

— CORTE-REAL, C. Pamplona, *Direito da Família e das Sucessões, vol. II, Sucessões*, Lisboa, Lex, 1993.

Paula Barbosa, Doações

— BARBOSA, Paula, *Doações entre cônjuges (Enquadramento jus-sucesório)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

Paula Costa e Silva, ADN

— SILVA, Paula Costa e, “A realização coerciva de testes de ADN em acções de estabelecimento da filiação”, em AA.VV., *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 577-599.

Paula Martinho da Silva, Procriação

— SILVA, Paula Martinho, *A procriação artificial. Aspectos jurídicos*, Lisboa, Moraes, 1986.

Paulo Otero, Personalidade

— OTERO, Paulo, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, Almedina, 1999.

Pedro de Albuquerque, Autonomia da vontade

— ALBUQUERQUE, Pedro de, *Autonomia da vontade e negócio jurídico em Direito da Família (ensaio)*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1986.

Pereira Coelho, Filiação

— COELHO, F. Pereira, *Filiação*, lições policopiadas, Coimbra, 1978.

Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, CDF (I ou II/1)

— COELHO, F. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, com a colaboração de Rui Moura Ramos, Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, *Introdução. Direito Matrimonial*, 4ª ed., 2008, e vol. II, *Direito da Filiação*, tomo I, *Estabelecimento da Filiação. Adopção*, 2006.

Pires de Lima/Antunes Varela, CC

— LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. IV, arts. 1576º a 1795º, 2ª ed., 1992, e vol. V, arts. 1796º a 2023º, 1995.

4ª Bienal

— Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Centro de Direito da Família, *2ª Bienal de Jurisprudência. Direito da Família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

Reforma do Direito Civil

— Ministério da Justiça, *Reforma do Direito Civil. Relatórios Preliminares elaborados ao abrigo do Protocolo celebrado entre o Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça e as Faculdades de Direito da Universidade de Coimbra, da Universidade de Lisboa, da Universidade Católica Portuguesa e da Universidade Nova de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2005.

Relazione affettive

— *Il diritto delle relazione affettive (Nuove responsabilità e nuovi danni)*, obra colectiva sob a direcção de Paolo Cendon, vol. I, Pádua, CEDAM, 2005.

Remédio Marques, Alimentos

- MARQUES, J. P. Remédio, *Algumas notas sobre alimentos (devidos a menores)*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

Remédio Marques, Investigação de paternidade

- MARQUES, J. P. REMÉDIO, “Investigação de paternidade. Aplicação no tempo da Lei n° 21/98, de 12 de Maio (A nova presunção de paternidade da alínea e) do n° 1 do artigo 1871º do CC)”, *Lex Familiae* n° 1, 2004, pp. 15-39.

Remédio Marques, Procriação

- MARQUES, J. P. REMÉDIO, “O regime jurídico da procriação medicamente assistida em Portugal e a utilização dos embriões – notas breves”, em Ivone Maria Candido Coelho de Sousa (coordenadora), *Parentalidade. Análise psicojurídica*, Curitiba, Juruá, 2009, pp. 31-58

Rita Lobo Xavier, Divórcio

- XAVIER, Rita Lobo, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais (Lei n° 61/2008, de 31 de Outubro)*, Coimbra, Almedina, 2009.

Rita Lobo Xavier, Ensinar DF

- XAVIER, Rita Lobo, *Ensinar Direito da Família*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2008.

Rita Lobo Xavier, Limites

- XAVIER, Rita Lobo, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000.

Rolf Madaleno, CDF

- MADALENO, Rolf, *Curso de Direito de Família*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008.

Rosa Clemente, Inovação

- CLEMENTE, Rosa, *Inovação e modernidade no Direito de Menores (A perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

Rosa Martins, Menoridade

- MARTINS, Rosa, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

Rui Ataíde, Administração conjugal de facto

- ATAÍDE, Rui, “Regime e natureza jurídica da administração conjugal «de facto»”, em AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, vol. II, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 673-740.

Rui Ataíde, Representação

- ATAÍDE, Rui, *A responsabilidade do “representado” na representação tolerada (Um problema de representação sem poderes)*, Lisboa, AAFDL, 2008.

Rui Epifânio/Armando Leandro, Adopção

- EPIFÂNIO, Rui Lisboa/LEANDRO, Armando Gomes, “Adopção – sentido e alcance da evolução legislativa”, em *Comemorações dos 35 anos* pp. 851-859.

Sá Gomes, Adopção

- GOMES, Rui Sá, “O novo regime da adopção”, em Fazenda Martins, J. P. e outros, *Temas de Direito da Filiação*, Lisboa, AAFDL, 1994, pp. 63-155.

Salter Cid, A protecção da casa

- CID, Nuno de Salter, *A protecção da casa de morada da família no Direito português*, Coimbra, Almedina, 1996.

Salter Cid, Comunhão de vida

— CID, Nuno de Salter, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o Direito*, Coimbra, Almedina, 2005.

2ª Bienal

— Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Centro de Direito da Família, *2ª Bienal de Jurisprudência. Direito da Família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

Sofia Henriques, Estatuto patrimonial

— HENRIQUES, Sofia, *Estatuto patrimonial dos cônjuges. Reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

Sónia Moreira, Autonomia

— MOREIRA, Sónia, "A autonomia do menor no exercício dos seus direitos", *SI* 2001, nº 291, pp. 159-194.

Sousa Dinis, Procriação

— DINIS, J. S. Sousa, "Procriação assistida: questões jurídicas", *CJ* 1993/4, pp. 7-13.

3ª Bienal

— Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Centro de Direito da Família, *3ª Bienal de Jurisprudência. Direito da Família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

Terré/Fenouillet, La famille

— TERRÉ/FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 6ª ed., Paris, Dalloz, 1996.

Tiago Duarte, In vitro

— DUARTE, Tiago, "In vitro veritas?" — *A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, Coimbra, Almedina, 2003.

Teixeira de Sousa, Divórcio

— SOUSA, M. Teixeira de, *O regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991.

Telma Carvalho, União

— CARVALHO, Telma, "A união de facto: a sua eficácia jurídica", *Comemorações dos 35 anos* pp. 221-255.

Vale e Reis, Origens genéticas

— REIS, Rafael Luís Vale e, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

Vera Lúcia Raposo, De mãe para mãe

— RAPOSO, Vera Lúcia, *De mãe para mãe. Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

Volume Comemorativo

— AA.VV., *Volume comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação "Protecção de Menores – Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho"*, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2008.

WEISBERG, Family Law

— WEISBERG, D. Kelly, *Family Law*, 2ª ed., Nova Iorque, Aspen, 2008.

INTRODUÇÃO

① Noção e objecto do Direito da Família

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 17-18; Pamplona Corte-Real, *DF* 15-17; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 31-35, 137-141; Leite de Campos, *DFS* 19, 28-29; Margarida Silva Pereira, *Memória* 15-35.

①.1 Noção tradicional de Direito da Família

Na orientação tradicional, o Direito da Família, enquanto ramo do Direito, identifica-se com o conjunto de normas jurídicas que regulam a instituição “família”.

①.2 A família em sentido jurídico

I. No entanto, o Código Civil não formula uma noção de família.

A ausência de uma noção de família num diploma que geralmente não se inibe quando se trata de apresentar definições (cf., p.e., os arts. 1577º, 1578º, 1584º e 1586º) talvez possa ser entendida como um sinal da dificuldade do recorte da própria instituição familiar.

II. Seja como for e não obstante ser consensual a ideia de que a realidade familiar varia em função do tempo e do espaço, a doutrina portuguesa tem procurado refúgio numa concepção de família que é mesma desde a entrada em vigor do Código Civil, no dia 1 de Junho de 1967, até aos dias de hoje.

Esta noção jurídica de família, que, graças ao seu carácter formal, atravessou incólume mais de 40 anos de evolução social, inspira-se no primeiro artigo do Livro IV do Código Civil: a família é entendida como o grupo de pessoas unidas entre si por

qualquer uma das relações jurídicas familiares que se extraem do art. 1576^o. É família em sentido jurídico, nomeadamente, o grupo constituído por duas pessoas que casaram uma com a outra (relação matrimonial), por pai e filho (exemplo de relação de parentesco), por sogro e genro (exemplo de relação de afinidade) ou por adoptante e adoptado (relação de adopção). À família de uma pessoa pertencem o seu cônjuge, os seus parentes, afins, adoptantes e adoptados. E uma pessoa poderá ter várias famílias: uma família conjugal, uma família parental, uma família por afinidade e uma família adoptiva.

III. A lei não confere ao grupo familiar personalidade jurídica nem personalidade judiciária. As fórmulas legais “bem da família” (cf. art. 1671^o, n^o 2) ou “interesses da família” (cf. art. 1677^o-C, n^o 1, *in fine*) não traduzem o reconhecimento de um interesse jurídico autónomo de uma entidade colectiva; referem-se necessariamente aos interesses dos próprios membros da família.

No entanto, não estão em causa interesses individuais ou exclusivos das pessoas singulares que compõem o grupo. Nomeadamente, não se pretende aludir aos interesses individuais dos cônjuges, porque a letra da lei distingue estes do “bem ou da família” ou dos “interesses da família” (cf. novamente arts. 1671^o, n^o 2, e 1677^o-C, n^o 1, *in fine*). E as expressões mencionadas também não têm em vista os interesses individuais dos filhos. Quando alude à posição dos descendentes, o texto legal é mais preciso, usando expressões do género “interesse do filho” (arts. 1673^o, n^o 1, 1776^o, n^o 2, 1778^o, 1793^o, n^o 1, e 1878^o, n^o 1) ou “interesse do menor” (art. 1905^o).

Os termos “bem” e “interesses da família” designam os interesses dos membros do grupo familiar enquanto tais, os interesses comuns

² Cf., por todos, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, CDF I p. 33.

às pessoas singulares que integram a família. Aliás, é a presença de um interesse comunitário, distinto dos interesses individuais, que permite identificar a existência de um grupo em sentido sociológico.

Mas a família não é um grupo qualquer. A Constituição da República Portuguesa qualifica-a como “elemento fundamental da sociedade” (cf. art. 67^o, n^o 1). E não se trata de uma proclamação vazia: a especial dignidade da instituição no ordenamento jurídico resulta da constante intervenção do Estado no momento da constituição ou extinção do nexa de pertença ao grupo familiar³. A qualidade de membro da família é um *status*, o que tem reflexos na natureza das situações jurídicas familiares⁴.

IV. A relevância das diversas modalidades de família em sentido jurídico não é idêntica. A importância da relação matrimonial e da relação de parentesco no primeiro grau da linha recta, designada como relação de filiação, ultrapassa largamente a das restantes relações jurídicas familiares.

Uma breve análise formal do Código Civil é reveladora. À afinidade não é atribuído um título autónomo. Nem ao parentesco no seu conjunto. À adopção cabe um título que não abarca mais de 35 artigos. O título sobre o casamento compreende perto de 200 artigos e o título sobre a filiação cerca de 175 artigos.

A regulamentação essencial da relação matrimonial e da relação de filiação não tem permanecido imutável desde a entrada em vigor do Código Civil. Em 1967, o divórcio, que tinha de ser litigioso, só podia ser requerido por quem tivesse contraído casamento civil; o marido era o chefe da família; o filho nascido fora do casamento (dito “filho ilegítimo”) beneficiava de um estatuto inferior ao do filho nascido dentro do casamento. Após

³ Cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 504, 498-499.

⁴ Cf., *infra*, Introdução, n^o 10.

a Revolução de 25 de Abril de 1974, foi conferida a faculdade de divórcio também aos que tivessem celebrado casamento católico e introduzida a modalidade do divórcio por mútuo consentimento; foi abolida a figura do chefe da família e consagrado o princípio da igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges “quanto à capacidade civil e política e à manutenção e à educação dos filhos”; e foi eliminada a discriminação dos filhos nascidos fora do casamento.

A isto acresce um conjunto de alterações legais, mais ou menos profundas, da matéria da adopção, levadas a cabo pela Reforma do Código Civil de 1977, pelo DL n.º 185/93, de 22 de Maio, pelo DL n.º 120/98, de 8 de Maio, pela Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto e pelo art. 3.º, al. e), da Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto, a que corresponde, de certa forma, o art. 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio (diploma alterado há pouco pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto).

A Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, modificou o regime do poder paternal (agora preferencialmente designado pela expressão “responsabilidades parentais”⁵) e do divórcio.

Recentemente, a Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, permitiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

E nada nos garante a futura estabilidade das linhas mestras do regime actual da relação matrimonial e da relação de filiação em sentido amplo⁶. Questiona-se: a imposição legal dos chamados deveres conjugais; o biologismo na constituição do vínculo de filiação; a heteroparentalidade; a própria biparentalidade; e a pouca relevância que a lei confere à relação entre pais e filhos maiores.

⁵ Na lei, coexistem as expressões “responsabilidades parentais” (arts. 1877.º a 1920.º-B) e “poder paternal” (resto do Código Civil, nomeadamente, art. 124.º, arts. 1921.º e s.), o que autoriza a doutrina a fazer uso dos dois termos. Não é, portanto, rigoroso afirmar que a expressão “poder paternal” foi abolida no nosso ordenamento ou que não pode ser utilizada.

⁶ A filiação em sentido amplo abarca a filiação biológica, a filiação adoptiva e a filiação por consentimento não adoptivo.

O potencial evolutivo e polémico do Direito da Família, mesmo do Direito da Família das relações familiares nominadas, é, portanto, incontestável.

A turbulência em torno do Direito da Família é sinal da sua preponderância não só simbólica como prática. Não é o mero prazer intelectual da discussão e da contestação que anima movimentos e críticas. O Direito da Família influi ou pretende influir, de modo amplo, na vida de cada indivíduo.

O articulado do Código Civil determina quem pode ou não casar (cf. art. 1601.º), com quem se pode ou não casar (cf. arts. 1602.º e 1604.º, als. c) a f)), quando é que se pode ou não casar (cf. arts. 1604.º, al. b), e 1605.º); estabelece deveres íntimos a que os cônjuges estão reciprocamente vinculados, como, p.e., os de fidelidade e coabitação (cf. art. 1672.º); define a titularidade dos bens do casal (cf. arts. 1717.º a 1736.º); indica actos patrimoniais que um cônjuge não pode praticar sem o consentimento do outro (cf. arts. 1678.º a 1683.º); aponta situações em que um cônjuge também responde por dívidas contraídas exclusivamente pelo outro (arts. 1691.º, 1693.º e 1694.º); estabelece quando é que as partes deixam de estar casadas (cf. arts. 1773.º a 1785.º); regula as consequências do divórcio, seja quanto aos apelidos (art. 1677.º-B), quanto à partilha dos bens (art. 1790.º), quanto à casa de morada da família (art. 1793.º) ou quanto à obrigação de alimentos (arts. 2016.º e 2016.º-A).

É igualmente a legislação familiar que diz quem é o pai e quem é a mãe de uma dada pessoa (arts. 1796.º a 1873.º); que impõe deveres mútuos de respeito, auxílio e assistência entre pais e filhos, maiores ou menores (art. 1874.º); que regula a composição do nome do filho (art. 1875.º); que indica a quem compete o exercício das responsabilidades parentais, nomeadamente nos casos de divórcio e de separação de facto (arts. 1905.º, 1906.º e 1909.º); que prevê situações de privação ou limitação do exercício das responsabilidades parentais (arts. 1913.º a 1920.º-A); que concretiza o conteúdo das responsabilidades parentais e as condições do

respectivo exercício, dispondo, designadamente sobre aspectos como a educação do menor (arts. 1885º e 1886º), a permanência deste na casa paterna (arts. 1887º e 1883º) e a administração dos bens do filho (arts. 1888º a 1900º); ou que obriga os pais a sustentar o filho maior enquanto ele não houver completado a sua formação profissional (art. 1880º), o que eventualmente abarca a conclusão de um curso superior.

1.3. O alargamento do objecto do Direito da Família

I. Falar de turbulência para exprimir o estado actual do Direito da Família é capaz de ser, afinal, um eufemismo. Já não é correcta a ideia de que se está perante um ramo que regula a instituição "família", entendida como o grupo de pessoas unidas por relações jurídicas familiares. O objecto do Direito da Família alargou-se de forma a englobar realidades semelhantes às relações familiares nominadas, ditas parafamiliares, v.g., a união de facto.

Mas o que são realidades semelhantes às relações jurídicas familiares nominadas? Na perspectiva de dois eminentes professores portugueses⁷, além da união de facto, são ligações parafamiliares, designadamente, a relação entre esposados, a relação entre ex-cônjuges, a vida em economia comum, a relação entre tutor e tutelado, a relação entre uma pessoa e outra que está a seu cargo ou ao seu cuidado, bem como a relação entre uma pessoa e aquela que a cria e sustenta. E a enumeração, sublinhe-se, é elaborada sem intuito exaustivo.

É nítida a incerteza que reina quanto ao objecto do Direito da Família, na sequência do abandono de uma visão que era puramente formal. A defesa de um ramo orientado por uma noção substancial de família, que, conseqüentemente, passa a

⁷ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF I* pp. 51, 93-98.

disciplinar relações parafamiliares, não é acompanhada pela proposta de um critério claro e consensual. Qual é o critério da relação parafamiliar? O afecto? Então, a relação de amizade seria uma relação parafamiliar, o que se afigura pouco ajustado. A convivência num mesmo lugar? Então, haveria relações parafamiliares entre colegas que trabalham no mesmo local ou entre alunos de um mesmo estabelecimento de ensino, hipótese que é manifestamente estranha.

Há que explorar a ideia de similitude entre relações jurídicas familiares e relações parafamiliares: serão parafamiliares aquelas relações cuja eficácia jurídica (civil) seja em larga medida idêntica à das relações familiares ou aquelas em que, pelo menos, se verifique *de facto* uma vida em comum análoga à que *de iure* é exigida entre sujeitos de relações familiares.

Por conseguinte, adiante-se⁸ que são parafamiliares a relação de tutela (que liga o pupilo ao tutor) e, dentro de certas condições legais, a união de facto e a convivência em economia comum.

II. Todavia, o objecto do Direito da Família extravasa as relações familiares e parafamiliares, englobando também o que designaremos por protecção de crianças, jovens e idosos. O alargamento legitima-se numa lógica de sub-rogação. Dada a inequívoca integração das relações familiares no âmbito do Direito da Família, parece razoável a inclusão no mesmo ramo do Direito das medidas que se destinam a suprir a inexistência ou insuficiência funcional dessas relações (v.g., o incumprimento ou a impossibilidade de cumprimento de deveres paternofiliais de respeito, auxílio e assistência, que são deveres emergentes do parentesco no 1º grau da linha recta).

⁸ Cf., *infra*, Introdução, nº 7.2.

2. O Direito da Família enquanto ramo do Direito Civil

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 21; Pamplona Corte-Real, *DF* 13-15, 18-20; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF I* 137, 143-146; Leite de Campos, *DFS* 127-130.

2.1. O Direito da Família enquanto Direito

I. Segundo a divisão inspirada na classificação germânica das relações jurídicas, o Direito da Família é um dos quatro ramos do Direito Civil. Na óptica tradicional, o Direito da Família e o Direito das Sucessões demarcam-se dos demais ramos do Direito Civil, através da contraposição entre Direito comum e Direito institucional: o Direito da Família e o Direito das Sucessões são ramos de Direito Civil institucional; o Direito das Obrigações e os Direitos Reais são ramos de Direito Civil comum.

A divisão que se inspira na classificação germânica das relações jurídicas pressupõe que o Direito da Família é *Direito* e que se enquadra no Direito Privado.

Mas será o Direito da Família realmente *um Direito*?

Após a Segunda Guerra Mundial, numa reacção até certo ponto compreensível aos horrores do conflito, surgiu um movimento amplo de algum cepticismo perante o Estado, a autoridade e a sociedade, que deu corpo a análises que denunciaram as limitações do Direito na regulamentação da família.

II. Um dos grandes juristas que se levantará para exprimir o novo “sentimento ideológico” será Jemolo: a família, afirma, “não pode ser reduzida a uma construção jurídica”, lembra sobretudo

⁹ JEMOLO, “La famiglia e il Diritto”, texto de conferência proferida em 1949, *Pagine sparse di Diritto e Storiografia*, Milão, Giuffrè, 1957, pp. 222 e s.

“afectos”, “diz mais respeito ao coração do que à razão”; é um instituto pré-jurídico, cuja essência não é susceptível de ser abarcada pela lei. O Direito só é plenamente eficaz “quando se trata de prescrever em matéria de valores económicos, do meu e do teu”; ora, pertencendo ao domínio dos valores imateriais, “a família aparece sempre como uma ilha que o mar do Direito pode tocar, mas apenas tocar”. E com esta última frase, que é constantemente citada ainda hoje nas obras italianas, Jemolo sustenta a essência metajurídica da família, instituição metaforicamente identificada com uma “rocha sobre a onda”, cujo “granito que forma a sua base pertence ao mundo dos afectos, dos instintos primordiais, à moral, à religião, e não ao mundo do Direito”.

III. Outra posição digna de menção é a de Carbonnier¹⁰, eminente estudioso da Sociologia do Direito, que é considerado o pai do Direito da Família francês posterior à Segunda Guerra Mundial. Na década de 60 do século passado, ele escreverá sobre o *non-droit*, definindo-o como “a ausência do Direito num certo número de relações humanas em que o Direito teria vocação técnica para estar presente”. Ora, para este autor, o *Direito da Família* seria justamente a área por excelência do *non-droit*. Na vida familiar, os indivíduos “só praticam o Direito de longe em longe, quando não é possível agir de outra forma (assim, quando é necessário celebrar o seu casamento ou quando um comprador receia a consequência de um regime matrimonial) e, no intervalo, eles vivem como se o Direito não existisse”. Ou seja, “há dias longos de *non-droit* para alguns instantes de Direito. Porque o *non-droit* é a essência, o Direito o acidente. Normalmente, o Direito apenas

¹⁰ CARBONNIER, “L’hypothèse du non-droit” (primeiramente publicado em 1963 nos *Archives de Philosophie du Droit*), *Flexible Droit (Pour une sociologie du droit sans rigueur)*, 7ª ed., Paris, LGDJ, 1992, pp. 23 e s.

entra em cena quando é chamado pela vontade expressa de pelo menos um dos interessados, ao passo que a sua vontade implícita é suficiente para o manter à parte”.

IV. No entanto, nenhuma das posições expostas nega natureza jurídica ao Direito da Família. O autor italiano admite uma regulamentação jurídica da família, embora menos eficaz do que aquela que versa outras realidades: a *ilha* de Jemolo não deixa de ser *tocada pelo mar do Direito*. Mediante a construção do *non-droit*, o autor francês mostra que afinal o Direito está presente na vida familiar, ainda que só se torne visível se for invocado pelas partes. Aliás, é o próprio Carbonnier¹¹ que, perguntando se o Direito da Família é realmente *um Direito*, refere a experiência da União Soviética (que, em 1926, aprovou um Código da Família, apesar da concepção marxista que atribuía ao Direito uma única finalidade – impor e gerir as desigualdades económicas) como prova histórica da absoluta necessidade de uma disciplina jurídica da família.

2.2 O Direito da Família na dicotomia Direito Público-Direito Privado

I. O regime jurídico da família, da união de facto, da convivência em economia comum e da protecção dos menores e idosos é vasto e heterogéneo, integrando, a par das normas que estão vertidas no Código Civil, outras que, designadamente, descrevem e punem “crimes contra a família”, regulam impostos de harmonia com a situação familiar ou parafamiliar dos contribuintes, atribuem direitos e benefícios aos trabalhadores e funcionários da Administração Pública que sejam pais, mães, cônjuges, membros de união de facto ou conviventes em economia comum, e conferem prestações

destinadas a assegurar a protecção social de certas pessoas, tendo em conta a respectiva situação familiar ou parafamiliar.

II. No seu conjunto, o regime jurídico da família é adverso à qualificação como Direito Privado, em virtude de conter normas de Direito Penal, de Direito Fiscal, de Direito da Função Pública e da Segurança Social. Estas normas, aliadas às do Direito do Trabalho, formam o que se convencionou chamar Direito não civil da família¹², que é parte de um Direito da Família em sentido amplo¹³.

III. Ora, aqui não será estudado esse *Direito não civil da família*. Olhemos, pois, para o Direito da Família em sentido restrito, correspondente às normas que se incluem no Livro IV do Código Civil e às normas que, situadas noutros locais, estabeleçam uma disciplina análoga ou complementar. Será um Direito Privado?

Vários aspectos sugerem uma resposta negativa: no Direito da Família propriamente dito, proliferam as normas injuntivas; nas enumerações legais, as situações jurídicas familiares principais são referidas como deveres e não como direitos; o Estado intervém constantemente no momento da constituição e da extinção das relações jurídicas familiares; é consagrada a figura das responsabilidades parentais; é apreciável o peso dos processos de jurisdição voluntária, bem como dos processos e providências de cariz administrativo.

São, p.e, injuntivas muitas das normas sobre constituição, efeitos e extinção das relações jurídicas familiares, v.g., as que respeitam

¹² Cf. AA.VV., *Le droit non civil de la famille*, Paris, PUF, 1983.

¹³ Cf. CORNU, *La famille* p. 11, que aponta como principais ramos do Direito da Família em sentido amplo o Direito Social da Família (que agrega as normas do Direito do Trabalho, da Função Pública e da Segurança Social), o Direito Penal da Família, o Direito Fiscal da Família e o Direito do estatuto civil da Família.

aos impedimentos matrimoniais, aos deveres conjugais, às modalidades e causas do divórcio, aos modos de estabelecimento da filiação, ao conteúdo e ao exercício das responsabilidades parentais, à impugnação da paternidade presumida, aos requisitos e revogação da adopção. Tal profusão de normas injuntivas é motivada por razões de interesse público e circunscreve em muito a autonomia privada, princípio que é fundamental no campo do Direito Privado.

No Direito Privado, o direito subjectivo é a situação jurídica paradigmática, emanação da ideia de liberdade, de autonomia privada¹⁴. Contudo, a lei alude às principais situações jurídicas emergentes do casamento e da relação de filiação como deveres e não como direitos (cf. arts. 1672º e 1874º), destacando o aspecto da vinculação.

A intervenção de entidades estatais (v.g., juiz e conservador do registo civil)¹⁵ é indispensável para efeitos de celebração e invalidação do casamento, de divórcio, de estabelecimento da filiação biológica, de constituição do vínculo de adopção e de extinção retroactiva do vínculo de filiação biológica ou adoptiva. Além disso, não é de excluir a interferência oficiosa do Estado em relações familiares já constituídas (cf. arts. 1915º, 1918º e 1920º).

As responsabilidades parentais atribuem a um sujeito (o pai) poderes de autoridade sobre outro (o filho menor), o que se harmoniza mal com a visão do Direito Privado como área que regula situações em que as partes estão numa posição paritária.

O processo instrumental prototípico do Direito Privado (processo civil comum declarativo) corre nos tribunais e é encarado sobretudo como um assunto das partes, em que o princípio dispositivo

¹⁴ Cf. MENEZES CORDEIRO, *TDCI*/1 p. 328; PAIS DE VASCONCELOS, *TGDC* p. 16.

¹⁵ Ou de entidades equiparadas, cuja competência resulta de uma determinação estatal (v.g., pároco ou ministro do culto).

predomina sobre o princípio inquisitório, competindo a um juiz resolver o litígio à luz de regras materiais precisas. No entanto, em muitos dos processos aplicáveis a matérias de Direito da Família (cf. arts. 1412º-1424º do CPC e as disposições gerais dos processos de jurisdição voluntária, constantes dos arts. 1409-1411º do CPC; os arts. 5º-16º do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro; os arts. 227º, 231º, 271º a 274º do CRC), vigora o princípio dispositivo; as providências são adoptadas segundo critérios de conveniência e de oportunidade¹⁶, e não de legalidade estrita; e é reconhecida competência a entidades administrativas, como é o caso do conservador do registo civil.

IV. À primeira vista, os dados favorecem orientações, como a de CICU que considerou o Direito da Família um *tertium genus*, ao lado do Direito Público e do Direito Privado¹⁷. Todavia, o Direito da Família é um ramo de Direito Privado¹⁸. O único critério atendível é o da posição dos sujeitos¹⁹. Os grupos familiares e parafamiliares não são entes públicos, e os seus membros actuam entre si destituídos de *ius imperii*²⁰.

¹⁶ Critérios típicos da decisão materialmente administrativa: cf. JOÃO CAUPERS, *Direito Administrativo*, Lisboa, Aequitas/Editorial de Notícias, 1995, pp. 46-47.

¹⁷ CICU, *Il Diritto di Famiglia. Teoria generale*, Roma, Athenaeum, 1914.

¹⁸ Contra, PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* p. 15, sublinhando "o carácter redutor de qualquer explicação simplista que tome o Direito da Família quer como ramo de direito privado, quer como ramo de direito público, apenas".

¹⁹ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito* p. 335.

²⁰ As responsabilidades parentais não correspondem a um poder de autoridade política (cf. CASTRO MENDES/TELXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 21, sobre o poder paternal).

O Direito da Família é, pois, Direito Civil ou Direito Privado Comum. As suas regras disciplinam a condição normal das pessoas²¹

× 3. Plano, fontes e bibliografia

× 3.1. Plano de leccionação do Direito da Família

I. O programa de Direito da Família compreende uma introdução e quatro partes: a primeira parte é sobre o Direito da Filiação; a segunda intitula-se "Direito Tutelar"; a terceira versa o Direito Matrimonial; e a quarta trata do que designamos Direito Convivencial.

II. A repartição adoptada afasta-se da orientação tradicional, que se cinge à Introdução, ao Direito Matrimonial e ao Direito da Filiação. As matérias da protecção de crianças, jovens e idosos (Direito Tutelar), da união de facto e da convivência em economia comum (Direito Convivencial) são autonomizadas, de harmonia com a evolução social e o objecto que foi assinalado ao ramo de Direito em apreço²².

A Introdução segue a sistematização comum, salvo quanto aos seguintes aspectos: o estudo desenvolvido da união de facto não é feito na fase introdutória, mas após o casamento, por se entender que é o melhor momento para se proceder a uma comparação e a um contraste com a união conjugal e também por se considerar que a relação parafamiliar justifica uma divisão específica; o estudo desenvolvido da adopção também não é feito na fase introdutória, já que é inequívoca a relevância autónoma desta

²¹ Sobre a noção de Direito Civil, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito* p. 343.

²² Cf., *supra*, n.º 1 da Introdução.

matéria; no momento introdutório, é considerada a obrigação de alimentos enquanto efeito importante da generalidade das relações jurídicas familiares, rejeitando-se quer a linha sistemática do Código Civil, que lhe atribui o último título do Livro IV (atitude que é equívoca, levando erroneamente a crer que se está perante uma matéria com natureza idêntica à das figuras dos títulos precedentes – casamento, filiação e adopção), quer a tendência para efectuar unicamente alusões pontuais à obrigação de alimentos a propósito de cada uma das relações familiares nominadas; a atribuição de um número à problemática do Direito Europeu da Família, o que se impõe tanto pela polémica existente como pelos actos comunitários que já vigoram.

A Parte I cabe ao Direito da Filiação, prioridade que se justifica pela relevância actual deste sector e pela *natureza das coisas*. Afinal, a condição de filho precede a de cônjuge e o vínculo de filiação existe independentemente de ter sido ou não celebrado casamento entre os pais.

A Parte I compreende três capítulos: constituição do vínculo de filiação (Capítulo I); efeitos da filiação (Capítulo II); extinção do vínculo de filiação (Capítulo III).

Na nossa óptica, são três as modalidades de filiação: a filiação biológica, a filiação adoptiva e a filiação por consentimento não adoptivo. Por conseguinte, nos Capítulos I, II e III da Parte I serão estudados a constituição, os efeitos e a extinção de cada uma destas modalidades de filiação, o que inclui, sublinhe-se, toda a matéria da adopção.

No Capítulo I da Parte I, atinente à constituição do vínculo de filiação, que compreende cinco secções, serão tomadas em conta as particularidades não só das modalidades como das submodalidades da filiação. Deste modo, após a Secção I, sobre *noção e modalidades de filiação, depara-se com a Secção II, dedicada ao estabelecimento da filiação derivada de acto sexual; a Secção III, relativa à constituição do vínculo de adopção; a Secção IV, que se ocupa do problema do estabelecimento da*

filiação no caso de procriação medicamente assistida; e a Secção V, constituição da filiação por consentimento não adoptivo.

O regime da impugnação da maternidade, da impugnação da paternidade, da impugnação e anulação da perfilhação, tradicionalmente integrado pela doutrina no domínio do estabelecimento da filiação, será analisado apenas no Capítulo III, em virtude de se estar perante a problemática da extinção (retroactiva) do vínculo de filiação. Foi atribuída uma secção do Capítulo I a uma submodalidade de filiação, atendendo à singularidade da procriação medicamente assistida, secção essa que é a quarta por se entender que, para melhor compreensão da matéria, é aconselhável um prévio conhecimento de aspectos fundamentais tanto do estabelecimento da filiação derivada de acto sexual como da constituição do vínculo de filiação adoptiva. À filiação por consentimento não adoptivo caberá a última secção do Capítulo I, devido à sua forte ligação com as técnicas de procriação medicamente assistida.

O Capítulo II subdivide-se em três secções: a Secção I, para noções sobre efeitos da filiação; a Secção II, para os efeitos gerais da filiação; e a Secção III, das responsabilidades parentais, que é talvez a mais importante de toda a Parte I.

O Capítulo III da Parte I tem uma estrutura dicotómica: a Secção I, que abarca a extinção retroactiva do vínculo da filiação (v.g., impugnação da maternidade, impugnação da paternidade, impugnação e anulação da perfilhação); a Secção II, que se refere à extinção não retroactiva do vínculo de filiação.

A Parte II, relativa a um sector que se destina a suprir a inexistência ou ineficiência do vínculo de filiação, o Direito Tutelar civil, de protecção, observa também uma estrutura dicotómica: o Capítulo I ocupa-se da protecção de crianças e jovens em perigo; o Capítulo II refere-se à protecção dos idosos.

A Parte III é atribuída ao Direito Matrimonial, dividindo-se em três capítulos: constituição do vínculo matrimonial (Capítulo I); efeitos do casamento (Capítulo II); e extinção do vínculo matrimonial (Capítulo III).

A busca de uma gestão mais equilibrada do tempo entre as grandes áreas do Direito da Família impôs uma acentuada atenuação do peso conferido ao tema da constituição do vínculo matrimonial, opção que se afigura racional numa época em que a litigância no domínio da invalidade do casamento está muito aquém da que se verifica no domínio do divórcio (v.g., dos efeitos patrimoniais do divórcio). As matérias da separação de facto e da separação de pessoas e bens são estudadas naquela que é a última secção do capítulo II, "efeitos do casamento em situações de ruptura da vida em comum".

A última parte pertence ao Direito Convivencial, que tem por objecto, fundamentalmente, a união de facto e a convivência em economia comum, figuras em que as partes vivem voluntariamente em comunhão de habitação sem estarem ligadas entre si por um vínculo matrimonial. Nesta edição, também será considerada aqui a chamada "união sem comunhão de habitação" (LAT).

As partes mais importantes são a primeira e a terceira, que, conseqüentemente, merecerão a maior atenção. No ensino do Direito da Família, haverá a preocupação de dar ao Direito da Filiação uma preponderância não inferior à do Direito da Filiação²³.

3.2. Fontes do Direito civil da Família

Convém distinguir as fontes estatais das extra-estatais.

I. Na ordem jurídica portuguesa actual, destacamos as seguintes fontes estatais:

— Os arts. 36º, 67º a 70º e 72º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

²³ Cf., *infra*, Parte I, n.º 1 II.

- O Livro IV do Código Civil (CC), com as alterações introduzidas pela Lei n° 23/2010, de 30 de Agosto.
- A Lei n° 6/2010, de 11 de Maio, sobre medidas de protecção de pessoas que vivam em economia comum.
- A Lei n° 7/2001, de 11 de Maio, sobre medidas de protecção das uniões de facto, com as alterações introduzidas pela Lei n° 23/2010, de 30 de Agosto.
- O Código do Registo Civil (CRC), com as alterações introduzidas pela Lei n° 29/2009, de 29 de Junho.
- O DL n° 272/2001, de 13 de Outubro (Novas competências do Registo Civil), com as alterações introduzidas pela Lei n° 61/2008, de 31 de Outubro.
- Os arts. 146° e s. (processos tutelares cíveis) da Organização Tutelar de Menores (OTM), aprovada pelo DL n° 314/78, de 27 de Outubro, com as alterações introduzidas pela Lei n° 31/2003, de 22 de Agosto.
- Os arts. 3°-27° (adopção) do DL n° 185/93, de 22 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei n° 28/2007, de 2 de Agosto.
- A Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP), aprovada pela Lei n° 147/99, de 1 de Setembro, com as alterações introduzidas pela Lei n° 31/2003, de 22 de Agosto.
- Os arts. 10°, al. b), 11°, 19°, 58° a 61° da Lei n° 16/2001, de 22 de Junho (Lei da Liberdade Religiosa).
- Os arts. 1118°-1121°-A (execução especial por alimentos), 1407°-1408° (divórcio e separação litigiosos), 1412° a 1417°-A (providências relativas aos filhos e aos cônjuges), 1419°-1424° (separação ou divórcio por mútuo conhecimento), 1442°-1445° (conselho de família) do Código do Processo Civil (CPC).
- A Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA), Lei n° 32/2006, de 26 de Julho, que foi alterada pelo art. 4°, n° 3, da Lei n° 59/2007, de 4 de Setembro (que se limitou a aditar à LPMA o art. 43°-A, que tem por epígrafe “responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas”).

A enumeração não é nem pretende ser exaustiva. A fonte principal é o Livro IV do Código Civil. Seja como for, os estudiosos do Direito da Família devem ter o máximo cuidado na consulta das fontes. É preciso verificar se se está perante as versões mais recentes: p.e., a última alteração do Livro IV do Código Civil foi introduzida pela Lei n° 23/2010, de 30 de Agosto. É indispensável uma boa articulação das várias fontes, designadamente, do ponto de vista da interpretação, da revogação e da hierarquia: p.e., o uso da expressão “descendentes legítimos” no art. 1703°, n° 2, colide com o disposto no art. 36°, n° 4, 2ª parte, da CRP. E sobre os ombros do intérprete recai uma tarefa adicional: a superação de insuficiências manifestas decorrentes de uma técnica legislativa por vezes infeliz e apressada (cf., p.e., o DL n° 163/95, de 13 de Junho, que modificou os arts. 1604°, al. a), e 1612°, n° 2, passando a conferir ao conservador do registo civil competência exclusiva quanto ao suprimento da autorização dos pais ou do tutor para o casamento do nubente menor, mas que manteve inalterado o art. 1649°, n° 1, na redacção do DL n° 496/77, de 25/11, no qual se alude ao suprimento judicial da autorização).

II. No domínio das fontes extra-estatais, há que distinguir as fontes de Direito Internacional Público das fontes da União Europeia. No seio das numerosas fontes de Direito Internacional Público, merecem especial atenção as seguintes:

- Os arts. 13°-16° (casamento católico) da Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé, assinada em 18 de Maio de 2004, na cidade do Vaticano²⁴.

²⁴ O respectivo texto foi publicado em anexo à Resolução da Assembleia da República n° 74/2004, DR I série-A, de 16 de Novembro de 2004. A Concordata entrou em vigor no dia 18 de Dezembro de 2004, data da troca dos instrumentos de ratificação (cf. Aviso n° 23/2005, DR I série-A, de 26 de Janeiro de 2005), substituindo a Concordata de 7 de Maio de 1940.

- A Convenção para a Cobrança de Alimentos no Estrangeiro, concluída em Nova Iorque, em 20 de Junho de 1956²⁵.
- A Convenção sobre o Reconhecimento e Execução das Decisões Relativas às Obrigações Alimentares, concluída na Haia em 2 de Outubro de 1973²⁶.
- A Convenção Europeia em Matéria de Adopção de Crianças, aberta à assinatura em 24 de Abril de 1967²⁷.
- A Convenção Europeia sobre o Reconhecimento e a Execução das Decisões Relativas à Guarda de Menores e sobre o Restabelecimento da Guarda de Menores, aberta à assinatura em 20 de Maio de 1980²⁸.
- A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, concluída na Haia em 25 de Outubro de 1980²⁹.
- A Convenção sobre os Direitos da Criança, feita em Nova Iorque em 20 de Novembro de 1989³⁰.
- A Convenção sobre a Protecção das Crianças e a Cooperação em Matéria de Adopção Internacional, feita na Haia em 29 de Maio de 1993³¹.

²⁵ O respectivo texto foi publicado em anexo ao DL n° 45.942, de 28 de Setembro de 1964.

²⁶ O respectivo texto foi publicado em anexo ao Decreto n° 338/75, de 2 de Julho.

²⁷ O respectivo texto foi publicado em anexo à Resolução da Assembleia da República n° 4/90, DR I série, de 31 de Janeiro.

²⁸ O respectivo texto foi publicado em anexo ao Decreto n° 136/82, de 21 de Dezembro.

²⁹ O respectivo texto foi publicado em anexo ao Decreto n° 33/83, de 11 de Maio.

³⁰ O respectivo texto foi publicado em anexo à Resolução da Assembleia da República n° 20/90, DR I série, de 12 de Setembro.

³¹ O respectivo texto foi publicado em anexo à Resolução da Assembleia da República n° 8/2003, DR I série-A, de 25 de Fevereiro. O instrumento de ratificação foi depositado em 19 de Março de 2004, pelo que a Convenção entrou em vigor no território português em 1 de Julho de 2004 (art. 46º, n° 2, al. a), da mesma Convenção).

- A Convenção relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Protecção das Crianças, adoptada na Haia em 19 de Outubro de 1996³².
- A Convenção Relativa à Emissão de Um Certificado de Capacidade Matrimonial, celebrada em 5 de Setembro de 1980 no âmbito da Comissão Internacional do Estado Civil³³.
- A Convenção sobre o Reconhecimento dos Divórcios e Separações de Pessoas, concluída na Haia em 1 de Junho de 1970³⁴.

No seio das fontes da União Europeia, refira-se:

- O Regulamento (CE) n° 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000³⁵, designado “Regulamento Bruxelas I”, relativo à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial.
- O Regulamento (CE) n° 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro do mesmo ano³⁶, designado “Regulamento Bruxelas II bis”, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, que revoga o Regulamento (CE) n° 1347/2000, de 29 de Maio de 2000 (“Regulamento Bruxelas II”).

³² O respectivo texto foi publicado em anexo ao Decreto n° 52/2008, de 13 de Novembro.

³³ O respectivo texto foi publicado em anexo ao Decreto n° 40/84, de 24 de Julho.

³⁴ O respectivo texto foi publicado em anexo à Resolução da Assembleia da República n° 23/84, DR I série, de 27 de Novembro.

³⁵ JO L 12, de 16/1/2001, pp. 1 e s.

³⁶ JO L 338, de 23/12/2003, pp. 1 e s.

- O Regulamento (CE) n° 805/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, que cria o título executivo europeu para créditos não contestados³⁷.
- O Regulamento (CE) n° 4/2009 do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares³⁸.

~~As fontes extra-estatais mencionadas prevalecem sobre as fontes estatais infraconstitucionais, nos termos do art. 8° da CRP,~~ pelo que, em áreas de regulamentação comum, há que averiguar se a lei portuguesa é ou não compatível com o Direito Internacional e Europeu.

× 3.3. Bibliografia geral da disciplina de Direito da Família

I. No âmbito da bibliografia portuguesa subsequente à Reforma do Código Civil de 1977 (que alterou profundamente o Direito da Família), avultam as seguintes obras:

- CASTRO MENDES, J./TEIXEIRA DE SOUSA, M. – *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 1990/1991.
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona/PEREIRA, José Silva, *Direito da Família. Tópicos para uma Reflexão Crítica*, Lisboa, AAFDL, 2008.
- PEREIRA COELHO, F./GUILHERME DE OLIVEIRA – *Curso de Direito da Família*, com a colaboração de Rui Moura Ramos, Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, *Introdução. Direito Matrimonial*, 4ª ed., 2008, e vol. II, *Direito da Filiação*, tomo I, *Estabelecimento da Filiação. Adopção*, 2006.

³⁷ JO L 143, de 30/4/2004, pp. 15 e s.

³⁸ JO L 7, de 10/1/2009, pp. 1 e s. Todavia, a maioria das respectivas disposições legais não são aplicáveis antes de 18/6/2011 (cf. art. 76°).

- ANTUNES VARELA – *Direito da Família*, vol. I, 5ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999.
- PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA – *Código Civil Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, vol. IV, 2ª ed., 1992, e vol. V, 1995.
- LEITE DE CAMPOS, D. – *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1999.
- EDUARDO DOS SANTOS – *Direito da Família*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1999.
- GONÇALVES PROENÇA, J.J. – *Direito da Família*, 4ª ed., Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2008.

— Apesar de não ser um manual, é fundamental a obra de PAMPLONA CORTE-REAL, C., *Direito da Família e das Sucessões (Relatório)*, Lisboa, Lex, 1996. Trata-se de um trabalho minucioso sobre o ensino da disciplina, em que é feito um levantamento crítico dos problemas e pontos sensíveis do Direito da Família moderno, em Portugal e noutros países europeus. Neste texto, é patente a visão original, viva e profunda de um insigne professor, que, ao longo da sua carreira como docente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pugnou pela elevação do nível científico de uma área que, por vezes, vinha sendo indevidamente esquecida e preterida.

De referir também a obra de DUARTE PINHEIRO, J., *O ensino do Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2008, sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina de Direito da Família no curso de licenciatura em Direito.

Embora também não seja um manual, afigura-se útil a consulta da obra de DUARTE PINHEIRO, J., *O núcleo intangível da comunhão conjugal (os deveres conjugais sexuais)*, Coimbra, Almedina, 2004, que se não limita a averiguar se a lei continua ou não a impor aos cônjuges o dever de não terem relações sexuais com terceiro e o dever de terem relações sexuais com o outro e, em caso afirmativo, qual o significado de tal imposição.

Estudando uma problemática que se insere bem no centro da *tempestade* que atinge uma das grandes partes do Direito da Família, a dissertação de doutoramento encerra uma proposta de clarificação do regime matrimonial no seu todo e de determinação do conteúdo, eficácia, natureza e garantia da generalidade das situações jurídicas familiares.

II. Na vasta bibliografia estrangeira, é de citar:

- ROCA I TRÍAS, E. (coord.) – *Derecho de Familia*, 3ª ed., Valência, Tirant lo Blanch, 1997.
- ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 11ª ed., Madrid, Edisofer, 2008.

A segunda obra pondera as alterações à lei espanhola, em 2005, que permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo e a adopção conjunta por casais homossexuais.

- CARBONNIER, Jean – *Droit civil, Tomo 2, La famille, l'enfant, le couple*, 21ª ed., Paris, PUF, 2002.
- FENOUILLET, Dominique, *Droit de la famille*, 2ª ed., Paris, Dalloz, 2008.
- TERRÉ, François/SIMLER, Philippe – *Droit civil: Les régimes matrimoniaux*, 5ª ed., Paris, Dalloz, 2008.

A obra de CARBONNIER, já falecido, é um clássico. Todavia, a última edição é posterior à legislação francesa que modificou o regime do divórcio (Lei de 26 de Maio de 2004, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2005), da filiação (*Ordonnance* nº 2005-759, de 4 de Julho de 2005) e do PACS³⁹ (Lei nº 2006-728, de 23/6/2006, que também mudou a generalidade da matéria sobre

³⁹ "Pacte civil de solidarité", figura de Direito Convencional, que pode ser definida como um contrato que se destina a organizar a comunhão de vida entre duas pessoas que não contraíram casamento entre si.

sucessões e liberalidades), legislação que, em contrapartida, é considerada na obra de FENOUILLET. Seja como for, nenhum dos dois livros se ocupa desenvolvidamente do direito patrimonial do casamento, que, na tradição doutrinária francesa, é estudado em separado da restante matéria jusfamiliar. Daí, a indicação do texto de TERRÉ/SIMLER.

- BONILINI, Giovanni – *Manuale di Diritto di Famiglia*, 5ª ed., Turim, UTET, 2010.

Note-se, porém, que as obras italianas mais interessantes de Direito da Família não são propriamente os manuais, mas monografias e obras colectivas sobre determinados sectores da disciplina.

- GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 5ª ed., Munique, Beck, 2006.
- SCHWAB, Dieter, *Familienrecht*, 18ª ed., Munique, Beck, 2010.

O manual de Gernhuber/Coester Waltjen enquadra-se plenamente na rigorosa tradição civilística germânica. A obra de Schwab, menos elaborada, foi objecto de uma edição mais recente.

- HERRING, Jonathan – *Family Law*, 4ª ed., Harlow (Inglaterra), Pearson, 2009.

Obra inglesa valiosa que um jurista da Europa Continental lê com gosto e muito proveito.

- WEISBERG, D. Kelly, *Family Law*, 2ª ed., Nova Iorque, Aspen, 2008.

Obra algo elementar que vale sobretudo por dar uma panorâmica do Direito da Família que vigora no território dos Estados Unidos da América.

- DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil brasileiro*, 5º vol., *Direito de Família*, 25ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

A projecção do Brasil no plano global e no quadro das relações com Portugal justifica plenamente a referência a este manual muito conhecido no maior País de língua portuguesa.

Numa atitude assumidamente vanguardista e controversa, não se pode deixar de mencionar, por fim, DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

4. A demanda do critério de relação jurídica familiar

A relação jurídica familiar é um conceito fulcral no Direito da Família. Além de constituir uma parte substancial do objecto deste ramo, contribui para a delimitação do restante objecto: as relações parafamiliares são consideradas por força da sua semelhança com relações familiares; a inclusão da protecção de crianças, jovens e idosos é produto de uma construção funcional que se inspira nos deveres jurídicos de protecção emergentes de ligações que se reconduzem a relações familiares.

4.1. O elenco legal de fontes de relações jurídicas familiares

Todavia, a lei renuncia à apresentação de uma noção de relação jurídica familiar. Em vez disso, o art. 1576º, que abre o Livro IV do Código Civil, enumera aquilo que qualifica como “fontes das relações jurídicas familiares”: o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção. O elenco é infeliz: o parentesco e a afinidade não são fontes ou factos constitutivos das ligações jurídicas familiares; são relações jurídicas familiares. A fonte do parentesco é a procriação ou geração. A fonte da afinidade é a conjugação do casamento-acto com a procriação.

Quanto ao casamento e à adopção, podem ser entendidos ou como factos constitutivos (casamento-acto, acto de adopção) ou como relações jurídicas familiares (casamento-estado ou relação matrimonial, vínculo de adopção). Isto quer dizer que um elenco

correcto de fontes das relações jurídicas familiares abarcaria o casamento enquanto acto, a procriação, o casamento-acto conjugado com a procriação e o acto de adopção.

4.2. A qualificação como relação jurídica familiar

I. O elenco legal de fontes conceptualmente rectificado permite a identificação das relações familiares nominadas: o casamento enquanto estado ou relação matrimonial, o parentesco, a afinidade e o vínculo de adopção. Só que a terminologia, que está consolidada, não é rigorosa: as chamadas relações familiares são simples vínculos jurídicos e não verdadeiras relações jurídicas⁴⁰. Uma relação jurídica em sentido técnico acarreta situações jurídicas relativas, um direito de uma pessoa a que corresponde um dever de outra, o que nem sempre acontece nos casos indicados (p.e., não existem direitos e deveres entre parentes no 4º grau da linha colateral).

II. A doutrina dominante entende que não há mais relações jurídicas familiares para além das que se extraem do art. 1576º. O problema é normalmente discutido a propósito da união de facto. Certos autores⁴¹ pressupõem, pura e simplesmente, a taxatividade do enunciado legal. Outros consideram que uma relação jurídica familiar implica deveres familiares⁴² ou um estado pessoal⁴³.

Atendendo aos ensinamentos da Teoria Geral do Direito, em princípio, as tipologias legais não são taxativas⁴⁴. Acresce que

⁴⁰ Cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 11.

⁴¹ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF I* pp. 33, 34-35, 59-60.

⁴² Cf. ANTUNES VARELA, *DF* p. 31.

⁴³ Cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 15.

⁴⁴ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito* p. 454.

as deficiências técnicas de que padece o art. 1576º (confusão de fontes das relações com relações, uso impróprio do termo “relação jurídica”) não favorecem a ideia de que o enunciado é fechado só porque foi elaborado por um legislador que não recorreu a expressões que revelassem o carácter meramente exemplificativo do mesmo (v.g., são fontes das relações jurídicas familiares, *entre outras*, o casamento, etc.).

Quanto à opinião que associa relação jurídica familiar e deveres familiares, já se verificou que não é essencial que haja direitos e deveres entre as pessoas ligadas por relações familiares. No que toca à referência ao estado pessoal⁴⁵, supomos que seria útil desde que obtivesse uma concretização de cariz material, o que, no contexto, não parece acontecer.

De qualquer modo, sabe-se que a lei qualificou certas situações como relações familiares. Não se podendo presumir a arbitrariedade da lei (cf. art. 9º, nº 3), haverá certamente um critério que presidiu à qualificação. A detecção do critério exige uma análise prévia das relações familiares nominadas.

4.3. Referência genérica ao casamento e à adopção

I. A primeira das relações familiares nomeadas pelo art. 1576º é o casamento. O artigo subsequente define o casamento como “o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”. A noção, que tem em vista o casamento-acto, pode, porém, ser adaptada ao casamento-estado: a relação matrimonial consiste no vínculo entre duas pessoas

⁴⁵ Cf., além da obra citada, *supra*, na nota 43, CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 1978 pp. 100-101, que considera estados pessoais as qualidades que se encontrem inscritas no registo civil.

que celebraram um contrato válido pelo qual se comprometeram a constituir família mediante uma plena comunhão de vida⁴⁶.

Mas não se pretende efectuar agora um estudo completo da relação matrimonial, o que seria descabido nesta fase introdutória. Dado o nosso propósito imediato (a apreensão do critério legal de relação jurídica familiar), será suficiente uma análise genérica.

A constituição do vínculo matrimonial faz-se por um contrato que tem de ser celebrado perante entidade com competência funcional para o acto (funcionário do registo civil, pároco ou ministro do culto) ou funcionário de facto, sob pena de inexistência (arts. 1628º, al. a), e 1629º), a não ser que se trate de casamento urgente. De qualquer modo, para ser juridicamente existente, o casamento urgente carece de um acto posterior, a homologação pelo funcionário do registo civil, salvo se tiver sido considerado como católico pelas autoridades eclesiásticas (arts. 1628º, al. b), e 1624º, nº 1, al. d)).

O casamento está sujeito a registo civil obrigatório (art. 1651º, nº 1). Na falta deste e de disposição legal em contrário, o vínculo matrimonial não pode ser invocado (art. 1669º, nº 1).

A relação matrimonial traduz-se na obrigação de plena comunhão de vida que se concretiza em deveres recíprocos de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência (art. 1672º) e, de certa forma, num regime diferenciado em matéria de bens e dívidas (arts. 1678º e s.).

Com a morte de uma das partes, à outra cabe uma posição privilegiada na sucessão legal do *de cuius* (cf. arts. 2133º, nº 2, e 2157º). A extinção do vínculo matrimonial por outro motivo que não a morte (v.g., divórcio, invalidade) exige a intervenção de uma entidade estatal (juiz, conservador do registo civil) ou equiparada (autoridade eclesiástica).

⁴⁶ Cf. DUARTE PINHEIRO, *Casamento* pp. 90-91.

II. As relações de parentesco e de afinidade serão tratadas em números subsequentes próprios, pelo que resta aludir aqui à adopção, cujo estudo circunstanciado ocorrerá na Parte I.

Nos termos do art. 1586°, a adoção “é o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos artigos 1973° e seguintes”. A constituição do vínculo depende da vontade de uma das partes, o adoptante (cf. arts. 1990°, nº 1, al. a), e 1993°, nº 1), e faz-se por sentença judicial (art. 1973°, nº 1), que tem de ser proferida num processo próprio (o processo de adopção, regulado, nomeadamente, nos arts. 162° e s. da OTM).

Em razão dos efeitos, distingue-se a adopção plena da restrita (art. 1977°, nº 1). O efeito principal comum às duas espécies de adopção é a atribuição ao adoptante do poder paternal sobre o adoptado (cf. art. 1997°). A adopção plena é equiparada à filiação biológica e extingue normalmente as relações familiares entre o adoptado e a sua família biológica (art. 1986°). No entanto, a adopção restrita não acarreta a extinção total das situações jurídicas familiares entre o adoptado e os seus parentes (cf. art. 1994°), nem uma ligação familiar entre o adoptado e os parentes do adoptante. Isto significa que a noção legal de adopção, enquanto “imitação da filiação natural”, se ajusta melhor à adopção plena do que à adopção restrita.

Tudo ponderado, a adopção corresponde à relação que, independentemente dos laços de sangue, se estabelece entre duas pessoas, tendo como objecto situações jurídicas paterno-filiais, e que é constituída por sentença judicial, decretada a pedido de uma das partes, o adoptante, na sequência de um processo próprio, o chamado processo de adopção.

À semelhança do casamento, a adopção é um acto que tem de ser registado (art. 1°, nº 1, al. c), do CRC), não se podendo, em princípio, invocar o vínculo adoptivo antes disso (art. 2° do CRC).

A extinção do vínculo de adopção só pode ter lugar por via judicial (cf. arts. 1989°, 1990°, 1991°, 1993°, nº 1, 2002°-B, 2002°-C e 2002°-D) ou por morte.

5. O parentesco

5.1. Noção de parentesco; graus e linhas

I. A lei define parentesco como “o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum” (art. 1578°).

II. O parentesco, que é uma relação de consaguinidade, ou de laços de sangue, entre duas pessoas, determina-se por linhas e por graus: “cada geração forma um grau, e a série dos graus constitui a linha de parentesco” (art. 1579°). Quando uma das pessoas descende da outra, diz-se que são parentes na linha recta; quando nenhuma das pessoas descende da outra, mas ambas procedem de um progenitor comum, diz-se que são parentes na linha colateral (art. 1580°, nº 1). Na linha recta há tantos graus quantas as pessoas que formam a linha de parentesco, excluindo uma delas (cf. art. 1581°, nº 1) – o único progenitor, quando se determina o parentesco entre pai e filho, ou o progenitor pertencente à geração mais antiga, nas restantes hipóteses. Na linha colateral há tantos graus quantas as pessoas que formam a linha de parentesco, não se contando o progenitor comum (art. 1581°, nº 2).

Exemplo: Antónia é mãe de Bento e de Carla; Bento é pai de Daniel e Carla é mãe de Eduarda; Antónia e Bento ou Antónia e Carla são parentes no 1° grau da linha recta (pais e filhos); Bento e Carla são parentes no 2° grau da linha colateral (irmãos); Carla e Daniel ou Bento e Eduarda são parentes no terceiro grau da linha colateral (tios e sobrinhos); Antónia e Daniel ou Antónia e Eduarda são parentes no 2° grau da linha recta (avós e netos);

Daniel e Eduarda são parentes no 4º grau da linha colateral (primos direitos).

O parentesco na linha recta pode ser descendente ou ascendente. (art. 1580º, n.º 2): é descendente quando se parte do ascendente para o que dele procede; é ascendente quando se parte do descendente para o progenitor. P.e.: Antónia é ascendente no 1º grau da linha recta de Bento e este é descendente no 1º grau da linha recta daquela.

Fora do âmbito do Título I do Livro IV do Código Civil, a lei distingue entre linha paterna e materna (cf. art. 1952º, n.º 2). P.e., Ana é mãe de Berto, Carla e Dionísio; Raul é pai de Berto, Carla e Eduardo; Tânia é mãe de Eduardo; Tomé é pai de Dionísio. Dionísio é parente de Berto e Carla no 2º grau da linha colateral *materna*; Eduardo é parente de Bento e Carla no 2º grau da linha colateral *paterna*; Berto é parente de Carla no 2º grau da linha colateral *materna e paterna*. Quando duas pessoas são parentes quer na linha paterna quer na linha materna fala-se de duplo parentesco ou parentesco bilateral; se elas são, além disso, parentes no 2º grau da linha colateral (caso de Bento e Carla), diz-se que são irmãos germanos ou bilaterais (cf. art. 2146º). O parentesco é unilateral se se verifica apenas por via de uma das linhas, a paterna ou a materna; os parentes no 2º grau da linha colateral só paterna ou só materna são designados como unilaterais. Quando esse parentesco unilateral resulta de terem um progenitor masculino comum, fala-se de irmãos consanguíneos (p.e., Eduardo é irmão consanguíneo de Bento e de Carla); sendo a mãe o progenitor comum, diz-se que são irmãos uterinos. (p.e., Dionísio é irmão uterino de Bento e de Carla).

5.2. Efeitos do parentesco

1. A fonte do parentesco é a procriação, mas “os poderes e deveres emergentes da filiação ou do parentesco só são atendíveis

se a filiação se encontrar legalmente estabelecida” (art. 1797º, n.º 2). No entanto, a filiação não legalmente estabelecida releva, excepcionalmente, nos termos do art. 1603º. E o estabelecimento da filiação tem eficácia retroactiva.

A filiação é um facto sujeito a registo-civil-obrigatório (art. 1º, n.º 1, al. b), do CRC), pelo que, em regra, a eficácia do parentesco só opera havendo registo da filiação estabelecida (cf. art. 2º do CRC).

Nos termos do art. 1582º, salvo disposição da lei em contrário, os efeitos do parentesco produzem-se em qualquer grau da linha recta e até ao sexto grau da linha colateral. O direito de representação na sucessão legal em benefício dos descendentes do irmão do autor da sucessão (cf. arts. 2042º, 2133º, n.º 1, al. c), e 2145º) constitui um dos raros exemplos em que o parentesco releva na linha colateral para além do sexto grau.

II. A relevância jurídica do parentesco varia em razão da linha e do grau. A mais importante espécie de relação de parentesco é a relação de filiação (maternidade ou paternidade), que será especialmente considerada na Parte I. Os principais efeitos específicos da relação de filiação são a vinculação recíproca dos respectivos sujeitos aos deveres de respeito, auxílio e assistência (art. 1874º) e a sujeição dos filhos ao poder paternal (ou às responsabilidades parentais) até à maioridade ou emancipação (cf. arts. 1877º e s.).

A segunda espécie de relação de parentesco tida como juridicamente mais importante é a que liga outros parentes na linha recta, nomeadamente avós e netos; a terceira, aquela que liga os irmãos entre si. Estas duas espécies de relação de parentesco são expressamente protegidas contra o exercício abusivo do poder paternal (cf. art. 1887º-A). Ssegue-se a relação entre uma pessoa e os descendentes do seu irmão, nomeadamente a ligação entre tio e sobrinho. A última espécie de relação de parentesco que assume algum peso é a do parentesco no 4º grau da linha colateral.

A referida hierarquia decorre dos principais efeitos do parentesco, aos quais passamos a aludir sem pretensões de exaustividade.

III. Entre os efeitos do parentesco que se produzem em vida de ambos os sujeitos da relação, é de destacar a obrigação de alimentos, que recai sobre os descendentes, os ascendentes, os irmãos e os tios, pela ordem indicada (cf. art. 2009º). Além disso, o parentesco produz efeitos no domínio do casamento, do estabelecimento da filiação e dos meios de suprir o poder paternal. Em matéria matrimonial, adiante-se que o parentesco na linha recta e o parentesco no segundo grau da linha colateral constituem impedimentos matrimoniais dirimentes (art. 1602º, als. a) e b)), enquanto o parentesco no terceiro grau da linha colateral corresponde a um impedimento impediante (art. 1604º, al. c)). No plano do estabelecimento da filiação, não é admitida a averiguação oficiosa da maternidade se, existindo perfilhação, a pretensa mãe e o perfilhante forem parentes na linha recta ou no segundo grau da linha colateral (art. 1809º, al. a)); e também não é admitida a averiguação oficiosa da paternidade se a mãe e o pretenso pai estiverem unidos por idênticos laços de parentesco (art. 1866º, al. a)). No campo dos meios de suprir o poder paternal, os parentes do menor estão entre as pessoas que podem ser chamadas pelo tribunal a exercer o cargo de tutor ou de vogal do conselho de família (arts. 1931º e 1952º).

IV. No que toca aos efeitos do parentesco que se produzem por morte de um dos sujeitos da relação, ou seja, os efeitos da extinção do parentesco por morte, assinala-se os que operam no campo da sucessão legal hereditária. Os descendentes, os ascendentes, os irmãos e seus descendentes e os outros parentes na linha colateral até ao 4º grau integram, respectivamente a 1ª, a 2ª, a 3ª e a 4ª classes de herdeiros legítimos (art. 2133º, nº 1). Os herdeiros de cada uma das classes de sucessíveis têm prioridade sobre os das classes imediatas (art. 2134º); no seio de cada classe,

os parentes de grau mais próximo preferem aos de grau mais afastado (art. 2135º). Os descendentes e ascendentes figuram ainda no elenco de herdeiros legítimos, sendo chamados a suceder segundo os mencionados princípios da preferência de classes e da preferência de graus de parentesco (art. 2157º).

O parentesco tem relevância ainda no campo da legitimidade para requerer providências destinadas a tutelar a memória do falecido (cf. arts. 71º, nº 2, 73º, 75º, nº 2, 76º, nº 2, e 79º, nº 2), da atribuição do direito a indemnização dos danos não patrimoniais causados por morte da vítima (art. 496º, nºs 2 e 3, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto) e da transmissão por morte do arrendamento para habitação (cf. art. 1106º, nºs 1, al. b), e nº 2; e art. 57º do NRAU).

5.3) Extinção do vínculo de parentesco

Os modos de extinção do vínculo de parentesco confundem-se com os de extinção do vínculo de filiação: cf., *infra*, Parte I, Capítulo III. Por conseguinte, a relação de parentesco extingue-se com a morte de um dos sujeitos ou na sequência de uma acção judicial (v.g., de impugnação da maternidade ou da paternidade).

6) A afinidade

6.1) Noção de afinidade; graus e linhas

I. A afinidade é o vínculo que liga cada um dos cônjuges ao parente do outro (art. 1584º). Ou seja, a constituição desta relação jurídica familiar depende da celebração de um casamento e da existência de uma relação de parentesco entre uma pessoa e um dos cônjuges.

II. A afinidade determina-se pelos mesmos graus e linhas que definem o parentesco (art. 1585º). Por exemplo, António, filho

de Carlos e Diana, casa-se com Berta, mãe de Eduardo, nascido de uma relação anterior; Carlos e Diana (sogros) são afins no 1º grau da linha recta de Berta (nora); António (padrasto) é afim no 1º grau da linha recta de Eduardo (enteado); António tem um irmão, Fernando, que será afim no 2º grau da linha colateral de Berta (cunhado). Note-se, porém, que não há uma relação de afinidade entre os parentes de um cônjuge e os parentes do outro: designadamente, não existe nenhuma relação familiar entre os pais de António e os pais de Berta (“compadres”), entre o filho de Berta e os pais de António, entre o filho de Berta e um filho de António, nascido de outra ligação, ou entre Fernando e um irmão de Berta (“concunhados”).

6.2) Efeitos e extinção do vínculo de afinidade

I. Tendo como fontes, cumulativamente, o casamento e a procriação, em regra, a eficácia da afinidade apenas pode ser invocada se a filiação estiver legalmente estabelecida e se este facto e o casamento tiverem sido registados.

II. A espécie de relação de afinidade com maior importância é a afinidade na linha recta, designadamente, a que liga os sogros às noras ou genros e a que liga os padraustos aos enteados. De qualquer modo, os seus efeitos são menores que aqueles que estão associados às principais espécies da relação de parentesco⁴⁷. Na última classe das pessoas obrigadas a alimentos de fonte legal, encontram-se o padrasto e a madrasta, que estão vinculados à prestação de alimentos relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a

⁴⁷ Cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* p. 16, que chega a criticar o legislador por reconhecer a afinidade como relação familiar, “quando está em causa uma produção de efeitos praticamente nula”.

cargo deste (art. 2009º, nº 1, al. f)). A afinidade na linha recta é um dos impedimentos dirimentes ao casamento (art. 1602º, al. c))⁴⁸, constituindo ainda um obstáculo à averiguação oficiosa da maternidade ou da paternidade (nos termos dos arts. 1809º, al. a)), e 1866º, al. a), respectivamente). O afim, na linha recta ou colateral, pode beneficiar da transmissão por morte do arrendamento para habitação, à luz do art. 1106º, nºs 1, al. b), e nº 2 (ou só o enteado, nos termos do art. 57º do NRAU).

A qualidade de afim, na linha recta ou na linha colateral, pode acarretar a obrigação de exercer a tutela do menor ou de integrar o conselho da família (arts. 1931º, nº 1, e 1952º, nº 1).

A afinidade não corresponde a um facto designativo na sucessão hereditária legal, não confere legitimidade para requerer providências destinadas a tutelar a memória do falecido, nem fundamenta uma atribuição legal do direito a indemnização dos danos não patrimoniais causados por morte da vítima.

III. Por força do art. 1585º, 2ª parte, na redacção da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, a afinidade não cessa pela dissolução do casamento por morte, o que significa que o vínculo subsiste após a extinção da relação conjugal devida a morte. Mas, ao contrário, o divórcio põe fim à afinidade. A nova solução legal é ajustada porque mantém a relação de afinidade nos casos em que normalmente se conservam “os laços afectivos especiais criados pela afinidade”⁴⁹ (dissolução por morte e, atendendo à razão de ser da disposição, também na hipótese de celebração de novo casamento após a declaração de morte presumida). Noutras situações de *extinção não retroactiva do vínculo matrimonial*

⁴⁸ Excepcionalmente, o impedimento verifica-se ainda que não tenha sido legalmente estabelecida a filiação, de que depende a relação de afinidade: cf. art. 1603º, nº 1.

⁴⁹ A expressão é usada por ANTUNES VARELA, *DF* p. 105.

(divórcio e dispensa de casamento rato e não consumado), compreende-se a cessação da afinidade⁵⁰.

O vínculo de afinidade extingue-se *ex tunc* com a anulação e a nulidade do casamento, a não ser que ambos os cônjuges estivessem de boa fé ao celebrar o acto. Então, aquele vínculo produzirá efeitos até ao trânsito em julgado da sentença de anulação ou de declaração de nulidade (cf. art. 1647º, nº 1).

A afinidade extingue-se retroactivamente também nas situações de extinção retroactiva do vínculo de filiação do qual decorre o parentesco de um dos cônjuges.

Por fim, a afinidade extingue-se *ex nunc* com a morte de um dos sujeitos da relação e com a adopção plena do parente do cônjuge, salvo se o adoptado for filho do cônjuge do adoptante (cf. art. 1986º). Ao determinar a cessação do parentesco entre o adoptado e o cônjuge, a adopção plena elimina o vínculo de que depende a relação de afinidade.

7. A hipótese de relações jurídicas familiares inominadas

7.1. A identificação do critério de relação jurídica familiar

I. Já se procedeu a uma análise das relações familiares nominadas. Haverá outras relações jurídicas familiares, p.e., a união de facto e a convivência em economia comum? A pergunta reveste-se de um interesse que não é meramente conceptual, porque a qualificação

⁵⁰ Cf., analogamente, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 47, que, antes da Lei nº 61/2008, de 31/10, criticavam a solução do art. 1585º, no caso do divórcio. Na altura, o preceito determinava, pura e simplesmente, que a afinidade não cessava pela dissolução do casamento. De modo diferente, ANTUNES VARELA, *DF* pp. 105-106, considerando que os laços especiais criados pela afinidade tendem a persistir em muitos casos de divórcio. Actualmente, cf. RITA LOBO XAVIER, *Divórcio* pp. 10-13, que pergunta se haverá motivos para distinguir, quanto à sobrevivência da relação de afinidade, a dissolução por morte da dissolução por divórcio.

implica um regime. *V.g.*, as normas da Constituição da República Portuguesa, como o art. 36º, nº 1, que reconhece o direito de constituir família, e o art. 67º, nº 1, que confere à família um direito à protecção da sociedade e do Estado, aplicam-se somente aos grupos unidos por vínculos jurídicos familiares.

Qual é afinal o critério da relação jurídica familiar? Anteriormente excluiu-se a necessidade de existirem deveres jusfamiliares⁵¹. E que dizer quanto ao afecto ou quanto à vida em comum, expressões tão frequentes no Direito da Família contemporâneo? Em nossa opinião, são aspectos meramente acidentais na fixação do carácter jusfamiliar de uma ligação. Uma relação de parentesco no segundo grau da linha colateral, p.e., constitui-se e subsiste, ainda que reine a indiferença e o ódio entre os sujeitos desta espécie de relação jurídica familiar e independentemente de entre eles ter havido ou ter deixado de haver comunhão de habitação.

Importa, pois, detectar um elemento que se observe em todos os casos de relações familiares nominadas. Que têm em comum o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção? A presença constante de um acto estatal (praticado pelo conservador do registo civil, juiz ou funcionário de unidade de saúde pública⁵²), ou equivalente (cf., no casamento, a intervenção do funcionário de facto, do pároco ou do ministro do culto; ou, no nascimento, funcionário de unidade de saúde privada⁵³), que respeita à aquisição

⁵¹ Cf., *supra*, Introdução, nº 4.2. I.

⁵² Ao abrigo do art. 101º, nº 1, do CRC, é competente para lavrar o registo de nascimento qualquer conservatória do registo civil e "a unidade de saúde onde ocorreu o nascimento ou aquela para onde a parturiente tenha sido transferida, desde que seja possível declará-lo na unidade de saúde".

⁵³ Ao abrigo dos arts. 101º, nº 1, 96º-A, e 101º-A do CRC, é competente para lavrar o registo de nascimento a unidade de saúde privada onde ocorreu o nascimento, desde que entre aquela e o Governo tenha sido celebrado o necessário protocolo. A Portaria nº 1370/2008, de 2/12, estabelece as condições de celebração e as cláusulas tipo dos protocolos que permitem a declaração, nas próprias unidades de saúde privadas, dos nascimentos aí ocorridos, nos termos do art. 96º-A do CRC.

ou, pelo menos, à perda da qualidade familiar⁵⁴. Na falta de tal acto, a relação familiar nominada ou se não constitui (cf. casamento e adopção) ou não produz os seus efeitos essenciais (sem registo do facto ou factos constitutivos, os vínculos jurídicos familiares relevam, quando muito, em situações marginais, legalmente delimitadas). Na falta de um acto estatal ou equiparado, a relação familiar nominada perdura até à morte das partes. Para a extinção por motivo diverso da morte, não é suficiente a vontade de um ou de ambos os sujeitos. O próprio divórcio por mútuo consentimento tem de ser decretado pelo conservador do registo civil ou pelo juiz (cf. art. 1773º, nº 2). A chamada revogação da adopção restrita é afinal uma figura que se aproxima de uma resolução (não retroactiva) efectuada necessariamente por via judicial (cf. arts. 2002º-B a 2002º-D).

Ao mesmo tempo que restringe o papel da vontade extintiva das partes, conferindo uma certa durabilidade às relações jurídicas familiares, a exigência de um acto estatal, ou equivalente, materializa a especial dignidade que o Estado reconhece à ligação familiar nominada: esta ligação traduz-se num *status*, num nexó orgânico que, unindo o indivíduo ao grupo, justifica, pela sua dimensão social, a intervenção de uma entidade que é tida como intérprete do interesse colectivo⁵⁵.

⁵⁴ Segundo PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* p. 16, "um elemento constante nas situações legais enunciadas é a sua virtual ou efectiva perdurabilidade, que sublinha o carácter presumivelmente afectivo que lhes é inerente".

⁵⁵ Sobre o *status* e a qualidade familiar, em particular a conjugal, cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 485 e s.

7.2. Relações familiares inominadas e relações parafamiliares

I. Há uma relação familiar inominada: a filiação por consentimento não adoptivo, consagrada no art. 1839º, nº 3 (e nos arts. 20º, 23º, nº 2, 26º, 27º e 47º da LPMA)⁵⁶.

A presunção de que o marido da mãe é o pai da criança representa um dos modos de estabelecimento da paternidade e, portanto, de constituição do vínculo de parentesco (cf. arts. 1796º, nº 2, e 1826º, nº 1). A presunção pode ser ilidida por acção (acção de impugnação de paternidade) em que cabe ao autor demonstrar que, de acordo com as circunstâncias, a paternidade do marido da mãe é manifestamente improvável (cf. art. 1839º, nºs 1 e 2). Não existindo laços de sangue entre o marido da mãe e a criança, a paternidade deve ser excluída. Contudo, o referido art. 1839º, nº 3, prevê que não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu, sem distinguir consoante o esperma provenha do marido ou de terceiro. Deste modo, o preceito admite que se crie e mantenha um vínculo de filiação entre duas pessoas, ainda que não exista qualquer ligação biológica entre elas: tendo o marido consentido que a mulher fosse inseminada com esperma de terceiro, a criança nascida na sequência da inseminação é tida como filha do marido da mãe (sendo assim registada).

Só que este vínculo não se reconduz nem ao parentesco nem à adopção. A criança não é descendente do marido da mãe, no sentido do art. 1578º (descendente biológico), e o consentimento para a inseminação não foi prestado no âmbito de um processo de adopção.

Advirta-se, porém, que a qualificação da filiação por consentimento não adoptivo como relação jurídica familiar inominada,

⁵⁶ A que se juntará o apadrinhamento civil, após a entrada em vigor da Lei nº 103/2009, de 11 de Setembro: cf., *infra*, nº 5 da Adenda.

que aqui se defende, está longe de ser pacífica, porque parte da ideia de que a figura traduz uma modalidade autónoma de filiação⁵⁷.

II. A união de facto e a convivência em economia comum não são, por enquanto, relações jurídicas familiares⁵⁸. Actualmente, constituem-se e extinguem-se livremente, sem que se imponha uma intervenção estatal. Basta a vontade de uma das partes. E a aplicação das medidas de protecção das pessoas que vivam em economia comum ou das uniões de facto (cf. Leis n.ºs 6 e 7/2001, ambas de 11 de Maio) não pressupõe um acto de registo.

Em contrapartida, a tutela está sujeita a registo civil obrigatório (cf. art. 1.º, n.º 1, al. h), do CRC) e o tribunal pode determinar a constituição ou extinção de uma relação tutelar (cf. arts. 1927.º e 1949.º). Contudo, outros aspectos tornam questionável a sua qualificação como relação jurídica familiar. A tutela está reduzida a um meio de suprir o poder paternal, o efeito principal da relação de filiação com o menor; e traduz-se, normalmente, numa relação “a termo certo” (cf. art. 1961.º, al. a)), destituída da durabilidade virtual que acompanha as relações familiares nominadas.

Na verdade, as três figuras ora mencionadas – união de facto, convivência em economia comum e tutela – só podem ser relações parafamiliares⁵⁹.

A relação tutelar é semelhante à relação de parentesco no 1.º grau em linha recta, uma vez que, em regra, o tutor tem os mesmos direitos e obrigações dos pais que exercem o poder paternal (cf.

⁵⁷ Cf., *infra*, Parte I, n.º 14.

⁵⁸ Contra, PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* p. 17, pelo menos quanto à união de facto, afirmando que o critério de relação familiar subjacente ao art. 1576 é evanescente “perante a dinâmica hodierna do Direito da Família”.

⁵⁹ Recorde-se que a qualidade de relação parafamiliar depende de uma similitude mínima com as relações familiares nominadas: cf., *supra*, Introdução, n.º 1.3. I.

art. 1935.º, n.º 1). A união de facto traduz-se numa comunhão de leito, mesa e habitação entre duas pessoas, comunhão essa a que estão obrigados os membros da união conjugal (cf. arts. 1577.º e 1672.º). A convivência em economia comum é a situação de duas ou mais pessoas “que vivam em comunhão de mesa e habitação há mais de dois anos e tenham estabelecido uma vivência em comum de entreajuda ou partilha de recursos” (art. 2.º da Lei n.º 6/2001, de 11 de Maio). A situação em apreço cabe em obrigações que são comuns à relação conjugal (cf. o art. 1672.º, que vincula os cônjuges aos deveres de coabitação, cooperação e assistência) e à relação entre pais e filhos menores (cf. os deveres paternofiliais de auxílio e assistência, impostos pelo art. 1874.º, bem como o dever paternofilial de comunhão de mesa e habitação, na pendência da sujeição ao poder paternal, que decorre dos arts. 1878.º, n.º 1, e 1887.º, na linha do art. 36.º, n.º 6, da CRP).

Contudo, para que ascendam ao patamar das relações parafamiliares, a união de facto e convivência em economia comum têm de preencher requisitos que as tornem ainda mais próximas das relações jurídicas familiares, na falta dos quais não beneficiarão de protecção legal específica. A união de facto e a convivência em economia comum têm de durar há mais de dois anos (cf. art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 6/2001, de 11 de Maio, e art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 7/2001, do mesmo dia, mas alterada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto), o que é o paralelo possível com a durabilidade tendencial das relações jurídicas familiares⁶⁰. A união de facto só é protegida se não ocorrer um dos casos previstos no art. 2.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, similares aos que obstam à validade do casamento. A convivência em economia comum só é protegida se pelo menos um dos seus membros for uma pessoa maior de idade e desde que não ocorra uma das circunstâncias

⁶⁰ Cf., *infra*, Introdução, n.º 10.3.

mencionadas no art. 3º da Lei nº 6/2001, de 11 de Maio (entre as quais se contam duas que colocam a figura num domínio puramente obrigacional ou laboral – cf. als. a) e b)).

III. Não parece que se enquadrem no conceito de relações parafamiliares (ou familiares): a relação entre esposados (simplesmente preparatória de uma relação conjugal e, portanto, estudada a propósito da constituição do vínculo matrimonial); a relação entre ex-cônjuges (produto da dissolução do casamento, estudada, por isso, no plano dos efeitos do divórcio); a relação entre uma pessoa e outra que está a seu cargo, ou ao seu cuidado, e a relação entre uma pessoa e aquela que a cria e sustenta, quando não coincidam com uma situação de convivência em economia comum protegida⁶¹.

E, em nosso entender, também não assume carácter parafamiliar (nem familiar) a relação entre o credor e o devedor de alimentos, como a seguir se explicará.

8. A obrigação de alimentos enquanto efeito das relações familiares e parafamiliares

8.1. A importância da obrigação de alimentos no Direito da Família

Ao atribuir-lhe o título V do Livro IV do Código Civil, o legislador reconheceu a especial preponderância dos alimentos no Direito da Família.

I. A obrigação de alimentos é um efeito susceptível de se verificar em todo o tipo de relações familiares (relação matrimonial, parentesco, afinidade, adopção e filiação por consentimento não

⁶¹ Todas estas ligações são colocadas entre as parafamiliares por PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 93-94, 97-98.

adoptivo). No elenco de pessoas vinculadas à prestação legal de alimentos figuram o cônjuge, parentes e afins (cf. art. 2009º, nº 1); à adopção plena aplicam-se as regras do parentesco em matéria de alimentos, por força do art. 1986º; o vínculo de adopção restrita constitui uma obrigação de prestar alimentos, nos termos do art. 2000º; à filiação por consentimento não adoptivo aplica-se analogicamente o regime dos efeitos do parentesco, dada a semelhança juridicamente relevante que a lei admite existir, implicitamente, entre aquela modalidade de filiação e a filiação biológica (cf. art. 1839º, nº 3).

II. Além disso, o membro sobrevivente de uma união de facto, relação parafamiliar, pode exigir alimentos nos termos do art. 2020º. E sobre um tutor recai a mesma obrigação alimentar que caberia aos pais (cf. 1935º, nº 1).

III. Em reforço da importância do tema no domínio jusfamiliar, assinala-se ainda a litigância que se desenrola em torno dos alimentos devidos aos filhos por pais separados ou divorciados e entre cônjuges separados ou ex-cônjuges, bem como os sinais preocupantes de uma menor disponibilidade estatal de recursos financeiros para prestações de índole social.

8.2. Natureza e regime da obrigação de alimentos

I. Não obstante isto, a obrigação de alimentos não tem natureza jurídica familiar. Apesar de ter um título no Livro IV do Código Civil, a par do casamento, da filiação e da adopção (título que a afinidade não tem), a obrigação em apreço pode vincular uma pessoa perante outra sem que entre elas exista ou tenha existido qualquer laço familiar: o art. 2009º, nº 1, al. a), inclui o ex-cônjuge no grupo de devedores de uma eventual prestação legal de alimentos; o art. 2014º, nº 1, parte inicial, admite a constituição

por via negocial da obrigação, independentemente de qualquer nexó orgânico entre as partes.

A relação em que se inscrevem os alimentos tão-pouco corresponde a uma relação parafamiliar⁶²: não há necessariamente uma vida em comum entre o credor e o devedor de alimentos; e a respectiva relação jurídica não produz uma eficácia geral idêntica à das relações familiares.

Embora esteja frequentemente ao serviço de interesses familiares, sendo, por isso, designada como *relação acessoriamente familiar*⁶³, a relação de alimentos é somente um possível efeito de relações familiares (e parafamiliares). As relações jurídicas familiares são essencialmente ligações pessoais, de que decorrem efeitos que tanto podem ser pessoais como patrimoniais. A obrigação de alimentos apresenta estrutura patrimonial, enquadrando-se numa relação creditícia que em muitos casos se encontra funcionalmente associada a uma relação familiar.

II. Os alimentos são prestações⁶⁴ que visam prover a tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário de uma pessoa, compreendendo também o que é necessário à instrução e educação do alimentado no caso de este ser menor (art. 2003°).

⁶² Contra, CASTRO MENDES/TELXEIRA DE SOUSA, *DF* 26-27, que consideram a obrigação de alimentos um exemplo típico de relação parafamiliar. Na perspectiva destes ilustres professores, as relações jurídicas parafamiliares apresentam dois traços característicos: desempenham funções próprias da família e têm, normalmente, por causa *indirecta* uma das figuras qualificadas na lei como fontes das relações jurídicas familiares. Outro é o nosso entendimento de relação parafamiliar: cf., *supra*, Introdução, n° 1.3. I.

⁶³ Cf. ANTUNES VARELA, *DF* pp. 21-22.

⁶⁴ O direito de alimentos demarca-se, pela sua natureza obrigacional, dos direitos de uso e de habitação (cf. arts. 1484°-1490°), que consistem em direitos reais destinados a satisfazer necessidades do titular e da sua família (cf. CASTRO MENDES, "L'obligation alimentaire en droit comparé", *RFDUL* 1972, pp. 54-55).

A obrigação de alimentos pode ter por fonte um negócio jurídico (cf. arts. 2014°, n° 1, 2073° e 2273°) ou um facto não negocial, nomeadamente, um vínculo familiar (cf. art. 2009°, n° 1). A obrigação de alimentos que se constitui por facto não negocial é conhecida por obrigação legal de alimentos.

III. O art. 2009°, n° 1, estabelece o elenco geral de pessoas vinculadas à prestação legal de alimentos. Em primeiro lugar, a vinculação recai sobre o cônjuge ou o ex-cônjuge; em segundo lugar, sobre os descendentes; em terceiro lugar, sobre os ascendentes; em quarto lugar, sobre os irmãos; em quinto lugar, sobre os tios, durante a menoridade do alimentando; em sexto lugar, sobre o padrasto e a madrasta, relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste. Entre os descendentes e os ascendentes, a obrigação defere-se segundo o princípio da preferência de graus de parentesco, sem prejuízo do direito de representação (cf. arts. 2135° e 2138°), nos termos do art. 2009°, n° 2. P.e.: se A, que carece de alimentos, tiver um filho e um neto, a vinculação recai sobre o filho; se B, que carece de alimentos, tiver um filho, C, e dois netos, E e F, que são, por seu turno, filhos de um filho já falecido, D, a vinculação recai directamente sobre o filho C e, por direito de representação, sobre os netos E e F.

De acordo com o art. 2009°, n° 3, se algum dos vinculados não puder prestar os alimentos ou não puder saldar integralmente a sua responsabilidade, o encargo recai sobre os onerados subsequentes. P.e., se o filho de A não tiver meios para prestar alimentos ao seu pai que deles carece, incumbe ao neto o respectivo encargo.

Havendo adopção restrita, o referido elenco geral sofre alterações: se o adoptante carecer de alimentos, o adoptado ou os seus descendentes são obrigados a prestá-los, na falta de cônjuge, descendentes ou ascendentes em condições de satisfazer esse encargo (art. 2000°, n° 1), precedendo, portanto, os irmãos do

adoptante; se é o adoptado que carece de alimentos, ao adoptante incumbe prestá-los, na falta de cônjuge, ex-cônjuge ou descendentes em condições de satisfazer esse encargo, precedendo os pais e outros ascendentes biológicos do adoptado, com excepção do progenitor do adoptado com quem seja casado (art. 2000º, nº 2).

O art. 2010º regula a situação de pluralidade de pessoas obrigadas à prestação de alimentos, determinando que respondem todas na proporção das suas quotas como herdeiros legítimos do alimentando (nº 1, que implica a aplicação do disposto nos arts. 2136º, 2138º, 2139º, 2140º, 2142º, 2145º e 2146º); e que se alguma das pessoas assim oneradas não puder satisfazer a parte que lhe cabe, o encargo recai sobre as restantes (nº 2). P.e.: Se G, que carece de alimentos, tiver três filhos, H, I, J, a cada um deles incumbe a prestação de um terço; mas se H não tiver meios económicos suficientes para satisfazer a sua parte, I e J terão de pagar a totalidade da prestação (metade cada um). No caso de B, que tem um filho, C, e dois netos, E e F, que são, por seu turno, filhos de um filho já falecido, D, a C incumbe metade da prestação de alimentos e aos netos a outra metade (um quarto cada um); mas se o neto E não dispuser de recursos suficientes para pagar a sua parte, o neto F terá de satisfazer a quota de E e a sua própria quota, isto é, a metade que oneraria D se este estivesse vivo, por força das regras do direito de representação na sucessão legal.

O art. 2011º prevê a hipótese de o alimentando ter disposto de bens por doação que lhe pudessem assegurar meios de subsistência. Neste caso e na medida em que os bens doados pudessem assegurar ao doador meios de subsistência, a obrigação alimentar recai, no todo ou em parte, sobre o donatário ou donatários, segundo a proporção do valor dos bens doados, e não sobre as pessoas designadas nos artigos anteriores; a obrigação alimentar transmite-se aos herdeiros do donatário.

IV. É patente uma certa conexão entre a regulamentação da obrigação legal de alimentos e a regulamentação sucessória legal: cf., nomeadamente, a semelhança entre as classes de pessoas vinculadas à obrigação de alimentos (art. 2009º, nº 1) e as classes de sucessíveis legítimos (art. 2133º, nº 1); as remissões expressas para as regras da sucessão legítima (arts. 2009º, nº 2, e 2010º, nº 1); o chamamento dos onerados subsequentes (art. 2009º, nº 3), que lembra o chamamento dos “imediatos sucessores” (art. 2137º, nº 1); o acrescer na oneração (art. 2010º, nº 2), que tem paralelo no direito de acrescer (art. 2137º, nº 2); o impacto das doações no regime de alimentos (art. 2011º), que não deixa de ter alguma correspondência no plano da sucessão legitimária (cf. restituição fictícia do *donatum*, instituto da colação, imputação *ex se*); a inclusão, entre os fundamentos da deserdação, da recusa, sem justa causa, dos devidos alimentos ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge (art. 2166º, nº 1, al. c)).

Atendendo a isto, já se pretendeu fundar a obrigação legal de alimentos no direito à sucessão: os alimentos seriam um ónus da sucessão legal (designadamente, legítima), a contrapartida do direito de suceder⁶⁵. Todavia, como foi brilhantemente demonstrado por uma ilustre professora de Coimbra⁶⁶, a obrigação alimentar não tem por fundamento a sucessão: cada instituto tem as suas razões e regras, que não são sobreponíveis. A obrigação alimentar não constitui um ónus em sentido técnico da sucessão; quando muito, detecta-se uma “vaga correlação entre um encargo concreto, imediato, e um direito futuro e eventual”. É nas famílias que menos bens têm e que, portanto, menos bens podem transmitir por via sucessória, que mais facilmente se encontram

⁶⁵ Neste sentido, Júlio Vilhena, jurista português do séc. XIX (citado por NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, *Alimentos* pp. 181-183).

⁶⁶ NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, *Alimentos* pp. 182-183, 213-214.

sujeitos carecidos de sustento. Aliás, a transmissão por morte nem sequer é necessariamente apenas e só activo, o que prejudica a ideia da mesma como contrapartida dos alimentos. Por fim, há um desfasamento entre as classes de vinculados à obrigação de alimentos e a de sucessíveis legítimos: o ex-cônjuge, o padrasto e a madrasta não são sucessíveis legítimos; os descendentes dos irmãos e outros colaterais até ao quarto grau não estão obrigados à prestação legal de alimentos.

V. A obrigação legal de alimentos é vista como expressão de um dever de solidariedade entre os membros da família⁶⁷. Contudo, a ideia tem os seus limites, em especial numa sociedade em que o factor trabalho é tão valorizado⁶⁸. Na verdade, certas situações não podem ser justificadas somente com a invocação abstracta de um princípio de solidariedade familiar, *v.g.*, a obrigação alimentar do ex-cônjuge (que já não é membro da mesma família), dos descendentes do adoptado restritamente perante o adoptante (que não é familiar dos descendentes do adoptado), dos tios perante os sobrinhos (cuja obrigação não é recíproca e só subsiste durante a menoridade dos sobrinhos), dos padrastos relativamente a enteados menores (obrigação que implica que estes estejam ou estivessem a cargo do cônjuge). Aqui pesam forçosamente motivações concretas específicas, que não serão esmiuçadas nesta parte introdutória.

VI. A medida dos alimentos é orientada pelo binómio necessidade do alimentando – possibilidade do obrigado (cf. art. 2004^o): os alimentos destinam-se a prover ao que é indispensável à vida de uma pessoa que não tem bens suficientes nem consegue

⁶⁷ Cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* pp. 27 e 430; REMÉDIO MARQUES, *Alimentos* pp. 15 e s., em particular p. 22.

⁶⁸ Cf. NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, *Alimentos* pp. 209-210.

trabalhar o bastante para assegurar a sua própria subsistência; e não-de ser proporcionados aos meios económicos do devedor. Há, por conseguinte, dois limites alternativos à fixação dos alimentos: a contribuição de alimentos não pode exceder nem o que é necessário ao credor nem o que é exigível, no contexto, em função da capacidade do devedor.

Importa, porém, destacar as particularidades da figura dos alimentos na relação conjugal e na relação de filiação. Entre cônjuges ou entre pais e filhos, a obrigação de alimentos insere-se no dever de assistência, só adquirindo autonomia quando não haja vida em comum; se houver vida em comum, as partes estão vinculadas à obrigação recíproca de contribuir para os encargos da vida familiar (arts. 1675^o, n^o 1, 1676^o, n^o 1, 1874^o e 2015^o). Ora, a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar demarca-se da obrigação de alimentos em sentido restrito não só por implicar reciprocidade, mas também por ter como medida o critério do nível de vida comum do agregado familiar e não o da necessidade de um dos sujeitos⁶⁹.

Na relação entre pais e filhos sujeitos ao poder paternal, ao dever recíproco de assistência acresce o dever de sustento (cf. arts. 1878^o, n^o 1, e 1879^o), que, embora vinculando unicamente os pais, é algo que se distingue novamente de uma pura obrigação de alimentos, nomeadamente, porque os titulares das responsabilidades parentais têm de proporcionar aos filhos um nível de vida idêntico ao seu⁷⁰.

VII. Na hipótese de extinção do vínculo matrimonial e de dissolução por morte da união de facto, é preciso ter em conta as disposições especiais constantes dos arts. 2016^o a 2020^o⁷¹.

⁶⁹ Cf. *infra*, Parte III, n^o 15 I.

⁷⁰ Cf., *infra*, Parte I, n^o 23.4. II.

⁷¹ Cf., *infra*, Parte III, n^o 32 III, n^o 36.3. III, e Parte IV, n^o 8.1. I, respectivamente.

VIII. Os alimentos são fixados por acordo ou pelo tribunal, sendo, em regra, devidos sob a forma de pensão ou prestação pecuniária mensal (cf. art. 2005º). Os alimentos constituídos por facto não negocial são devidos desde a proposição da acção ou, se já estiverem fixados pelo tribunal ou por acordo, desde o momento em que o devedor se constituiu em mora (art. 2006º).

IX. A acção de alimentos é uma acção comum, excepto quando se trate de acção relativa ao direito de alimentos a menores (cf. arts. 186º-189º da OTM) e a filhos maiores ou emancipados, nos termos do art. 1880º (cf. art. 1412º do CPC).

Como preliminar ou incidente de uma acção de alimentos, podem ser concedidos alimentos provisórios, que serão fixados segundo o prudente arbítrio do tribunal; uma vez prestados, não poderão ser restituídos, ainda que improceda ou não venha a ser instaurada a acção definitiva (cf. art. 2007º). Os arts. 399º-402º do CPC regulam o procedimento cautelar de alimentos provisórios.

X. O direito legal de alimentos é indisponível, impenhorável e insusceptível de se extinguir por compensação. É indisponível porque o próprio direito não pode ser renunciado ou cedido; o credor pode somente deixar de pedir os alimentos ou renunciar às prestações vencidas (cf. art. 2008º, nº 1). Sendo indisponível, é em si mesmo imprescritível (art. 298º, nº 1); prescrevem unicamente as pensões alimentícias vencidas (no prazo de cinco anos, ao abrigo do art. 310º, al. f)). A lei afasta expressamente a penhorabilidade do crédito legal de alimentos e a possibilidade de este ser compensado pelo obrigado com créditos sobre o alimentado (art. 2008º, nº 2).

XI. Mas a protecção específica do crédito de alimentos é muito extensa. O legislador consagrou um processo de execução especial por alimentos (arts. 1118º a 1121º-A do CPC); integrou regras sobre meios de tornar efectiva a prestação de alimentos no

processo especial de alimentos devidos a menores (art. 189º da OTM); atribuiu direitos reais de garantia ao credor de alimentos (cf. arts. 705º, al. d), e 737º, nº 1, al. c)); instituiu o Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores (Lei nº 75/98, de 19 de Novembro, regulamentada pelo Decreto-Lei nº 164/99, de 13 de Maio); colocou, entre os fundamentos da deserção, a recusa, sem justa causa, dos devidos alimentos ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge (art. 2166º, nº 1, al. c)); e incriminou, dentro de certas condições, a violação da obrigação legal de alimentos (cf. art. 250º do CP, na versão da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro). Para mais, há várias fontes extra-estatais de Direito da Família que versam o reconhecimento e execução das decisões em matéria de alimentos ou a cobrança de alimentos no estrangeiro⁷²⁻⁷³.

XII. Os alimentos taxados não são imutáveis, sendo susceptíveis de alteração quando as circunstâncias determinantes da sua fixação se modificarem: conforme os casos, a prestação alimentícia pode, então, aumentar, diminuir ou passar a vincular outras pessoas (cf. art. 2012º).

São causas gerais de cessação da obrigação alimentar (art. 2013º, nº 1): a morte de um dos sujeitos da relação de alimentos, a impossibilidade de continuação do cumprimento pelo obrigado, a falta de necessidade do credor e a violação grave dos deveres do credor para com o obrigado. No caso de morte do obrigado ou de impossibilidade superveniente de cumprimento pelo obrigado, não se extingue forçosamente o direito de alimentos: o encargo pode recair sobre outra pessoas que figurem no art. 2009º (cf. art. 2013º, nº 2).

⁷² Cf., *supra*, Introdução, nº 3.2. II.

⁷³ A preponderância do crédito de alimentos leva ROLF MADALENO (*CDF* pp. 742-746) a defender a aplicação neste campo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Para os casos de obrigação alimentícia relacionados com o casamento (incluindo divórcio, separação de pessoas e bens, invalidez e viuvez) e com a união de facto, o art. 2019º (aplicável, com as necessárias adaptações, à união de facto, por força do art. 2020º, nº 3) prevê três causas adicionais de cessação: a celebração de casamento pelo alimentado, após a extinção do casamento anterior ou da união de facto; o comportamento moral que torne o alimentado indigno do benefício alimentar; e o início de união de facto (causa que foi introduzida na letra do art. 2019º pelo art. 3º da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto).

9. Características do Direito da Família

9.1. Permeabilidade à realidade social

I. O Direito da Família é especialmente permeável à realidade social e às posições ideológicas *lato sensu* (incluindo visões políticas, religiosas ou concepções de vida laicas e apolíticas).

Esta permeabilidade do Direito da Família ao universo social e ideológico é uma característica que se reflecte, sobretudo, no domínio da actividade legislativa. P.e., a legislação familiar que vigorava no território português durante o período do Estado Novo é muito diferente da que vigorou após a Revolução de 25 de Abril de 1974. Na versão originária do Código Civil de 1966, não podia dissolver-se por divórcio o casamento católico que tivesse sido celebrado a partir de 1 de Agosto de 1940 (antigo art. 1790º); ao marido era atribuída a qualidade de chefe da família (antigo art. 1674º); o estatuto (designadamente, sucessório) do chamado filho ilegítimo, filho nascido fora do matrimónio, era menos favorável do que o do chamado filho legítimo (cf., p.e., antigos arts. 2139º e 2140º). Na versão resultante da Reforma de 1977, o texto do Código Civil foi ajustado aos princípios da Constituição da República Portugal de 1976: não se restringe o divórcio em função da modalidade, civil ou católica, do casamento;

consagra-se o princípio da igualdade entre cônjuges; e não se discriminam os filhos nascidos fora do casamento⁷⁴.

⁷⁴ Cf., no entanto, as observações de DUARTE PINHEIRO (Dário Moura Vicente/Duarte Pinheiro/Loureiro Bastos, *O Direito da Família e das Sucessões no Código Civil Português de 1867: Uma Perspectiva do Século XXI/Family and Succession Law in the Portuguese Civil Code of 1867: A 21st Century Approach*, Lisboa, Instituto de Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/AAFDL, 2008, pp. 17-18):

“Mas as modificações não terminaram em 1977: nos quinze anos subsequentes foram introduzidas 18 alterações ao Código Civil, algumas importantes, só no domínio do Direito da Família [...]. Em certas áreas, como, por exemplo, na da adopção, não há um único artigo da versão originária de 1966 que tenha sido conservado. Além disso, há regulamentação sobre protecção de crianças e jovens em perigo, união de facto, convivência em economia comum e procriação medicamente assistida, que foi publicada entre 1999 e 2006, sem ter sido integrada no Código de 1966.

“Em 2003, o Governo português manifestou vontade de iniciar um processo de Reforma do Direito Civil, invocando duas razões: o «desconforto em ver o Código Civil sucessivamente esvaziado por diplomas extravagantes» e a «consciência de que, embora indiscutível peça magistral da ciência civilística, o Código Civil tem sofrido algum envelhecimento» [...]. Num dos estudos elaborados nesse contexto, afirma-se que o Direito da Família «está em plena convulsão» [...].

“No entanto, a insatisfação dos homens, juristas e cidadãos comuns, tem levado a alterações que, paradoxalmente, uma vez aplicadas, não melhoram a opinião que eles têm da realidade e da respectiva disciplina normativa. As modificações legislativas sucedem-se, mas a insatisfação permanece ou intensifica-se.

“As sociedades dos continentes europeu e americano, incluindo a portuguesa, têm a *fobia do atraso*, pelo que procuram concretizar já o que imaginam que virá a ser o futuro. Como tenho tido oportunidade de observar, lendo vários trabalhos académicos de Direito da Família, impera um certo preconceito, uma determinada arrogância, relativamente ao passado. É comum deparar com passagens em que se retrata este tempo como sendo *uma época de autenticidade e liberdade, por contraposição a outra, não muito longínqua, que viveria mergulhada num mar de hipocrisia e repressão*. Muitos desses textos sugerem que se caminha para o *paraíso das relações humanas*, quando, afinal, isso é desmentido pelos sentimentos e dados estatísticos contemporâneos.

Veja-se, p.e., o que aconteceu em Espanha, onde em 2004 um Governo socialista (chefiado por Zapatero) sucedeu a um Governo conservador (encabeçado por Aznar). Durante o período do Governo conservador, a legislação familiar sofreu poucas modificações, tendo sido rejeitadas várias iniciativas da Oposição que visavam facilitar a obtenção do divórcio. Após a tomada da posse do Governo socialista, este apresentou duas propostas de lei⁷⁵, que foram aprovadas pelo Parlamento e deram origem a duas leis que alteraram de forma profunda o Direito da Família espanhol: a Lei 13/2005, de 1 de Julho, que modifica o Código Civil em matéria de direito a contrair casamento; e a Lei 15/2005, de 8 de Julho, que modifica o Código Civil e a Lei de Processo Civil em matéria de separação e divórcio. Com a Lei 13/2005, passou a ser válido o casamento celebrado entre duas pessoas do mesmo sexo e a adopção conjunta por homossexuais (desde que casados entre si). Com a Lei 15/2005, ocorreu uma mudança estrutural do sistema de modificação e extinção do vínculo matrimonial. Anteriormente, a causa principal de divórcio era a cessação efectiva da convivência conjugal, que se podia traduzir na separação de facto ou na separação de pessoas e bens. Tal como no direito italiano, a separação de pessoas e bens permitia uma obtenção mais rápida do divórcio; na falta de mútuo consentimento, para decretar a separação de pessoas e bens, exigia-se que o cônjuge não requerente tivesse incorrido numa causa legal de separação.

“Paira a ideia de que a presente legislação da família e das sucessões não serve, que precisa de ser profundamente alterada. Mas talvez convenha parar, reflectir e evitar a introdução *ansiosa* de modificações cuja eficácia é duvidosa.”

Só que o legislador português *não parou*, sendo de destacar a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro (que alterou o regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais), e a Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio (que permitiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo).

⁷⁵ “Proyectos de ley”, na terminologia jurídica espanhola.

Agora, tal como nos direitos português e francês, a faculdade de acesso ao divórcio não está condicionada pela separação de pessoas e bens. E o legislador espanhol foi mais longe: decorridos três meses da celebração do casamento, qualquer um dos cônjuges, isoladamente, pode conseguir a separação de pessoas e bens ou o divórcio, sem ter de invocar ou demonstrar uma causa de ruptura da vida em comum.

II. Segundo o critério do modo de conexão com os valores, o Direito da Família pode ser monista, pluralista ou relativista⁷⁶.

O Direito da Família será monista se apenas considerar como correcta uma dada categoria de concepções, não aceitando quaisquer outras.

O Direito da Família será pluralista quando admitir a relevância de diferentes ordens de dever-ser social, dentro de certos limites, que são normalmente definidos pelo pensamento da maioria. Ou seja, na matriz pluralista, a regulamentação jusfamiliar é compatível com uma prática que se desenrole quer segundo valores majoritários, quer segundo valores minoritários em aspectos que não colidam com as convicções fundamentais da maioria.

O Direito da Família será relativista quando as respectivas normas permitirem comportamentos que se orientem por quaisquer valores. Nesta perspectiva, todas as concepções são válidas, não havendo fundamento para proibir atitudes assentes em valores de um grupo, ainda que eles se desviem radicalmente daqueles que são dominantes na comunidade.

⁷⁶ A classificação inspira-se na exposição de HERRING, *Family Law* pp. 31-33, que enuncia possíveis estratégias do Direito da Família perante a variedade de práticas culturais existentes numa dada sociedade. Em geral, sobre a distinção entre monismo, pluralismo e relativismo, cf. OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 146 e s.

Advirta-se, porém, que a utilidade concreta da classificação pressupõe que se renuncie a uma construção excessivamente pura. O pluralismo comporta graus, que nem sempre permitem uma demarcação nítida de fronteiras com o monismo ou com o relativismo. E as posições relativistas mais frequentes não chegam ao ponto de atribuir relevância às práticas socioculturais que violem ostensivamente os direitos de personalidade de terceiros.

A dependência do Direito da Família perante os factores sociais e ideológicos⁷⁷ torna temerária qualquer tentativa de caracterização muito aprofundada deste ramo do Direito que pretenda ser aplicável a todos os tempos e territórios. Efectivamente, não é desprezível o contraste entre o direito português actual e o direito português do séc. XIX ou o direito da Arábia Saudita. Uma caracterização mais completa tem de ser contextualizada. Por conseguinte, as afirmações subsequentes referem-se ao direito português actual – cuja matriz é pluralista –, sem prejuízo de se adequarem, total ou parcialmente, a outros direitos do sistema romano-germânico, que têm caracteres em comum com o nosso ordenamento.

9.2. Crescente internacionalização

O Direito da Família dos países ocidentais não conhece fronteiras: importa soluções externas, sujeita-se a fontes extra-estatais e regula situações transnacionais mediante normas de outros ordenamentos.

⁷⁷ No entanto, o reconhecimento de tal dependência não significa que os juristas se devam comportar como “seguidores dóceis dos factos”, ignorando a diferença essencial entre o “normativo” e o “descritivo” (cf. as observações pertinentes de RITA LOBO XAVIER, *Ensinar DF* p. 65).

I. A tendência para importar soluções provenientes de ordenamentos estrangeiros, associada a uma certa homogeneidade das várias sociedades nacionais, levou já à formação, quase espontânea, de um núcleo ocidental comum de Direito da Família⁷⁸, que se detecta nomeadamente na consagração do princípio da não discriminação entre cônjuges e entre filhos nascidos dentro e fora do matrimónio.

II. A sujeição a fontes extra-estatais⁷⁹ é outro elemento revelador da internacionalização do Direito da Família.

III. Por fim, o cidadão português ou aquele que se encontra em território português não está necessariamente subordinado ao Direito da Família do Estado português ou às fontes extra-estatais a que este Estado está vinculado. Os arts. 49º a 61º podem determinar a aplicação de normas de ordenamentos estrangeiros⁸⁰.

9.3. Prevalência da dimensão pessoal sobre a patrimonial

No Direito da Família, a dimensão pessoal prevalece sobre a patrimonial. Apesar do peso dos aspectos patrimoniais, é a vertente pessoal que marca o regime da relação familiar. Na óptica legal, a constituição da relação conjugal não é um meio de aumentar o património ou de prover a futuras necessidades económicas; destina-se a criar uma comunhão tendencialmente plena de vidas (cf. arts. 1577º e 1672º), uma comunidade de pessoas e não de bens. É a espécie de relação de parentesco

⁷⁸ Cf., *infra*, Parte I, nº 12.1.1.

⁷⁹ Cf., *supra*, Introdução, nº 3.2. II, e, *infra*, Introdução, nº 12.2.

⁸⁰ Sobre o Direito Internacional Privado comum da Família, cf. RUI MOURA RAMOS, em PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF I*, pp. 724 e s., e *CDF II/1* pp. 316 e s.

juridicamente mais importante, como é a relação de filiação, não é vista essencialmente como um meio de assegurar que certas pessoas sustentem outras nem como um processo de definir a titularidade do património que pertencera a um dos sujeitos entretanto falecido. O que se pretende é que, num primeiro momento, haja um espaço de vivência pessoal comum e, depois, num momento de maior autonomia dos filhos perante os pais, que haja um relacionamento pautado por valores imateriais (cf. art. 1874º).

9.4. Recurso a conceitos indeterminados

Outro carácter do Direito da Família português actual é o recurso a conceitos indeterminados para definir os efeitos nucleares das mais relevantes relações jurídicas familiares, fenómeno que é patente nos enunciados de deveres conjugais e paternofiliais (cf. arts. 1672º e 1874º). Trata-se de uma técnica que, em comparação com a regulamentação por conceitos precisos, tem a vantagem de conferir à lei uma maior aptidão de resposta aos desafios do caso concreto e uma maior capacidade de resistência ao tempo; no entanto, pressupondo uma tarefa de preenchimento ou valoração, acarreta um maior grau de incerteza. Não sendo lícito renunciar ao esforço de preenchimento dos conceitos indeterminados de Direito da Família, porque isso seria negar qualquer conteúdo à lei, ao intérprete exige-se que reduza o risco de arbitrariedade, mediante uma valoração apoiada em parâmetros normativos fundamentais. Como se percebe, a correcta aplicação da lei em domínios centrais do Direito da Família exige bons conhecimentos de Ciência do Direito⁸¹.

⁸¹ Sobre o preenchimento dos conceitos indeterminados do Direito da Família, cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 78-85, 108-113, onde se trata da concretização dos deveres conjugais.

9.5. Profusão de normas injuntivas

I. A profusão de normas injuntivas é uma característica do Direito da Família, a que já se aludiu a propósito da integração do ramo no Direito Privado⁸².

II. Acrescente-se, porém, que tal elemento, embora restritivo da margem de autonomia privada, não elimina a liberdade individual dos sujeitos da relação familiar. Por um lado, há até normas jusfamiliares injuntivas que protegem essa liberdade (v.g., o art. 1672º, quando impõe a cada um dos cônjuges o dever de respeitar o outro, ou o art. 1878º, nº 2, quando obriga os pais a reconhecerem aos filhos menores não emancipados autonomia na organização da sua própria vida). Por outro lado, a lei não regula minuciosamente os aspectos da vida pessoal dos membros da família; enumera deveres familiares segundo uma técnica de conceitos indeterminados. A protecção da personalidade e o acordo das partes constituem justamente dois dos parâmetros fundamentais a considerar no momento da concretização dos deveres em apreço⁸³.

9.6. Oscilação entre institucionalismo e individualismo ético

Não desprezando as aspirações puramente individuais dos que fazem a parte de uma família, pode dizer-se que o Direito da Família se distingue por aliar institucionalismo e individualismo ético. Se este ramo disciplina a instituição familiar, regula os interesses comuns daqueles que estão unidos entre si por laços familiares, a verdade é que não relega para um lugar secundário

⁸² Cf., *supra*, Introdução, nº 2.2. III.

⁸³ Sobre o papel da tutela da personalidade e do acordo na concretização dos deveres conjugais, cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 123-161.

os respectivos interesses exclusivos. Ao lado de deveres que são em primeira linha de comunhão ou de entreatada, como os deveres de coabitação, cooperação, auxílio e assistência, a lei consagra, no campo conjugal e paterno-filial, o dever de respeito, pelo qual se assegura uma certa vigência intrafamiliar do Direito de Personalidade e dos ramos de direito patrimonial de matriz individual. Ao lado de referências legais ao “bem da família” e à “unidade da vida familiar”, coexistem referências aos interesses e às exigências da vida profissional de cada um dos cônjuges, bem como aos interesses dos filhos (arts. 1671º, nº 2, e 1673º, nº 1). E o art. 67º, nº 1, da Constituição da República, não se limita a reconhecer à família o direito à protecção da sociedade e do Estado, reconhece-lhe também o direito à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros. Afinal, a família é um conjunto de pessoas que, por formarem um grupo, não perderam a sua individualidade. O Direito da Família pugna pelo equilíbrio entre integração e independência. Dentro desta lógica, é plenamente admissível o exercício da liberdade individual, mas um exercício que se faça de uma forma responsável, que não ameace injustificadamente a coesão familiar.

9.7. Lógica de protecção

I. Uma lógica de protecção preside a todo o Direito da Família: tutela de um cônjuge perante o outro, contra a desigualdade e a violência na constância do matrimónio; tutela do ex-cônjuge mais desfavorecido, com base na regulamentação (mais ou menos bem conseguida) da casa de morada de família, da compensação por contribuição excessiva para os encargos da vida familiar, dos alimentos e da posição sucessória; medidas de protecção das pessoas que vivem em união de facto e em economia comum; superlativação do interesse do menor, que funcionaliza as responsabilidades parentais e inspira o Direito da Protecção

das Crianças e dos Jovens em Perigo; releitura dos deveres paterno-filiais em prol da “segunda adolescência” e da “terceira idade”.

II. Tal lógica de protecção desencadeia larga intervenção estatal⁸⁴. Intervenção estatal que se materializa em actividade legislativa que origina e estrutura novas áreas do Direito da Família, como são o Direito Convivencial e o Direito Tutelar; ou que se reflecte em maior dinamismo judicial e administrativo para defesa dos menores em perigo.

9.8. Grande abertura ao uso da mediação e de outros métodos alternativos de resolução de conflitos

I. O Direito da Família português actual manifesta grande abertura ao uso de métodos alternativos de resolução de litígios, nomeadamente, a intervenção judicial de conciliação ou arbitragem e a mediação.

Os arts. 1673º, nº 3, e 1901º, nºs 2 e 3, prevêm situações em que o juiz é chamado a decidir sobre assuntos concretos da vida familiar mediante solicitação de qualquer uma das partes. O primeiro preceito determina que o tribunal decide sobre a fixação ou alteração da residência da família, na falta de acordo entre os cônjuges e a requerimento de qualquer um deles. O respectivo processo é disciplinado pelo art. 1415º do CPC, cujo nº 3 admite que, antes da decisão, o juiz convoque as partes e quaisquer familiares para uma audiência onde tentará a conciliação. Deste modo, o juiz goza de poderes de arbitragem vinculativa, a que

⁸⁴ Como esclarece RITA LOBO XAVIER (*Ensinar DF* p. 64), “a acentuação da privacidade das relações familiares veio expor as fragilidades das famílias e recordar a responsabilidade dos poderes públicos suscitando a sua intervenção no sentido da protecção dos mais vulneráveis”.

se somam poderes de conciliação de exercício facultativo. O art. 1901º, nºs 2 e 3, aplica-se ao exercício das responsabilidades parentais na constância do matrimónio: na falta de acordo dos pais contituais do exercício das responsabilidades parentais sobre “questões de particular importância”, prevê-se que qualquer um daqueles possa recorrer ao tribunal, que tentará a conciliação; se esta não for possível, o tribunal decidirá, ouvindo previamente o filho, salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem. Ao juiz cabem aqui poderes de arbitragem vinculativa e de conciliação de exercício obrigatório.

Não são propriamente insignificantes os poderes de intervenção judicial conciliatória, manifestando-se, p.e., no processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (cf. art. 1779º) e de regulação do poder paternal (cf. art. 177º da OTM). Contudo, nota-se uma preferência crescente pela mediação familiar.

II. A mediação constitui um método extrajudicial de resolução de litígios em que um terceiro, que se vincula a agir com neutralidade, procura ajudar as partes a chegarem a um acordo relativamente àquilo que as divide.

O art. 147º-D, nº 1, da OTM, aditado pela Lei nº 133/99, de 28 de Agosto, confere ao juiz a faculdade de determinar a intervenção de serviços públicos ou privados de mediação, em qualquer estado dos processos tutelares cíveis e sempre que o entenda conveniente, designadamente em processo de regulação do poder paternal. Posteriormente foi publicado o Despacho nº 18.778/2007, do Ministério da Justiça, que alarga o âmbito da mediação em matéria familiar⁸⁵.

⁸⁵ DR II série, nº 161, de 22/8/2007, pp. 24.051-24.052. O despacho, que regula a actividade do Sistema de Mediação Familiar (SMF), atribui, no art. 4º, competência ao SMF para mediar conflitos familiares, nomeadamente nas áreas da regulação, alteração e incumprimento do regime de exercício do poder

E a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, alterou a redacção do art. 1774º, prevendo este agora que “antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar”.

Em confronto com os métodos judiciais, a mediação é elogiada por ser menos morosa, menos dispendiosa e por diminuir a predisposição para a conflitualidade, graças a uma estrutura informal e flexível, tornando assim mais viável a adopção de soluções consensuais estáveis e satisfatórias para todos os intervenientes⁸⁶. A mediação comporta efectivamente algumas vantagens comparativas. No entanto, é preciso refrear entusiasmos excessivos em torno deste método⁸⁷. A mediação não oferece as mesmas garantias de independência e de imparcialidade que a intervenção judicial. À sua difusão não é estranho o programa ideológico liberal de “privatização da justiça” e a formação de um novo mercado; aliás, no final do séc. XX, a mediação alimentava uma “indústria

paternal; divórcio e separação de pessoas e bens; conversão da separação de pessoas e bens em divórcio; reconciliação dos cônjuges separados; atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definitivos; privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge; autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge ou da casa de morada da família. A Portaria nº 282/2010, de 25 de Maio, aprovou “o regulamento do procedimento de selecção de mediadores de conflitos habilitados para prestar serviços de mediação no âmbito do sistema de mediação familiar” (publicado no anexo II do diploma). No preâmbulo da portaria, diz-se que “no momento presente, o SMF abarca todo o território nacional”.

⁸⁶ Cf., nomeadamente, ANTÓNIO FARINHA, “Relação entre a mediação familiar e os processos judiciais”, em AA.VV., *Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, pp. 193-196.

⁸⁷ Cf. ELISABETTA SILVESTRI, “Osservazioni in tema di strumenti alternative per la risoluzione delle controversie”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 1999/1, pp. 321-337.

multimilionária” nos Estados Unidos, onde surgiu na década de setenta⁸⁸.

Mesmo quando a mediação tem como resultado um acordo, é imprescindível o controlo judicial para assegurar direitos fundamentais, para verificar se o consentimento foi prestado de forma esclarecida, para evitar o sacrifício da parte que na prática é a mais fraca e para tornar exequível o próprio acordo⁸⁹.

10. Características das situações jurídicas familiares

As situações jurídicas familiares (v.g., os direitos e deveres conjugais e paternofiliais, previstos nos arts. 1672º e 1874º; as responsabilidades parentais, cujo conteúdo decorre do art. 1878º)

⁸⁸ A tendência portuguesa recente, que privilegia o recurso à mediação, contraria uma tendência anglo-americana recente, que encara com crescente suspeita a figura do mediador (algumas vezes representado como um profissional, pretensamente imparcial, que visa a obtenção de um acordo a qualquer custo). Nos Estados Unidos da América, desenha-se o movimento da chamada “Collaborative Law”, que defende as vantagens da representação de cada uma das partes por um advogado, comprometendo-se ambos os advogados a fazer um esforço comum no sentido de evitar um litígio judicial (cf. ABRAMS e outros, *Contemporary Family Law*, St. Paul (MN), Thomson/West, 2006, pp. 918-929). Em Inglaterra (cf. HERRING, *Family Law* p. 145) estão disponíveis estatísticas várias sobre mediação. Uma referem-se a pessoas que, no âmbito do divórcio, recorreram simultaneamente a serviços de mediadores e de advogados: 60% consideraram que os advogados foram úteis, mas só 35% disseram os mesmos sobre os mediadores. No mesmo País, em que só se concede apoio judiciário em conflitos familiares uma vez provado que não é adequado o recurso ao mediação, apreciação que cabe a um mediador, após uma reunião prévia com as partes, verificou-se que, apesar de algumas disposições deontológicas, o mediador entendeu que eram susceptíveis de mediação 57% dos casos de conflitos parentais em que um dos pais receava uma atitude violenta do outro.

⁸⁹ Cf. RITA LOBO XAVIER, *Ensinar DF* p. 107; ANTÓNIO H.L. FARINHA, “Mediação versus justiça: de uma relação de paixão à separação?”, em *Volume Comemorativo* pp. 161-162.

caracterizam-se pela natureza estatutária, indisponibilidade, durabilidade virtual, funcionalidade acentuada, oponibilidade *erga omnes* e tipicidade.

10.1. Natureza estatutária

As situações jurídicas familiares emergem de um *status*⁹⁰, de uma ligação orgânica entre o indivíduo e o grupo, cuja especial dignidade é sancionada pelo Estado. Elas cabem a uma pessoa não em si mesma mas enquanto membro de um grupo e de um grupo a que o Estado, através da sua intervenção, reconhece eminente interesse social. Desta natureza estatutária resultam outros caracteres das situações jurídicas familiares⁹¹.

10.2. Indisponibilidade

Tal como o *status familiae*, as situações jurídicas que dele derivam são indisponíveis: cf., nomeadamente, os arts. 1618º, 1699º, nº 1, al. b), e 1878º, nº 1 (este último na medida em que permite qualificar as responsabilidades parentais como um poder funcional). A lei prevê para elas uma disciplina que os sujeitos não podem, unilateralmente ou por acordo, alterar. A referida indisponibilidade projecta-se naturalmente no regime de extinção das situações jurídicas familiares, que são intransmissíveis e irrenunciáveis. P.e., o dever de fidelidade, que vincula reciprocamente duas pessoas que casaram uma com a outra, extingue-se com a morte de uma das partes, não se transmitindo por morte;

⁹⁰ Sobre o *status* na compreensão dos deveres conjugais, cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 485-526.

⁹¹ É justo citar CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* pp. 22-24, enquanto autores portugueses que dão o devido peso ao *status* na caracterização das situações jurídicas familiares.

o dever de auxílio mútuo, a que estão obrigados cônjuges ou parentes no 1º grau da linha recta, não pode ser cedido a terceiro, que substituiria um daqueles familiares no seu cumprimento; os pais não podem abdicar das responsabilidades parentais, embora possam ser privados desta situação jurídica complexa por força de uma sentença de adopção, que pressupõe a inadequação funcional da conservação do poder paternal pelos pais biológicos (cf. art. 1882º); e, havendo adopção, não há uma transmissão das responsabilidades parentais, mas uma extinção do poder paternal que cabia aos pais biológicos e uma atribuição *ex novo* ao adoptante do poder paternal sobre o adoptado (o que é claro na adopção restrita, em que as condições de exercício do poder paternal são diversas daquelas a que estão subordinados os pais biológicos: cf. arts. 1997º e 1998º).

10.3. Durabilidade virtual

I. As situações jurídicas familiares tendem a durar enquanto durar o *status* familiar, e a perda deste só opera com a morte de um dos sujeitos ou com um acto do Estado. P.e., enquanto não houver divórcio, os cônjuges mantêm-se vinculados à generalidade dos deveres matrimoniais, ainda que nenhum deles os respeite ou pretenda vir a respeitá-los; e as situações jurídicas paternofiliais subsistem enquanto se mantiver o vínculo de filiação.

II. Todavia, o quadro de situações jurídicas é susceptível de sofrer modificações ao longo do período de vida da relação familiar: a separação de pessoas e bens extingue alguns deveres conjugais; a maioridade do filho extingue as responsabilidades parentais, reduzindo o núcleo de situações jurídicas emergentes da relação de filiação aos deveres paternofiliais em sentido restrito.

Estas modificações comprovam uma característica das situações jurídicas familiares que é imediatamente mencionada (funcionalidade acentuada): não faria sentido insistir, p.e., na permanência

do dever de coabitação entre cônjuges, uma vez certificada formalmente a situação de ruptura da vida em comum; nem prolongar a duração de um poder (dito paternal) que se destina a proteger alguém por causa da sua menoridade.

10.4. Funcionalidade acentuada

Cabendo a uma pessoa enquanto membro de um grupo específico, as situações jurídicas familiares demarcam-se dos direitos de personalidade, dos direitos de crédito e dos direitos reais, pela sua acentuada funcionalidade. As situações jurídicas familiares estão predominantemente ao serviço de interesses que ultrapassam os interesses exclusivos dos seus titulares. As responsabilidades parentais, de que são titulares os pais, são expressamente ordenadas em torno do interesse do menor (cf. art. 1878º, nº 1) e têm de ser exercidas (os pais que omitam culposamente o cumprimento de deveres decorrentes das responsabilidades parentais podem ser sancionados com a inibição do exercício das mesmas, nos termos do art. 1915º, nº 1). E as outras situações jurídicas familiares que, não sendo de exercício obrigatório, são direitos subjectivos⁹², como é o caso dos direitos a que correspondem, no pólo passivo, os deveres conjugais e paternofiliais, não podem ser exercidos de uma forma puramente egoísta. Se o titular dos direitos familiares não está obrigado a exercê-los, quando os exercer tem de fazê-lo na perspectiva do interesse comum dos membros do grupo a que ele pertence. Não foi acidental a técnica de consagração legal dos direitos subjectivos familiares. Houve o cuidado de sublinhar o pólo passivo, de aludir a *deveres*, evitando-se a expressão *direitos*, que, normalmente, tem uma conotação individualista.

⁹² É incompatível com o conceito de direito subjectivo a existência de um dever jurídico de agir: cf. MENEZES CORDEIRO, *TDC I/1* pp. 332 e 350.

E houve a preocupação de dizer que os deveres são mútuos ou recíprocos, atitude que indicia a finalidade comunitária das situações jurídicas em questão.

10.5. Oponibilidade *erga omnes*

Apesar de terem por fonte uma relação jurídica, as situações jurídicas familiares são eficazes *erga omnes*⁹³. A sua natureza estatutária, comunitária, diferencia-as das situações jurídicas relativas comuns (v.g., creditícias), justificando uma hipotética preterição de interesses individuais de terceiros. As situações jurídicas familiares estabelecem-se entre membros de uma espécie de grupo que é reputado de “célula fundamental da sociedade”. A existência de um registo organizado das relações familiares revela que o vínculo familiar não tem uma relevância puramente interna, é antes algo que concerne a todos. É correcto que as situações jurídicas familiares impõem comportamentos entre membros de uma mesma família, mas essas situações também têm de ser respeitadas por terceiros. Os deveres conjugais e paterno-filiais dirigem-se, em primeira linha, a cônjuges, pais e filhos, aos quais incumbe o respectivo cumprimento; todavia, são oponíveis a terceiros, que se devem abster de contribuir para o incumprimento ou para a impossibilidade de cumprimento. O instituto das responsabilidades parentais confere poderes funcionais aos pais e impõe obediência aos filhos; no entanto, não são lícitas interferências injustificadas de terceiros na esfera do poder paternal.

⁹³ Afigura-se-nos demasiado restritiva a opinião de LEITE DE CAMPOS, *DFS* p. 144, para quem os direitos familiares pessoais não têm eficácia externa senão em casos excepcionais.

10.6. Tipicidade

O carácter *erga omnes* das situações jurídicas familiares, que é inerente igualmente ao *status familiae*, não se harmoniza com a atipicidade das mesmas: os terceiros devem estar em condições de saber com segurança quais os domínios em que lhes é vedado interferir. Os direitos ou deveres conjugais e paterno-filiais são aqueles que a lei prevê, não sendo permitida a constituição de outros por via negocial (cf., nomeadamente, o art. 1699º, nº 1, al. b)). As responsabilidades parentais traduzem-se num poder funcional, figura próxima de uma competência de Direito Público, pelo que o seu conteúdo é aquele que está legalmente balizado.

10.7. O problema da garantia

I. Na perspectiva clássica⁹⁴, os direitos familiares pessoais têm uma garantia mais frágil do que aquela que cabe aos direitos reais e aos direitos de crédito: aqueles direitos não comportam execução específica e a sua violação não origina responsabilidade civil, mas a aplicação exclusiva de mecanismos de Direito da Família.

Genericamente, pode dizer-se que os direitos familiares pessoais não comportam execução específica⁹⁵. Só que, ao contrário do que é, por vezes, sugerido⁹⁶, a regra da impossibilidade de sanções

⁹⁴ Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 126; ANTUNES VARELA, *DF* pp. 370-371; LEITE DE CAMPOS, *DFS* pp. 141-142.

⁹⁵ Como afirma, com espírito, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia* p. 164, não é lícito coagir o cônjuge que se recusa a ter relações sexuais com o outro a cumprir o dever de coabitação carnal.

⁹⁶ Cf. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia* p. 164, que vê no regime da execução específica um ponto que afasta o Direito da Família do Direito das Obrigações.

reconstitutivas não é uma particularidade do Direito da Família: há deveres familiares patrimoniais, como o de assistência, que podem ser objecto de execução *in natura* (cf., p.e., o que dispõe o art. 1676º, nº 4). A regra explica-se pela infungibilidade do comportamento devido. Os direitos de prestação infungível (direitos que também podem ser de crédito) estão subordinados ao princípio “*nemo praecise ad factum cogi potest*”⁹⁷.

Todavia, o cerne da doutrina da fragilidade da garantia dos direitos familiares pessoais consiste na negação da aplicabilidade do instituto geral da responsabilidade civil aos casos de incumprimento dos deveres correspondentes⁹⁸. Neste sentido, são invocados vários argumentos, ocupando posição principal o da protecção da harmonia familiar: uma acção de indemnização entre cônjuges ou entre pais e filhos prejudica o respectivo relacionamento.

II. O que é certo é que o legislador não excluiu a tutela indemnizatória geral em lado algum. Um anteprojecto do Código Civil que determinava que a violação dos deveres conjugais importava a aplicação de sanções especialmente previstas no Código⁹⁹ não passou ao texto definitivo. E o art. 1792º, nº 1, situado na subsecção dedicada aos efeitos do divórcio, na redacção da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, determina que

⁹⁷ Cf. MALAGÙ, *Esecuzione forzata e Diritto di Famiglia*, Milão, Giuffrè, 1986, pp. 104-105.

⁹⁸ Contra, já antes da Lei nº 61/2008, de 31/10, cf. ac. do STJ de 26/6/1991 (BMJ 408, p. 538) e, na doutrina, de HÖRSTER, (em 1995, com *Responsabilidade* pp. 113 e s.), ÂNGELA CERDEIRA (*Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000), DUARTE PINHEIRO (em 2004, com a obra *Núcleo*, em particular pp. 568-575, 662 e s.) e RITA LOBO XAVIER (em 2008, com *Ensinar DF* p. 108).

⁹⁹ Art. 1º do “Anteprojecto de dois títulos do novo Código Civil referentes às relações pessoais dos cônjuges e à sua capacidade patrimonial”, da autoria de PIRES DE LIMA, *BMJ* nº 56, 1956, pp. 5 e s.

“o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais”.

Não há razão para afastar a aplicação do instituto geral da responsabilidade civil com fundamento em violação de deveres conjugais ou paternofiliais. Não é razoável negar um princípio de justiça, como é o da reparação dos danos, só porque o lesado e o lesante são familiares. A família não deve ser tida como um mundo à parte, onde reina a imunidade. Já se pensou assim quanto aos direitos de personalidade – era a época da não incriminação dos maus tratos e das ofensas corporais entre cônjuges ou entre pais e filhos¹⁰⁰.

A harmonia familiar não é uma ideia que obste ao uso dos meios comuns para garantia dos direitos familiares pessoais. Um bom relacionamento entre cônjuges ou entre pais e filhos não é uma prioridade absoluta. E, muitas vezes, a propositura de uma acção de indemnização é mais um sintoma do que uma causa de ruptura. É claro que a acção dificilmente levará a uma melhoria do relacionamento entre os litigantes, mas a possibilidade da tutela indemnizatória tem um efeito de prevenção geral. Contribui para uma maior observância dos deveres na generalidade das relações conjugais e paternofiliais.

Não obstante a vida familiar ter as suas particularidades, não há motivo para tratá-la como uma área de excepção. As situações jurídicas familiares (incluindo os direitos subjectivos pessoais), pela sua expressão ética, comunitária, devem gozar até de uma

¹⁰⁰ O Código Penal de 1982 demarcou-se claramente dessa época, ao tipificar como crime os maus tratos de menores ou do cônjuge (art. 153º). A revisão aprovada pelo DL nº 48/95, de 15 de Março, reforçou a tutela contra os maus tratos intrafamiliares (que passaram a ser punidos no art. 152º do CP). A alteração ao Código Penal aprovada pela Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro, voltou a aprofundar a protecção penal intrafamiliar relativamente aos crimes contra a integridade física, ao tipificar como crime a violência doméstica, a par dos maus tratos (cf. arts. 152º e 152º-A do CP, respectivamente).

garantia acrescida, de uma garantia superior à que é conferida a outras situações jurídicas.

III. Por tudo isto, as situações jurídicas familiares gozam de uma tutela que não é menor do que aquela que cabe às situações jurídicas comuns. E note-se que apenas aludimos aos direitos familiares, pessoais ou patrimoniais. Quanto ao poder paternal, não são legítimas dúvidas. O regime da figura torna estranha a invocação de uma qualquer fragilidade de garantia: se o filho abandonar o lar ou dele for retirado, os pais podem “reclamá-lo” (cf. art. 1887º, nº 2), requerendo, se for necessário, a “entrega judicial do menor” (cf. arts. 191º-193º da OTM); havendo incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais por um dos pais, o outro pode requerer ao tribunal as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do inadimplente em multa e em indemnização a favor do menor ou do requerente ou de ambos (art. 181º, nº 1, da OTM). Ou seja, a garantia das responsabilidades parentais é “forte”, ultrassando a intensidade da garantia geral.

11. O regime constitucional das matérias que são objecto do Direito da Família

11.1. Normas da Constituição da República Portuguesa com relevo jusfamiliar

I. O regime jurídico constitucional da família é formado pelas normas dos arts. 36º, 67º, 68º, 69º, 72º e de parte do art. 26º da CRP¹⁰¹. Estas disposições orientam a intervenção do legislador ordinário e, além disso, relevam no plano da interpretação e da

¹⁰¹ Concretamente sobre o regime constitucional da filiação, cf. CARLA AMADO GOMES, *Filiação*.

integração da lei, bem como no plano do preenchimento dos conceitos indeterminados.

II. Os arts. 36º e 26º da CRP consagram princípios constitucionais que são directamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas (art. 18º, nº 1, da CRP). Tais princípios agrupam-se em três categorias: princípios atinentes à generalidade das relações familiares, princípios de Direito Matrimonial e princípios de Direito da Filiação.

Os princípios constitucionais preceptivos aplicáveis à generalidade das relações familiares abarcam o direito de constituir família e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Nos princípios constitucionais preceptivos de Direito Matrimonial enquadram-se o direito à celebração do casamento, a competência da lei para regular os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, e o princípio da igualdade dos cônjuges. Os princípios constitucionais preceptivos de Direito da Filiação compreendem o direito à identidade pessoal e genética, a não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, a atribuição aos pais do direito-dever de educação e manutenção dos filhos, a inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores e a protecção da adopção.

As normas dos arts. 67º, 68º, 69º e 72º da CRP, que revestem cariz meramente programático, fundam princípios de protecção da família, de protecção da maternidade e paternidade, de protecção das crianças e jovens, e de protecção dos idosos.

11.2. Princípios constitucionais aplicáveis à generalidade das matérias que são objecto do Direito da Família, fundados em normas preceptivas

I. O art. 36º, nº 1, 1ª parte, da CRP, reconhece a todos o direito de constituir família em condições de plena igualdade. O direito fundamental compreende qualquer relação familiar – conjugal, de

parentesco, de afinidade, de adopção e de filiação por consentimento não adoptivo. No entanto, a autonomização constitucional do direito de contrair casamento e da protecção da adopção reduz o significado específico do direito de constituir família, que, dentro desta lógica, vale basicamente por se desdobrar num direito de procriar e num direito de constituir um vínculo de filiação não adoptiva.

O direito de procriar confere ao seu titular liberdade de procriar ou de não procriar. Beneficiando de tutela penal (cf. art. 144º, al. b), do CP), a liberdade de procriar está, não obstante isto, sujeita a limites intrínsecos e extrínsecos. Os limites intrínsecos da liberdade de procriar correspondem ao fim do direito em que ela se inscreve, fim que não é meramente egoísta nem imediatista: o direito de procriar é concedido para a formação de um grupo (composto por pai e filho) em que o interesse mais ponderoso é o da criança. Nos limites extrínsecos da liberdade de procriar destaca-se a liberdade de não procriar da outra pessoa que se relaciona com aquela que pretende ter um filho.

O direito de constituir um vínculo jurídico de filiação não adoptiva assiste quer ao pai (que tanto pode ser aquele que contribuiu para a procriação com o elemento biológico como com o elemento volitivo) quer ao filho. Mas é um direito especialmente assegurado ao filho menor, devido à prevalência do interesse da criança. Diga-se a propósito que o regime jusconstitucional da família está muito marcado pela ideia do interesse superior da criança: o art. 36º, nº 5, atribui aos pais não só o direito, mas também o dever de educação e manutenção dos filhos; o art. 36º, nº 6, admite que os filhos sejam separados dos pais se estes não cumprirem os seus deveres fundamentais; o art. 67º, nº 2, al. d), prevê como incumbência do Estado garantir o direito ao planeamento familiar, de forma a permitir o exercício de uma maternidade e paternidade *conscientes*; e a letra do art. 69º, nºs 1 e 2, é suficientemente expressiva.

II. Parte da doutrina tem defendido que o direito de constituir família abrange a união de facto, umas vezes argumentando com a própria distinção que é feita no art. 36º, nº 1, da CRP, entre constituir família e contrair casamento¹⁰², outras vezes invocando a existência de um conceito constitucional aberto, pluralista, de família¹⁰³.

A lei básica não formula expressamente uma noção de família. Obviamente não se pode traçar a concepção constitucional de família com base na lei ordinária já que isso equivaleria a um erro metodológico grave, de inversão da hierarquia dos actos normativos. No entanto, a Constituição da República Portuguesa não pode deixar de ter tido em vista uma noção substancial de algo que qualifica como “elemento fundamental da sociedade” e que se empenha em proteger. Numa óptica que procura dar sentido ao esforço e às prioridades do poder constituinte, a família tem de ser uma realidade potencialmente dotada de estabilidade e projecção externa. Assim sendo, não cabem por enquanto no conceito constitucional de família a união de facto, formada por pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo, nem a convivência em economia comum. Tais relações parafamiliares formam-se e dissolvem-se pela mera vontade das partes, sem os constrangimentos impostos pela necessidade da intervenção do Estado, e não estão sujeitas a publicidade registal. Há nelas, ainda hoje, um factor de incerteza adverso ao investimento que o legislador constituinte faz na tutela da família.

Não significa isto que a união de facto e a convivência em economia comum careçam em absoluto de fundamento constitucional. São formas de organização de vida que traduzem o exercício do

¹⁰² Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 561.

¹⁰³ Cf. DAVID DUARTE, *Perspectivas constitucionais* pp. 94-96; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição* pp. 814-817.

direito ao desenvolvimento da personalidade, consagrado no art. 26º, nº 1, da CRP¹⁰⁴.

III. O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, igualmente previsto no art. 26º, nº 1, da CRP, corresponde a uma situação jurídica fundamental relativa à família¹⁰⁵. Este direito, que, ao contrário daquele que é regulado no art. 80º do CC, envolve directamente a componente familiar, assegura uma esfera de privacidade ao indivíduo, no contexto das suas relações familiares, que ele pode opor ao Estado e a particulares que não sejam sujeitos das mesmas relações. Complementando a existência do direito à reserva da vida familiar, o art. 26º, nº 2, da CRP, impõe à lei o encargo concreto de estabelecer garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas de informações respeitantes às famílias.

11.3. Princípios constitucionais de Direito Matrimonial, fundado em normas preceptivas

I. O direito de celebrar casamento em condições de igualdade, de que fala o art. 36º, nº 1, 2ª parte, da CRP, obsta aos casamentos forçados e às restrições ao casamento fundadas na raça, na religião ou na nacionalidade dos nubentes (cf. art. 16º, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de harmonia com o qual deve ser interpretado o art. 36º da CRP, nos termos do art. 16º, nº 2, do mesmo texto constitucional).

¹⁰⁴ Analogamente, quanto à união de facto, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF I* p. 56.

¹⁰⁵ Cf. DAVID DUARTE, *Perspectivas constitucionais* p. 109. Para um estudo desenvolvido do tema, mas à luz do art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cf. SUSANA ALMEIDA, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

Tendo em conta o art. 18º, nº 1, da CRP, é nula a cláusula de um contrato de trabalho que atribua à entidade patronal a faculdade de despedir o trabalhador que viesse a contrair casamento¹⁰⁶. Em contrapartida, a maioria dos impedimentos matrimoniais de Direito Civil (cf. arts. 1600º-1609º) não viola o disposto no art. 36º, nº 1, 2ª parte, da CRP, porque o preceito não reconhece carácter absoluto à liberdade matrimonial e aqueles impedimentos configuram, em regra, proibições de casar justificadas e proporcionais (v.g., os impedimento de bigamia ou do incesto).

No entanto, parecia-nos questionável a proibição civil do casamento entre pessoas do mesmo sexo (considerado inexistente, nos termos do art. 1628º, al. e), na redacção originária do Código Civil¹⁰⁷, atendendo ao princípio constitucional da não discriminação em razão da orientação sexual (cf. art. 13º, nº 2, da CRP) e ao facto de o casamento civil não vincular os cônjuges ao dever de procriação. A referida proibição foi abolida pela Lei nº 9/2010, de 31 de Maio (que revogou o art. 1628º, al. e)).

¹⁰⁶ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF I* p. 113.

¹⁰⁷ Cf. DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2009, pp. 107-108. Com outra opinião, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, *Introdução Geral. Preâmbulo. Artigos 1º a 79º*, 1ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 396-398, entendendo que o casamento de duas pessoas do mesmo sexo colidia com a estrutura nuclear da garantia institucional do casamento resultante da Constituição (mas na 2ª ed., de 2010, p. 820, afirma-se agora que “a Constituição permite o estabelecimento de um regime de casamento homossexual”); e RITA LOBO XAVIER, *Ensinar DF* p. 75. O ac. do TC nº 359/2009, de 9/7/2009, em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, pronunciou-se pela conformidade constitucional dos arts. 1577º e 1628º, al. e), excluindo a existência de uma violação do direito de contrair casamento e dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

II. À consagração explícita do direito à liberdade matrimonial, separado do direito de constituir família, alia-se a atribuição de competência à lei ordinária para regular os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração (art. 36º, nº 2, da CRP) ser civil ou religiosa.

A determinação de que cabe à lei a regulamentação dos requisitos do casamento, qualquer que seja a forma de celebração, tem criado algumas hesitações no que toca ao que se dispõe no art. 1625º do Código Civil. O artigo reserva aos tribunais eclesiásticos, que aplicam Direito Canónico e não a lei portuguesa, competência para conhecer das causas de nulidade do casamento católico (contraído em território nacional). Apesar de tudo, tem prevalecido na doutrina¹⁰⁸ a tendência da constitucionalidade, que faz interpretação restritiva da referência do art. 36º, nº 2, da CRP, aos requisitos do casamento, invocando o seguinte elemento histórico: o art. 1625º reproduz, quase *ipsis verbis*, o art. XXV, § 1º, da Concordata de 1940, entre o Estado Português e a Santa Sé, que o art. 2º do respectivo Protocolo Adicional de 15 de Fevereiro de 1975 expressamente considerou em vigor; tendo sido convencionado esse Protocolo tão pouco tempo antes da aprovação da Constituição de 1976, não é crível que os constituintes tivessem querido derrogar unilateralmente, e em ponto tão importante, o compromisso estabelecido.

Entretanto, a Concordata de 2004, que veio instituir uma disciplina incompatível com o art. 1626º na redacção de 1966¹⁰⁹,

¹⁰⁸ Cf., por todos, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDFI* pp. 120-122.

¹⁰⁹ Vai mais longe GONÇALVES PROENÇA (*Direito da Família*, 4ª ed., Lisboa, Universidade Lusfada Editora, 2008, pp. 136, 152-154), ao entender que o novo texto concordatário revogou tacitamente os arts. 1625º e 1626º. A tese da revogação tácita do art. 1625º não representa, porém, o fim das dúvidas em torno da constitucionalidade da disciplina estatal do casamento católico. O autor aprecia agora o art. 13º, nº 1, da Concordata de 2004 (no qual

não modificou substancialmente os dados da problemática em evidência: o art. 16º da nova Concordata continua a reconhecer a competência das autoridades eclesiásticas para conhecer das causas de nulidade do casamento católico.

Seja como for, não conferindo a lei portuguesa eficácia civil às decisões das autoridades de outras confissões religiosas, a solução da Concordata é susceptível de aprovação menos nítida noutra óptica – a do princípio da igualdade¹¹⁰.

Como decorre do art. 36º, nº 2, da CRP, o legislador constituinte não se desinteressa da matéria dos efeitos e da dissolução do casamento, nem a submete a um princípio de não intervenção do Estado. A matéria está sujeita a uma reserva de lei formal. Se somarmos a isto a autonomização do direito fundamental de liberdade matrimonial, assim como a inevitável inclusão da união conjugal na família que constitui um “elemento fundamental da sociedade” e que goza de um “direito à protecção da sociedade e do Estado” (art. 67º, nº 1, da CRP), é imperioso considerar que a Constituição não vê no casamento uma simples “forma jurídica” ou um “instituto vazio”. Há um conceito de casamento pressuposto pelo poder constituinte, que coincide com aquele que reúne maior consenso na comunidade e salvaguarda a identidade particular da figura em apreço: compromisso de união ampla, necessariamente íntima e exclusiva, entre duas pessoas¹¹¹.

se estabelece que “o Estado português reconhece efeitos civis aos casamentos celebrados em conformidade com as leis canónicas”) à luz do art. 36º, nº 2, da CRP.

O art. 1626º, nº 1, na redacção de 1966, alterado apenas em 2009, conferia carácter executório às decisões dos tribunais e repartições eclesiásticas, “independentemente de revisão e confirmação”.

¹¹⁰ Cf. PAULA TÁVORA VÍTOR, “A evolução legislativa recente do sistema de casamento português”, em *Família, consciência* pp. 173-177.

¹¹¹ A garantia institucional do casamento obsta, p.e., à conformidade constitucional de uma lei que viesse admitir a poligamia (cf. RITA LOBO XAVIER, *Ensinar DF* p. 75).

III. O art. 36º, nº 3, da CRP, confirma a presença de sinais valorativos na regulação do casamento: os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos. Compreensivelmente, foi rejeitado o modelo de união sob direcção do marido (consagrado na versão originária do Código Civil português), o que remete a tese da neutralidade do poder constituinte em assuntos familiares para uma zona mitológica¹¹².

11.4. Princípios constitucionais de Direito da Filiação, fundados em normas preceptivas

Não se pode pensar num Estado eticamente indiferente. Nos aspectos mais cruciais, como são os atinentes à família, a Constituição da República Portuguesa guia-se pelas concepções comuns da comunidade. Deste modo, prevê que os pais têm o direito e o dever de educação dos filhos e que, em regra, os filhos não podem ser separados do pais (arts. 36º, nºs 5 e 6), seguindo uma visão dominante, que em nada coincide com a opinião de Platão, que julgava ser melhor separar os filhos dos pais para educá-los em instituições públicas¹¹³.

¹¹² Sobre o princípio da igualdade dos cônjuges, cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 113-123. Como demonstra a posição de PAWLOWSKI ("Abschied von der «Bürgerliche Ehe»", *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II.1., Milão, Giuffrè, 1998, pp. 695 e s.), uma verdadeira neutralidade ética não é compatível com a imposição do casamento igualitário, generalizada nos Estados da União Europeia, imposição que é, por isso, considerada ilegítima por este ilustre autor alemão. Para uma crítica da orientação de Pawlowski e, por conseguinte, do relativismo jusfamiliar, cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 385-389.

¹¹³ A Lei Fundamental acolhe, portanto, o dogma milenar de que o lugar das crianças é na família (cf. DUARTE PINHEIRO, *Critério* pp. 5-7).

I. Do art. 36º, nº 4, da CRP, extrai-se o princípio da não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento. A proibição de discriminação material dos filhos nascidos fora do casamento não é afectada pela existência de modos diversos de estabelecimento da paternidade, nos casos de filiação fora do casamento (cf. art. 1796º, nº 2): trata-se de uma diferenciação que decorre da "própria natureza das coisas"¹¹⁴. No entanto, impedindo a lei de usar designações discriminatórias relativas à filiação, a disposição constitucional já não é acatada pelo art. 1703º, nº 2, que faz uso da expressão "descendentes legítimos" (mas, abstraindo do aspecto terminológico, o regime do art. 1703º, nº 2, não merece objecções).

II. O direito-dever de educação e manutenção dos pais é reconhecido pelo art. 36º, nº 5, da CRP, a ambos os pais, sem distinções. À luz desse preceito e do princípio da igualdade, era constitucionalmente suspeita a presunção legal, só ilidível judicialmente, de que é a mãe que tem a guarda do filho (art. 1911º, nº 2, na redacção do Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de Novembro)¹¹⁵, entretanto eliminada pela Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro.

III. O nº 6 do mesmo art. 36º enuncia o princípio de que os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial. Por conseguinte, seria inconstitucional a norma que, havendo oposição dos pais, permitisse a atribuição

¹¹⁴ Cf. ac. do TC 99/88, *DR* II série, de 22/8/1988, p. 7642.

¹¹⁵ Cf. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição* p. 829. Diferentemente CLARA SOTTOMAYOR, *Qual é o interesse?* pp. 28-29 (a norma respeitaria o princípio da igualdade, reflectindo "a realidade sociológica, segundo a qual, quando uma criança nasce fora do casamento, há uma maior ligação desta à mãe e à família da mãe do que ao pai e à família deste").

da guarda do menor a terceiros por mera decisão administrativa¹¹⁶. E afigura-se duvidoso o preceito contido no art. 1907º, nº 1, na redacção da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, que admite que um filho menor seja confiado a terceira pessoa por decisão judicial, independentemente de se terem verificado alguma das circunstâncias previstas no art. 1918º¹¹⁷.

IV. O art. 36º, nº 7, da CRP, dispõe que a adopção “é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação”. O alcance da disposição tem de ser circunscrito com a previsão imediatamente anterior da regra da inseparabilidade dos filhos dos pais (nomeadamente, biológicos)¹¹⁸.

V. Embora o art. 36º da CRP não aluda aos filhos nascidos em resultado da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, estes não podem ser discriminados relativamente aos filhos nascidos na sequência de acto sexual, por força do princípio geral da igualdade (art. 13º, nº 1, da CRP).

VI. Fora do art. 36º da CRP, encontra-se um direito fundamental de aplicação imediata com importância na área da filiação: o direito à identidade pessoal e genética (art. 26º, nºs 1 e 3, da CRP), que, aparentemente, não se coaduna com o segredo da identidade dos pais biológicos perante o adoptado, na adopção plena (inferível

¹¹⁶ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDFI* p. 128.

¹¹⁷ Para HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* p. 178, o preceito é claramente inconstitucional.

¹¹⁸ Nas palavras de CARLA AMADO GOMES, *Filiação* p. 36, ao legislador cumpre “disciplinar a adopção em termos que, de forma equilibrada, salvaguardem os interesses das partes do «triângulo adoptivo»” (isto é, o menor, o adoptante e os pais naturais do adoptado; se o adoptante tiver já filhos, a designação mais correcta seria até “quadrado adoptivo”).

a partir do art. 1985º, nº 2), nem com o anonimato do dador, na procriação medicamente assistida (art. 15º da LPMA)¹¹⁹.

11.5. Princípios de protecção consagrados em normas programáticas

I. No campo das normas programáticas, avulta o art. 67º, nº 1, da CRP, no qual se determina que “a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”. Reitera-se o que se afirmou quanto ao direito de constituir família: na interpretação actual da Constituição portuguesa, a união de facto e a convivência em economia comum não são grupos familiares.

É grande o significado simbólico do art. 67º, nº 1, da CRP. É a ideia da família como elemento fundamental da sociedade que legitima a intervenção regulamentadora do Estado, diminuindo o impacto da proclamação do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

O art. 67º, nº 2, da CRP, enumera exemplificativamente incumbências do Estado para protecção da família¹²⁰. Por força da al. e), aditada na revisão constitucional de 1997, cabe ao Estado regulamentar a procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana. Até 2006, não entrou em vigor qualquer legislação geral sobre procriação medicamente assistida, motivo pelo qual certos autores consideravam haver uma inconstitucionalidade por omissão¹²¹.

¹¹⁹ Diferentemente, o ac. do TC nº 101/2009, de 3/3/2009, em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

¹²⁰ Incluindo deveres de protecção do Estado no sentido da salvaguarda das condições de apoio material à maternidade e paternidade, CARLA AMADO GOMES, *Filiação* pp. 33-34.

¹²¹ Cf. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, *Introdução Geral. Preâmbulo. Artigos 1º a 79º*, 1ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 695-696.

II. O art. 68º da CRP especifica o princípio da protecção da família no domínio da paternidade e maternidade: a maternidade e a paternidade constituem “valores sociais eminentes” (nº 2); os pais e as mães gozam do “direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos” (nº 1).

III. O art. 69º da CRP reconhece também às crianças “direito à protecção da sociedade e do Estado”, desta feita “com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições” (nº 1); a protecção estatal visa de modo muito particular as crianças que não têm uma família ou que estão “por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal” (nº 2), sendo de crer que, apesar do silêncio constitucional, os jovens em perigo beneficiam de idêntica protecção¹²².

IV. O art. 72º, nº 1, da CRP, confere protecção à terceira idade, determinando que “as pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia social e evitem e superem o isolamento ou marginalização social”. O preceito em apreço contém elementos que ligam a protecção dos idosos ao Direito da Família: alude-se expressamente ao convívio familiar; o direito à segurança económica e a condições de habitação tem de ser conjugado com o direito à segurança social na velhice (cf. art. 63º da CRP), mas não isenta o Estado de zelar pelo cumprimento do dever de assistência ou da obrigação de alimentos, que recai sobre os familiares; a preocupação de assegurar a autonomia e evitar a marginalização das pessoas

idosas implica apoio não só a estas como às respectivas famílias, bem como uma acção pública vocacionada para a preservação ou restauração de mecanismos de solidariedade familiar em benefício dos ascendentes.

12. O Direito Europeu da Família

A problemática do Direito Europeu da Família supõe a consideração de dois níveis: o dos trabalhos destinados à uniformização e até à unificação do Direito da Família dos Estados europeus; e o dos Regulamentos da União Europeia com incidência familiar.

12.1. Uniformização e unificação do Direito da Família no território da União Europeia

I. Independentemente de qualquer esforço público ou privado deliberado, no início do séc. XXI já havia um Direito da Família Europeu. As transformações que afectaram a generalidade dos países europeus nas décadas anteriores levaram à formação, quase espontânea, de um núcleo comum de Direito da Família, produto de uma crescente homogeneidade das diversas sociedades nacionais e de uma tendência para importar soluções provenientes de ordenamentos estrangeiros tidos como mais avançados¹²³. Efectivamente, é visível a convergências entre os vários Estados europeus em certos regimes fundamentais como o do casamento, do divórcio, ou do estatuto dos filhos¹²⁴.

¹²³ Cf. DE VITA, Anna, “Aperçu comparatif sur l'évolution européenne: considérations et conjectures”, em *La contractualisation de la famille, sob a direcção de Fenouillet/Vareilles-Sommières*, Paris, Economica, 2001, p. 265.

¹²⁴ Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Um Direito da Família Europeu? (Play it again, and again...Europe)”, texto publicado na obra do mesmo autor, *Temas* pp. 319-331.

No entanto, esta aproximação, quase espontânea, entre os Direitos da Família dos vários Estados Europeus não chegou ao ponto de eliminar diferenças profundas. Veja-se, hoje, p.e., o estado da questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo nos vários ordenamentos.

II. Por Resolução de 1994¹²⁵, o Parlamento Europeu solicitou à Comissão que fossem feitos trabalhos sobre a possibilidade de elaboração de um Código Europeu Comum de Direito Privado. Na sequência da Resolução, viria a ser criado, só em 1998, o Grupo de Estudos sobre um Código Civil Europeu. Numa comunicação¹²⁶, apresentada em 2000, num colóquio realizado na Universidade de Coimbra, tornou-se claro que o referido Grupo colocava reservas à imediata uniformização do Direito da Família, considerando que a mesma não seria exequível sem sacrifício da “identidade jurídica” dos Estados membros¹²⁷. Na altura, pareceu-me que tal atitude era fruto de uma estratégia de concentração de esforços na uniformização do Direito Patrimonial Geral, “natural no quadro de uma União que sucede à Comunidade Económica Europeia e que visa em primeiro lugar objectivos de cariz económico”¹²⁸, tanto mais que a intervenção brilhante de um ilustre professor português¹²⁹, apresentada no dito colóquio de 2000, mostrou ser oportuna uma tentativa de unificação.

¹²⁵ Cf. JO C 158, de 1994, pp. 400-401.

¹²⁶ Comunicação de CHRISTIAN VON BAR, intitulada “The Study Group on a European Civil Code”, publicada na obra colectiva *Um Código Civil para a Europa*, Coimbra, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2002, pp. 64-78.

¹²⁷ Cf. CHRISTIAN VON BAR, *ibidem*, pp. 68-69.

¹²⁸ Cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* p. 384, nota 874, *in fine*.

¹²⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, cuja intervenção intitulada “Um Direito da Família Europeu? (Play it again, and again...Europe)” foi publicada na obra *supra* identificada na nota 124 e também na obra colectiva *supra* mencionada na nota 126.

Afinal, como escreve uma autora italiana¹³⁰, que reivindica maior receptividade das instituições comunitárias ao Direito Europeu da Família, as tarefas da União Europeia ultrapassam a prossecução de finalidades puramente económicas.

III. Em 1 de Setembro de 2001 foi criada a Comissão de Direito da Família Europeu. Tendo como objectivo a harmonização do Direito da Família na Europa, a Comissão, composta por especialistas oriundos da maioria dos Estados-membros da União Europeia e de outros países europeus (Noruega, Rússia e Suíça), elaborou já princípios em duas áreas: divórcio e alimentos entre ex-cônjuges; responsabilidades parentais.

IV. Os Princípios do Direito da Família Europeu Relativos a Divórcio e Alimentos entre Ex-Cônjuges foram publicados em 2004¹³¹. São 20 princípios, que se dividem igualmente por duas partes. Na Parte I, dedicada ao divórcio, são recomendados princípios quanto à admissibilidade do divórcio, à regulamentação do processo e à fixação da autoridade competente para decretar o divórcio, às modalidades de divórcio, ao divórcio por mútuo consentimento, ao período de reflexão no divórcio por mútuo consentimento, ao conteúdo e forma do acordo dos cônjuges relativo aos efeitos do divórcio por mútuo consentimento, à separação de facto enquanto fundamento do divórcio, à “cláusula de excessiva onerosidade” para o requerente (que possibilita uma obtenção mais rápida do divórcio litigioso, com fundamento em separação de facto) e à determinação das consequências do divórcio pela autoridade

¹³⁰ DE VITA, *ob. cit.*, *supra*, na nota 123, pp. 265-266.

¹³¹ Cf. KATHARINA BOELE-WOELKI e outros, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Antuérpia/Oxford, Intersentia, 2004. Há uma tradução portuguesa destes princípios na revista *Lex Familiae* n° 5, 2006, pp. 14 e s.

competente. Na Parte II, dedicada aos alimentos entre ex-cônjuges, são recomendados princípios no que toca à relação entre o divórcio e os alimentos, à excepcionalidade da concessão de alimentos (o chamado princípio da autosuficiência), aos pressupostos da sua concessão, aos critérios da fixação da pensão de alimentos, ao modo de cumprimento da obrigação de alimentos, à “cláusula de excessiva onerosidade” para o devedor (que impede, limita ou extingue a obrigação de alimentos por causa do comportamento do credor), à relação entre a obrigação de alimentos perante o ex-cônjuge e outras obrigações alimentares, à duração da obrigação de alimentos entre ex-cônjuges, à extinção desta obrigação e aos acordos das partes sobre os alimentos pós-matrimoniais.

Os Princípios do Direito da Família Europeu Relativos às Responsabilidades Parentais foram publicados em 2007¹³². São 39 princípios, repartidos pelos seguintes capítulos: definições (capítulo I); direitos da criança (capítulo II); responsabilidade parental de pais e terceiros (capítulo III); exercício da responsabilidade parental (capítulo IV); conteúdo da responsabilidade parental (capítulo V); cessação da responsabilidade parental (capítulo VI); privação e restituição da responsabilidade parental (capítulo VII); procedimentos (capítulo VIII). A responsabilidade parental é entendida como “um conjunto de direitos e deveres destinados a favorecer e a salvaguardar o bem-estar da criança” (corpo do princípio 3:1, incluído no capítulo I).

Com a formulação de todos estes princípios, que não vinculam os Estados dos peritos participantes, procura-se sobretudo persuadir os legisladores nacionais a adoptar um mesmo modelo. Do ponto de vista metodológico, a Comissão do Direito da Família Europeu tentou que os princípios enunciados reflectissem em

¹³² Cf. KATHARINA BOELE-WOELKI e outros, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antuérpia/Oxford, Intersentia, 2007. A obra também contém versões dos princípios em línguas francesa (pp. 289 e s.) e espanhola (pp. 315 e s.).

primeiro lugar as normas actualmente vigentes na maioria dos países europeus e que só subsidiariamente traduzissem soluções novas. Alegadamente, houve a preocupação de introduzir apenas soluções novas comprovadamente superiores às vigentes, tendo em conta as tradições históricas, a evolução e as exigências da sociedade europeia¹³³.

A Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, assinala o triunfo da Comissão de Direito da Família Europeu, acolhendo muitos dos mencionados princípios, sem prejuízo de o legislador português não ter voltado a consagrar um período de reflexão no divórcio por mútuo consentimento, aplicável quando os cônjuges tenham crianças de idade inferior a 16 anos e não estejam separados de facto há, pelo menos, 6 meses (Princípios do Direito da Família Europeu Relativos a Divórcio e Alimentos entre Ex-Cônjuges, nº 1:5), período de reflexão que foi abolido, entre nós, em 2001.

V. Natureza vinculativa (para os Estados-membros da União Europeia) têm já os regulamentos comunitários com incidência familiar.

12.2. Regulamentos com incidência familiar

I. Como é sabido, os Regulamentos da União Europeia vinculam os Estados-membros. Todavia, os Regulamentos com incidência familiar limitam-se a facilitar o reconhecimento e a execução num Estado-membro de decisões que foram proferidas noutro Estado-membro ou a fixar qual o Estado-membro com competência para decidir assuntos que apresentem elementos de conexão com ordens jurídicas de dois ou mais Estados-membros. São, portanto, instrumentos europeus de Direito Internacional Privado

¹³³ Cf. SALVATORE PATTI, “I Principi di Diritto Europeo della Famiglia sul Divorzio e il Mantenimento tra Ex Coniugi”, *Famiglia* 2005/2, p. 340.

da Família e não actos que definam um regime material de Direito Europeu da Família. Apesar disso, são muito importantes num espaço geográfico vasto em que é grande a mobilidade transnacional dos cidadãos.

No âmbito dos actos da União Europeia, é de citar o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000¹³⁴, designado “Regulamento Bruxelas I”, relativo à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial; o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro do mesmo ano, designado “Regulamento Bruxelas II bis”¹³⁵, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 (“Regulamento Bruxelas II”)¹³⁶; e o Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares¹³⁷.

E está pendente uma proposta, de 17 de Julho de 2006, sobre competência e regras relativas à lei aplicável em matéria matrimonial, que se destina a alterar o “Regulamento Bruxelas II bis”.

¹³⁴ JO L 12, de 16/1/2001, pp. 1 e s.

¹³⁵ Ou “Regulamento de Bruxelas II a”). Cf. JO L 338, de 23/12/2003, pp. 1 e s.

¹³⁶ JO L 160, de 30/6/2000, pp. 19 e s.

¹³⁷ JO L 7, de 10/1/2009, pp. 1 e s. Todavia, a maioria das respectivas disposições legais não são aplicáveis antes de 18/6/2011 (cf. art. 76º). O Regulamento (CE) n.º 4/2009 deverá alterar o Regulamento (CE) n.º 44/2001, substituindo as disposições deste acto em matéria de obrigações alimentares (cf. considerando n.º 44).

II. O “Regulamento Bruxelas I”, que vincula todos os Estados-membros, à excepção da Dinamarca¹³⁸, contém normas sobre alimentos, que conferem ao credor uma posição privilegiada. De acordo com o Regulamento, nos Estados a ele vinculados e quando o requerido resida num desses Estados, o credor de alimentos pode escolher entre o tribunal do Estado-membro em que tem o seu domicílio ou residência habitual e o tribunal do domicílio do devedor, enquanto o devedor que quiser suscitar uma questão de alimentos tem de fazê-lo no tribunal do domicílio ou da residência habitual do credor (arts. 2º e 5º, n.º 2). Tratando-se de pedido acessório de acção sobre o estado das pessoas, a matéria será julgada no tribunal competente segundo a lei do fóro, salvo se esta competência for unicamente fundada na nacionalidade de uma das partes (art. 5º, n.º 2). As decisões proferidas por estes tribunais serão reconhecidas nos demais Estados vinculados pelo Regulamento sem necessidade de recurso a qualquer processo (art. 33º) e, se tiverem força executiva no Estado em que foram proferidas, podem ser executadas noutra Estado-membro, depois de nele terem sido declaradas executórias, a requerimento de qualquer interessado (art. 38º). O reconhecimento e a execução das decisões apenas podem ser recusados em casos excepcionais indicados no art. 34º, v.g., se as decisões forem contrárias à ordem pública do Estado requerido, violarem os direitos de defesa ou colidirem com um caso julgado.

De referir o Regulamento (CE) n.º 805/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, que cria o título executivo europeu para créditos não contestados¹³⁹, incluindo os créditos de alimentos.

¹³⁸ Nas relações entre a Dinamarca e os restantes Estados-membros, aplica-se a Convenção de Bruxelas, de 27 de Setembro de 1968.

¹³⁹ JO L 143, de 30/4/2004, pp. 15 e s.

III. O “Regulamento Bruxelas II *bis*” vincula todos os Estados-membros, à excepção da Dinamarca. Contém normas sobre o divórcio, a separação e anulação do casamento; e normas relativas à atribuição, ao exercício, à delegação, à limitação ou à cessação da responsabilidade parental (art. 1º, nº 1). Nos termos do art. 63º, nº 1, o Regulamento é aplicável sem prejuízo da Concordata entre a Santa Sé e Portugal, de 1940. Como a Concordata de 2004 substituiu a de 1940, o Estado português deve transmitir à Comissão a alteração verificada, promovendo a necessária modificação do Regulamento¹⁴⁰.

Em matéria matrimonial, o “Regulamento Bruxelas II *bis*” aplica-se unicamente quando o cônjuge requerido tenha a sua residência habitual no território de um Estado vinculado, seja nacional de um Estado vinculado ou, no caso do Reino Unido e da Irlanda, tenha o seu “domicílio”¹⁴¹ no território de um destes dois Estados-membros (art. 6º). Quando surja uma questão relativa ao divórcio, separação ou anulação do casamento, as partes podem escolher qualquer um dos tribunais (ou autoridades) do Estado-membro vinculado de entre os que são competentes por força dos critérios indicados no art. 3º, nº 1, do Regulamento

¹⁴⁰ Cf. HELENA BRITO, “O Regulamento (CE) nº 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental”, em AA.VV., *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, p. 354. Entretanto, a pedido de Malta, um dos últimos Estados que aderiram à União Europeia, o art. 63º do Regulamento foi alterado, para que fosse mencionado o Acordo entre a Santa Sé e Malta relativo ao reconhecimento de efeitos civis dos casamentos canónicos e das decisões das autoridades e dos tribunais eclesiásticos a eles relativas, de 3 de Fevereiro de 1993 acompanhado do segundo protocolo adicional de 6 de Janeiro de 1995 – cf. Regulamento (CE) nº 2116/2004 do Conselho, de 2 de Dezembro de 2004, JO L 367, de 14/12/2004, pp. 1-2.

¹⁴¹ Para efeitos do Regulamento, o termo “domicílio” é entendido na acepção que lhe é dada pelos sistemas jurídicos do Reino Unido e da Irlanda (art. 3º, nº 2).

(p.e., o tribunal do Estado em cujo território se situe a residência habitual do requerido; ou a residência habitual do requerente, se este aí tiver residido pelo menos durante um ano imediatamente antes do pedido, bastando a residência habitual nos seis meses anteriores se ele for nacional do Estado-membro em questão).

Em matéria de responsabilidade parental, o art. 8º, nº 1, do “Regulamento Bruxelas II *bis*” consagra a regra geral da competência dos tribunais (ou autoridades) do Estado-membro em que cujo território se situe a residência habitual da criança à data em que o processo for instaurado.

As decisões sobre as matérias a que respeita o “Regulamento Bruxelas II *bis*” que forem proferidas num Estado vinculado são reconhecidas noutros Estados vinculados, sem quaisquer formalidades (art. 21º, nº 1). Os fundamentos de não-reconhecimento, previstos nos arts. 22º e 23º, são limitados: p.e., contrariedade à ordem pública do Estado requerido, violação dos direitos de defesa ou colisão com um caso julgado¹⁴².

As decisões proferidas num Estado-membro sobre o exercício da responsabilidade parental, que aí tenham força executiva, podem ser executadas noutro Estado vinculado ao Regulamento, depois de nele terem sido declaradas executórias a pedido de qualquer parte interessada (art. 28º, nº 1), a não ser que o Estado onde se pretenda a execução seja o Reino Unido (hipótese em que tem de ser efectuado o registo da execução em Inglaterra, no País de Gales, na Escócia ou na Irlanda do Norte, consoante as circunstâncias – art. 28º, nº 2).

¹⁴² O reconhecimento não depende da lei competente, o que é criticado por LIMA PINHEIRO, *O reconhecimento de decisões* p. 523: “por exemplo, a dissolução do casamento operada por uma sentença de divórcio proferida noutro Estado-Membro pode ser reconhecida em Portugal mesmo que o divórcio não seja reconhecido pela ordem jurídica competente segundo o Direito de Conflitos português (designadamente a lei da nacionalidade comum dos cônjuges – art. 55º CC)”.

As decisões sobre o direito de visita e o regresso da criança a outro Estado, dotadas de força executória no Estado-membro que as proferiu, beneficiam de um regime especial: uma vez cumpridas certas formalidades pela autoridade que proferiu a decisão, são reconhecidas e gozam de força executória noutro Estado-membro sem necessidade de qualquer declaração que reconheça essa força e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento (arts. 41º e 42º)¹⁴³. Por esta via, o “Regulamento Bruxelas II bis” pretende reforçar a garantia do direito da criança manter o contacto com ambos os pais após o divórcio, mesmo quando os pais vivam em Estados-membros diferentes, e tenta dissuadir o rapto parental de crianças na União Europeia, combatendo a tentação que os pais sentem de levar ilicitamente a criança para outro Estado, na esperança de obter aqui uma decisão diversa da que foi proferida no Estado onde antes residia o menor.

¹⁴³ Na opinião de LIMA PINHEIRO (*O reconhecimento de decisões* p. 544), a atribuição automática de força executiva a decisões proferidas noutros Estados só se compreende à luz do designio de reduzir ao mínimo a autonomia dos sistemas jurídicos dos Estados membros, constituindo um elemento que apoia a conclusão de que o caminho trilhado pelo Regulamento em questão “não é certamente o da coerência intrassistemática e o da justiça do Direito Internacional Privado”.

PARTE I – DIREITO DA FILIAÇÃO

Capítulo I – Constituição do vínculo de filiação

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 214-216, 385; Pamplona Corte-Real, *DF* 95-99; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* II/1 262-263; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1578º e 1586º; Ferreira-Pinto, *Dicionário* 240.

Secção I – Noção e modalidades de filiação

1. Noção de filiação

I. Em sentido estrito, a filiação é uma espécie da relação de parentesco, definindo-se como a relação juridicamente estabelecida entre as pessoas que procriaram e aquelas que foram geradas¹⁴⁴. É nesta acepção que o termo é usado nos arts. 1796º e s., que regulam o estabelecimento da filiação.

Em sentido amplo, à filiação corresponde quer a relação jurídica familiar constituída pela procriação quer a relação que, não tendo origem no fenómeno da procriação, produza efeitos jurídicos similares. P.e., a filiação constituída por sentença de adopção. Como resulta do art. 1586º, a relação de adopção é vista pelo legislador como uma imitação da relação decorrente de procriação. Esse entendimento reflecte-se numa certa comunidade de efeitos entre a adopção e a procriação: os efeitos do vínculo de adopção plena praticamente não se distinguem dos do vínculo de filiação biológica estabelecida; e um dos mais importantes efeitos da filiação biológica, que é a atribuição do poder paternal¹⁴⁵, verifica-se também na adopção restrita.

¹⁴⁴ Cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 214.

¹⁴⁵ O termo “poder paternal” é uma alternativa válida à expressão “responsabilidades parentais”: cf., *supra*, nota 5.

A lei recorre ao conceito amplo de filiação quando no art. 60º, nº 1 se refere à “filiação adoptiva”. E é este conceito que será aqui seguido¹⁴⁶, no pressuposto de que o aspecto da eficácia é mais relevante do que o da constituição. Mas há ainda outros motivos que justificam a escolha de uma noção ampla de filiação. Nos tempos actuais, as realidades que acabam por ser aglutinadas numa categoria única, apesar da sua diversidade do ponto de vista da formação, estão subordinadas em todas as suas fases, incluindo na fase da constituição, a um mesmo princípio – o princípio do superior interesse da criança ou do menor¹⁴⁷. Além disso, uma acepção ampla de filiação tem vantagens no domínio da sistematização e construção científicas. Por um lado, a matéria da adopção é tratada em paralelo com a da filiação biológica (e não em separado, p.e., numa introdução ao Direito da Família¹⁴⁸), o que permite conferir adequado destaque à principal razão de ser do instituto da adopção (dar ao menor alguém que tenha competência para exercer as funções de pai). É recomendável que se ligue o estudo da adopção ao do regime do poder paternal. Por outro lado, torna-se clara a autonomia e dignidade da procriação medicamente assistida heteróloga, isto é, de um conjunto de situações conexas com as novas tecnologias aplicadas à procriação, que, de outra forma, tenderiam a ser mencionadas como meras curiosidades ou desvios, no âmbito do estabelecimento da filiação.

¹⁴⁶ Igualmente, FERREIRA-PINTO, *Dicionário* p. 240.

¹⁴⁷ Cf., *infra*, III deste nº 1.

¹⁴⁸ Há pouco, Guilherme de Oliveira abandonou o tratamento em separado da adopção, numa introdução ao Direito da Família, passando a incluir a exposição relativa ao vínculo adoptivo num volume dedicado ao Direito da Filiação (PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1, em particular p. 7, que contém o prefácio).

II. É em torno do conceito de filiação que gira todo o Direito da Filiação e da Protecção de Crianças e Jovens¹⁴⁹, um amplo sector do Direito em evolução e com uma importância social crescente.

O Direito da Filiação e da Protecção de Crianças e Jovens constitui uma área dinâmica, especialmente permeável às mais recentes mudanças de concepção de vida. Em 1976, a CRP consagrou o princípio da não discriminação dos filhos fora do casamento, concretizado em 1977, no campo da legislação ordinária, com a Reforma do Código Civil. De 1977 para cá, foram feitas várias alterações legislativas ao regime da adopção, destinadas a facilitar a constituição do vínculo, tendo as últimas modificações mais importantes sido introduzidas pela Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro¹⁵⁰. Em 1995, foi admitido o exercício conjunto do poder paternal nos casos de divórcio e em outras situações de ruptura (Lei nº 84/95, de 31 de Agosto). Em 2001, algumas competências dos tribunais judiciais sobre questões do poder paternal foram transferidas para o Ministério Público (DL nº 272/2001, de 13 de Outubro). Em 1998, modificações nas regras da acção de investigação da maternidade e da paternidade ampliaram as possibilidades de reconhecimento judicial da filiação extramatrimonial (Lei nº 21/98, de 12 de Maio). Nos anos subsequentes, esta lógica de não limitação da prerrogativa de constituição do vínculo de filiação biológica foi seguida pela jurisprudência, num movimento que culminou em 2006 com a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de uma norma que previa o prazo-regra para a propositura da acção de investigação da paternidade¹⁵¹. Em 1999, procedeu-se a

¹⁴⁹ Neste contexto, a protecção de crianças e jovens identifica-se com aquela que é prevista para suprir a inexistência ou insuficiência de uma relação de filiação.

¹⁵⁰ Menos preponderante é a Lei nº 14/2009, de 1 de Abril.

¹⁵¹ Ac. do TC 23/2006, de 10/1 (MOTA PINFO), *DR* I série, de 8/2/2006, p. 1026.

uma profunda reforma do Direito dos Menores, mediante a qual se separou a “intervenção tutelar de protecção” (com cariz civil, objecto da Lei nº 147/99, de 1 de Setembro, que aprovou a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo) da “intervenção tutelar educativa” (com cariz parapenal, objecto da Lei nº 166/99, de 14 de Setembro, que aprovou a Lei Tutelar Educativa). Um pouco mais tarde, a Lei nº 31/2003, de 22 de Agosto trouxe mudanças no domínio da protecção de menores¹⁵². Ainda assim, não falta quem reclame novas alterações¹⁵³. Também no séc. XXI, foi regulada a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (Lei nº 32/2006, de 26 de Julho – LPMA)¹⁵⁴. A Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, modificou a legislação sobre poder paternal/responsabilidades parentais. E, por fim, a Lei nº 14/2009, de 1 de Abril, alterou artigos do Código Civil sobre estabelecimento da filiação¹⁵⁵.

Numa época em que é inocultável a influência do voto e da opinião da maioria dos cidadãos, o investimento estatal mostra quão grande é já a relevância do Direito da Filiação e da Protecção das Crianças e Jovens numa perspectiva social. Como pode um jurista ignorar, p.e., o tema da regulação do exercício das responsabilidades parentais, num período em que não são raras as situações de ruptura entre casais com filhos menores? Ou

¹⁵² Essa lei foi entretanto regulamentada pelos DLs nº 11 e 12/2008, ambos de 17/1.

¹⁵³ Cf., além de múltiplas intervenções na comunicação social, nomeadamente, PAMPLONA CORTE-REAL, *Anexo* p. 55; MADEIRA PINTO, “Direito de Família e Menores”, *Lex Familiae* nº 1, 2004, pp. 112-113.

¹⁵⁴ Esta lei foi já alterada (pelo art. 4º, nº 3, da Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro, que aditou o art. 43º-A à LPMA).

¹⁵⁵ O Diário da República diz, de forma infeliz, que a mencionada lei “altera os artigos 1817º e 1842º do Código Civil sobre investigação de paternidade e maternidade”, quando o último artigo respeita à impugnação da paternidade presumida e não à investigação (da paternidade ou maternidade).

desconhecer a problemática da procriação medicamente assistida, num período de avanços tecnológicos em que, por razões diversas, subsistem ou crescem as dificuldades de concepção ou gestação de crianças mediante o acto sexual? Ou escusar-se a estudar as regras da intervenção para a promoção dos direitos e protecção social da criança e do jovem em perigo, num período em o abandono ou os maus tratos de menores suscitam reacções generalizadas de indignação?

O peso dos temas de que o Direito da Filiação e da Protecção das Crianças e Jovens se ocupa revela-se naturalmente no espaço da comunicação social. Basta ter em conta o tratamento noticioso de situações concretas de crianças em perigo que tiveram um desfecho trágico, como aconteceu, p.e., no “caso da bebé Sílvia”¹⁵⁶ e no “caso Vanessa”¹⁵⁷; ou a atenção que foi dada ao “caso Esmeralda”¹⁵⁸ e, mais recentemente, ao “caso Xaninha”¹⁵⁹. Desde

¹⁵⁶ A mãe, que foi detida pela polícia, no dia 8 de Maio de 2001, quando procurava cocaína, com medo de perder a guarda da criança, não revelou às autoridades que tinha deixado a filha de 16 meses sozinha em casa. Passados 25 dias, a bebé foi encontrada morta. A mãe veio a ser julgada pelos tribunais suíços, que a condenaram a uma pena suspensa de seis meses de prisão pela prática do crime de homicídio por negligência (em abstracto, punível com uma pena de prisão até 3 anos). Ao longo do julgamento, a defesa requereu a absolvição da arguida, invocando o mau funcionamento dos serviços sociais, porque, tendo a seu cargo o acompanhamento da criança, não foram capazes de descobrir atempadamente o paradeiro da bebé.

¹⁵⁷ Pouco depois do seu nascimento, Vanessa foi entregue pela mãe (que, além de toxicod dependente, era então menor) a uns amigos. A partir de Dezembro de 2004, Vanessa passou a viver com a avó paterna e o pai (que era toxicod dependente), vindo a falecer aos cinco anos de idade, em 30 de Abril de 2005, após três dias de agonia, alegadamente por asfixia, com marcas de variadas agressões, desde queimaduras a fracturas múltiplas.

¹⁵⁸ Esmeralda, que nasceu em Fevereiro de 2002, foi entregue pela mãe ao casal Luís/Adelina em Maio de 2002, altura em que era desconhecida a paternidade da criança. Em Janeiro de 2003, o casal Luís/Adelina intentou um processo com vista à adopção plena de Esmeralda. Antes do termo deste processo, o pai biológico, Baltazar, perfilhou a criança e obteve uma sentença

há alguns anos que não é difícil deparar com peças jornalísticas que conferem apreciável destaque aos mais variados problemas e situações relacionados com o sector do Direito em apreço, v.g.: morosidade do processo de adopção; adopção singular; adopção conjunta por homossexuais; atribuição do poder paternal a pai homossexual; acção intentada na Alemanha, em que um filho pedia que os pais fossem condenados a pagar os estudos daquele nos Estados Unidos; maternidade de substituição com a colaboração de três irmãs inglesas...

Apesar de a doutrina jusfamiliar estar há muito ciente da dimensão efectiva e potencial do Direito da Filiação e da Protecção de Crianças e Jovens¹⁶⁰, é nítido que o esforço desenvolvido ao longo das últimas décadas na matéria esteve muito aquém do que seria desejável. P.e., nos cursos de licenciatura, em que se concedia apenas um semestre para o ensino do Direito da Família,

que lhe atribuiu o exercício do poder paternal. Contudo, o casal Luís/Adelina recusou-se a cumprir a sentença, invocando o interesse da menor. Deste modo, em Janeiro de 2007, Luís ("o sargento Luís Gomes") foi condenado pelo crime de sequestro de Esmeralda. Após várias vicissitudes, incluindo um acórdão do Tribunal Constitucional, a guarda definitiva da criança veio a ser efectivamente atribuída ao pai biológico em Janeiro de 2009.

¹⁵⁹ Alexandra, que nasceu em Abril de 2003, em Braga, filha de cidadã russa, imigrante legal em Portugal, esteve aos cuidados de um casal português desde os 17 meses de idade. Posteriormente foi aplicada medida de confiança da menor a favor do mesmo casal, no âmbito de um processo de promoção e protecção. Contra a vontade do casal português, o processo de promoção e protecção acabou por ser arquivado (cf. ac. RG de 24-4-2008, proc. 864/08-2, <http://www.dgsi.pt>), tendo a criança sido entregue à mãe, que regressou, com ela, à Rússia em Maio de 2009.

¹⁶⁰ Cf., nomeadamente, PAMPLONA CORTE-REAL, que, vaticinando "uma cada vez menor incidência do Direito da Família na área conjugal e paraconjugal; atiradas para a tutela autoregida dos parceiros e conviventes", considera inevitável que as preocupações do Direito da Família se encaminhem e concretizem na protecção dos menores em perigo. (*Anexo* p. 52; ver também p. 55).

considerava-se exclusiva ou predominantemente o Direito Matrimonial, com sacrifício substancial do Direito da Filiação¹⁶¹.

Ora, há que dar às duas grandes divisões do Direito da Família um relevo, pelo menos, quase idêntico no campo do ensino¹⁶². Não faz sentido que o jurista recém-licenciado continue a estar manifestamente imprevisto no domínio do Direito da Filiação e da Protecção de Crianças e Jovens¹⁶³. Falamos de uma área de presente e futuro, de uma área que cresce à medida que cresce a sensibilidade em torno do interesse do menor. Aqui são, e serão, com certeza, muito bem-vindos os *profissionais de qualidade*.

¹⁶¹ Cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *Relatório* pp. 167-168 e a p. 171, que ora parcialmente se transcreve: "o ensino do Direito da Família, quando e se semestralmente circunscrito, tende a abranger tão-só o direito matrimonial e algumas breves noções do estabelecimento da filiação. Quer isto dizer que o Direito da Filiação[...] de extrema importância e actualidade e de fascinante complexidade científica a nível extrajurídico (biológico, médico), deveria implicar um ensino bem mais profundo do que aquele que é alvo no decurso da parte final de um semestre (...) da licenciatura, onde por regra se confina a uma sumariação das formas de estabelecimento da filiação e, quando muito, a uma breve referência ao poder paternal, sua natureza, conteúdo, exercício e limites". Cerca de 15 anos depois de ter sido escrita a obra em apreço, há ainda uma corrente de ensino que insiste numa desvalorização relativa do Direito da Filiação. Num texto elaborado em 2009, LABORINHO LÚCIO sublinha o papel decisivo que devem ter as Faculdades e Escolas de Direito no estudo do chamado Direito das Crianças, votado "a uma inexplicável indiferença" ("As crianças e os direitos – o superior interesse da criança", em *Estudos Rui Epifânio* p. 193). Apesar de tudo, há que destacar o contributo importante e inconformado de CLARA SOTTOMAYOR (cf., ultimamente, "A autonomia do Direito das Crianças", em *Estudos Rui Epifânio* pp. 79-88).

¹⁶² Cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *Relatório* p. 184: urge integrar a matéria da filiação "mais profundamente, no ensino do Direito da Família, dada a transcendência hodierna do tema e relativa secundarização a que tem sido votado o seu ensino, a nível universitário".

¹⁶³ Sobre a exigência de uma formação especializada, cf. JOANA MARQUES VIDAL, "Crianças, jovens e tribunais", em *Estudos Rui Epifânio* pp. 121-124.

III. Na sociedade actual, a criança tornou-se uma preocupação fundamental, o que justifica muita da presente relevância de um sector do Direito que é dominado pelo princípio do superior interesse do menor¹⁶⁴.

O Direito da Filiação assenta numa concepção filiocêntrica. Nos termos do art. 1875º, nº 2, os conflitos entre os pais sobre o nome do menor são decididos pelo juiz “de harmonia com o interesse do filho”. O art. 36º, nº 5, da CRP, atribui aos pais não só o direito, mas também o dever de educação e manutenção dos filhos. O art. 1878º determina que as responsabilidades parentais são exercidas “no interesse dos filhos”. O art. 1905º e o art. 1906º, nº 7, referindo-se aos casos de divórcio, separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, exigem que o acordo dos pais e a decisão do tribunal sobre o exercício das responsabilidades parentais se adequem ao “interesse do menor”. O art. 36º, nº 6, da CRP admite que os filhos sejam separados dos pais se estes não cumprirem os seus deveres fundamentais para com aqueles. O art. 36º, nº 7, da CRP, protege a adopção, instituto que, segundo o art. 1974º, tem como finalidade “o interesse superior da criança”; o art. 1990º, nº 3, impede a revisão da sentença de adopção “quando os interesses do adoptado possam ser consideravelmente afectados, salvo se razões invocadas imperiosamente o exigirem”; sendo o adoptado menor, o art. 2002º-C admite a revogação da adopção restrita quando esta se torne, por qualquer causa, “inconveniente para os interesses do adoptado”. O art. 67º, nº 2, al. d), da CRP, prevê como incumbência do Estado garantir o direito ao planeamento familiar, de forma a permitir o exercício de uma maternidade e paternidade *conscientes*.

¹⁶⁴ Cf. DEKEUWER-DEFOSSEZ, “Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1995, pp. 261 e s., que chega a reputar o Direito da Família recente de “pédocentrique”.

O art. 69º, nº 1, da CRP, reconhece às crianças o direito à protecção da sociedade e do Estado contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família. No nº 2, desse artigo ainda, determina-se que o Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal. O art. 4º, al. a), da Lei de Protecção, estabelece que a intervenção para a promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem em perigo obedece ao princípio do “interesse superior da criança e do jovem”. E o art. 3º, nº 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança¹⁶⁵, impõe que “todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança”.

Mas o que significa “interesse superior” do menor, da criança, do jovem ou do filho? É um conceito indeterminado que, enquanto tal, comporta o risco de algum relativismo. Todavia, não é aceitável que se converta num criptoargumento. O conceito inclui um núcleo, correspondente à “estabilidade das condições de vida da criança, das suas relações afectivas e do seu ambiente físico e social”¹⁶⁶, o que implica a existência de “um ambiente familiar normal” (expressão que se encontra no art. 69º, nº 2, da CRP). É do interesse do menor o seu “integral e harmonioso desenvolvimento físico, intelectual e moral”¹⁶⁷.

Na lógica do interesse superior do menor se insere a tendencial biparentalidade que anima o Direito da Filiação: na perspectiva do legislador, o ideal é que a criança tenha um pai e uma mãe. Desta

¹⁶⁵ O texto desta Convenção, feita em Nova Iorque em 20 de Novembro de 1989, encontra-se publicado em anexo à Resolução da Assembleia da República nº 20/90, DR I série, de 12 de Setembro.

¹⁶⁶ Cf. CLARA SOTTOMAYOR, *Adopção plena* p. 197.

¹⁶⁷ Cf. acs. da RL de 29-01-1996, proc. nº 0006632, e de 17-02-2005, proc. nº 343/2005-6, ambos consultados em <http://www.dgsi.pt>.

forma se compreende a averiguação oficiosa da paternidade, a regra do exercício conjunto do poder paternal ou a preferência pela adopção plena conjunta em detrimento da adopção plena singular (veja-se a diferença de requisitos quanto à idade do adoptante, no art. 1979°).

É justamente a tutela da posição do menor que, em boa medida, explica a importância do objectivo da constituição do vínculo jurídico de filiação (biológica ou não) no sistema legal, importância que se traduz, nomeadamente, na previsão da averiguação oficiosa da paternidade ou da maternidade, na aceitação da perfilhação ainda que a maternidade do perfilhando se não encontre declarada no registo (cf. art. 1851°) e na consagração do instituto da adopção (conjunta ou singular).

2. Modalidades de filiação

Segundo o critério da fonte do vínculo, as modalidades de filiação são três: filiação biológica, filiação adoptiva e filiação por consentimento não adoptivo.

2.1. Filiação biológica

A filiação biológica¹⁶⁸, ou filiação em sentido estrito, é aquela que decorre do fenómeno da procriação, identificando-se com o parentesco no 1° grau da linha recta, que é uma relação

¹⁶⁸ O uso da expressão filiação natural deve ser evitado pelo que tem de equívoco: por vezes, através dela, refere-se toda a filiação biológica (cf. arts. 1586° e 1987°); algumas vezes, a filiação extramatrimonial (cf., p.e., o Código Civil italiano, que, no Livro 1°, Título VII, alude à filiação legítima e à filiação natural); por fim, já foi usada para nomear a filiação biológica derivada de acto sexual, contrapondo-se à procriação medicamente assistida, que, anos atrás, chegou a ser conhecida como reprodução ou procriação

familiar nominada (cf. art. 1578°). A constituição do vínculo de filiação biológica, ou estabelecimento da filiação, tem eficácia retroactiva, produzindo efeitos entre os sujeitos desde a data do nascimento do filho (cf. art. 1797°, n° 2).

A filiação biológica subdivide-se em filiação decorrente de procriação por acto sexual e filiação decorrente de procriação medicamente assistida. A filiação biológica derivada de acto sexual é a forma clássica e mais corrente de filiação.

2.2. Filiação adoptiva

A filiação adoptiva é aquela que, independentemente dos laços de sangue, se constitui por uma sentença proferida no âmbito do processo de adopção (cf. art. 1973°, n° 1). Corresponde a uma relação familiar nominada, a adopção (cf. art. 1586°). Ao contrário do estabelecimento da filiação, a constituição do vínculo de adopção não tem carácter retroactivo.

2.3. Filiação por consentimento não adoptivo

A filiação por consentimento não adoptivo constitui-se mediante o consentimento da parte que irá assumir a posição jurídica de pai, independentemente dos laços de sangue e sem que tenha havido uma sentença de adopção. Trata-se de uma relação familiar inominada. O art. 1839°, n° 3, consagra um exemplo de filiação por consentimento não adoptivo: não permitindo a impugnação da paternidade presumida do marido da mãe quando aquele tenha

artificial (cf., p.e., artigos de PEDRO SILVA PEREIRA, "O Direito e a reprodução artificial", e JOÃO PRATAS FERREIRA, "Procriação artificial humana. Perspectiva médica. Situação em Portugal", publicados na *RJ* n° 11/12, Jan./Jun. 1989, pp. 37-38 e 39-51, respectivamente).

consentido na inseminação artificial, sem distinguir consoante o esperma provenha do marido ou de terceiro, o preceito admite que o consentimento prestado fora do âmbito de um processo de adopção seja suficiente para criar um vínculo de filiação entre o marido da mãe e a criança, ainda que não exista qualquer ligação biológica entre eles.

Tal como a filiação biológica, a filiação por consentimento não adoptivo reveste carácter retroactivo.

Note-se, porém, que a existência desta terceira modalidade de filiação está longe de reunir consenso doutrinário¹⁶⁹.

3. Critério biológico e critério social ou "afectivo"

Pamplona Corte-Real, *Relatório* 116-118; Pamplona Corte-Real, *DF* 98-99; Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 226-230; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* II/1 23-24, 35-49, 52-54; Leite de Campos, *DFS* 321; Guilherme de Oliveira, "O estabelecimento da filiação: mudança recente e perspectivas", em *Temas* pp. 57-69; Alice Feiteira, *Princípios* 230-252; Pereira Coelho, *Filiação* 19-24; Costa Pimenta, *Filiação* 23-27.

I. A filiação biológica é a principal modalidade de filiação, ao passo que a filiação adoptiva e por consentimento não adoptivo são modalidades subsidiárias. A constituição da filiação adoptiva é dificultada pela exigência de um conjunto de requisitos¹⁷⁰, que contribuem para a sua, por enquanto, diminuta expressão estatística¹⁷¹. Quanto à filiação por consentimento não adoptivo, estando estreitamente associada à procriação medicamente assistida, é uma modalidade limitada, por um lado, porque o

¹⁶⁹ Cf., *infra*, Parte I, nº 14.

¹⁷⁰ Cf., *infra*, Parte I, nº 8.

¹⁷¹ Cf., *infra*, Parte I, nº 7.

acto sexual continua a ser a causa largamente predominante dos nascimentos, e, por outro lado, porque, no seio da própria procriação assistida, razões éticas e outras, têm levado à defesa de uma utilização excepcional dos processos heterólogos relativamente aos homólogos¹⁷²⁻¹⁷³.

Deste ponto de vista, o critério geral determinante para a constituição do vínculo da filiação é biológico.

II. No entanto, no quadro da constituição do vínculo da filiação, a referência à verdade biológica ocorre tradicionalmente a propósito do estabelecimento da filiação e procura exprimir uma tendência visível no nosso ordenamento, que é a de fazer corresponder a atribuição jurídica da filiação biológica com a filiação biológica efectivamente existente.

A prevalência do critério biológico no estabelecimento da filiação decorre, nomeadamente, da forma como a lei contrapõe a filiação em sentido estrito à adopção, do que se prescreve quanto ao estabelecimento da maternidade e, sobretudo, da liberdade probatória que é reconhecida no âmbito das acções de filiação.

O art. 1586º distingue a adopção da "filiação natural" com base nos laços de sangue. O art. 1796º, nº 1, no pressuposto de que a maternidade de gestação coincide com a genética, preceitua que, relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento. Mas, mais importante que isto, o art. 1801º determina que "nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados". Esta abertura da lei ao uso de métodos científicos,

¹⁷² Cf., *infra*, Parte I, nº 12.7.

¹⁷³ Cf., contudo, PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* p. 98, que rejeita este discurso, por entender que "não cabe ao intérprete ou ao doutrinador hierarquizar modalidades de parentalidade". Veja-se, porém, a posição insuspeita de CLARA SOTTOMAYOR, *Qual é o interesse?* p. 38 (o princípio da verdade biológica é o ponto de partida para o estabelecimento da filiação).

p.e., em acções de investigação de maternidade, de investigação de paternidade e de impugnação da paternidade, é justamente tida como “a expressão mais lídima do princípio da verdade biológica”¹⁷⁴.

No estado actual do conhecimento, é possível uma resolução extremamente segura das dúvidas sobre uma ligação biológica entre duas pessoas, mediante a realização de testes de ADN¹⁷⁵. Só que até há pouco tem prevalecido uma opinião que, rejeitando a recolha coerciva de sangue¹⁷⁶, restringe o alcance do art. 1801°. Contudo, com os avanços da ciência, o material recolhido para o exame de ADN não tem de ser necessariamente sangue; pode ser saliva, um fio de cabelo, um fragmento de pele ou unha, o que torna menos consistente a tese de que a realização coactiva de exames de ADN é incompatível com o direito fundamental de integridade física da pessoa que a eles se tenha de submeter¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Cf. PAMPLONA CORTE REAL, *Relatório* p. 117.

¹⁷⁵ Cf. FÁTIMA PINHEIRO, “Aplicação do estudo do DNA na investigação biológica da filiação”, *RMP* 1996, Abril/Junho, pp. 131-137; PAULA COSTA E SILVA, *ADN* pp. 578-586. Menos entusiasta, ROLF MADALENO, *CDF* pp. 453-456 (o exame de ADN não é um meio de prova infalível “quando ainda pairam muitas dúvidas acerca dos procedimentos adotados, sobre a capacitação dos laboratórios”).

¹⁷⁶ Cf., entre outros, GUILHERME DE OLIVEIRA, “A lei e o laboratório. Observações acerca das provas periciais da filiação”, *Temas* pp. 89-90; ac. do STJ de 11/1/2001, *RMP* 2001, Jan./Mar., pp. 159-164, com anotação concordante de BARRETO NUNES, pp. 164-169; LOPES DO REGO, *Investigação da paternidade* pp. 786-787; ac. do STJ de 23/9/2008, proc. 08B1827, <http://www.dgsi.pt>. Segundo a orientação em apreço, na acção de investigação, a recusa do réu em se apresentar voluntariamente a exame de sangue não deixa de ser ilegítima, mas resta ao tribunal apreciar livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, nos termos do art. 519°, nº 2, do CPC.

¹⁷⁷ Cf., p.e., “Relatório da mesa temática relativa à investigação da paternidade”, em *2ª Bienal* p. 30; e, em especial, PAULA COSTA E SILVA, *ADN* pp. 597-599 e “The Establishment and Legal Consequences of Parentage”, em AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão*

III. A força do critério biológico no estabelecimento da filiação funda-se genericamente no direito à identidade pessoal (do filho) e no direito ao desenvolvimento da personalidade (dos pais), consagrados no art. 26°, nº 1, da CRP. No caso específico do menor, acresce outra justificação: dependendo o poder paternal da constituição do vínculo de filiação, é de esperar um melhor desempenho das responsabilidades parentais por parte daqueles que são os pais genéticos.

Contudo, o biologismo não constitui um valor absoluto, nem sequer no plano da própria filiação biológica. Os direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade são, tal como quaisquer outros direitos, restringíveis. E, por vezes, não se confirma, nem é muito provável que se venha a confirmar, a expectativa ou a presunção da maior aptidão dos pais biológicos para o exercício do poder paternal.

Em diversos aspectos, o legislador afastou-se do princípio da verdade biológica. P.e., ao sujeitar as acções de investigação de maternidade, de investigação de paternidade e de impugnação da paternidade a prazos de caducidade (cf., respectivamente, arts. 1817°, 1873° e 1842°); ao excluir a acção de averiguação oficiosa susceptível de revelar uma ligação incestuosa (arts. 1809°, al. a), e 1866, al. a); ao exigir o assentimento do filho maior para que a perfilhação produza efeitos (art. 1857°); e ao impedir o estabelecimento da filiação, depois de decretada a adopção plena (art. 1987°).

Telles, vol. IV, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 523-526. Como explica a ilustre professora, qualquer um dos tipos de actos que são necessários à realização dos testes de ADN, incluindo a picada de um dedo para a recolha de sangue, não atinge o núcleo do direito à integridade física; e ainda que se entenda estar perante uma restrição ao mencionado direito, esta é absolutamente proporcionada e adequada, porque implica uma intervenção mínima e visa obter uma decisão judicial sobre a filiação que coincida com a realidade, decisão que, em muitos casos, é exigida pelo interesse superior da criança.

Mas as excepções à regra do biologismo no sistema de estabelecimento da filiação acabam por ser mais circunscritas, uma vez que paira uma forte suspeita de inconstitucionalidade sobre as normas legais que sujeitam as acções de filiação a prazos de caducidade¹⁷⁸. Em contrapartida, o actual movimento de aprofundamento do critério biológico no domínio da constituição da filiação em sentido estrito coexiste com o avanço das modalidades subsidiárias de filiação (a adopção e a filiação por consentimento não adoptivo), que são tributárias de um critério *social* – o da intenção ou projecto parental¹⁷⁹.

Secção II – Estabelecimento da filiação, no caso de procriação através de acto sexual

4. A distinção entre estabelecimento da maternidade e estabelecimento da paternidade

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 224-226; Pereira Coelho, *Filiação* 40-41; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1796°; Guilherme de Oliveira, *Filiação* 1796°; Ferreira-Pinto, *Dicionário* 243-246; Costa Pimenta, *Filiação* 45-47; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* II/1 57-59.

¹⁷⁸ Cf., *infra*, Parte I, n° 6.6. IV e V.

¹⁷⁹ Avanço que é muito visível quer entre os juristas portugueses (cf., nomeadamente, CLARA SOTTOMAYOR, *Qual é o interesse?* e PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* p. 99), quer, sobretudo, entre os juristas brasileiros (cf., por exemplo, PAULO LÓBO, “Socioafetividade no Direito da Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental”, em BERENICE DIAS/DUARTE PINHEIRO, *Escritos* pp. 145 e s.). Trata-se de um movimento bem intencionado que, porém, não legitima o dogma de que a relação de filiação pressupõe uma ligação afectiva entre os respectivos sujeitos (cf. DUARTE PINHEIRO, *Critério* pp. 7-10).

I. O art. 1796° distingue entre estabelecimento da filiação quanto à mãe, ou estabelecimento da maternidade, e estabelecimento da filiação quanto ao pai, ou estabelecimento da paternidade. O n° 1 diz que a filiação materna resulta do facto do nascimento e que se estabelece nos termos dos arts. 1803° a 1825°, ou seja, por declaração de maternidade ou reconhecimento judicial. O n° 2 dispõe que a paternidade se presume em relação ao marido da mãe e que, nos casos de filiação fora do casamento, se estabelece pelo reconhecimento.

Em matéria de estabelecimento da maternidade, seguiu-se o “sistema da filiação”¹⁸⁰: a maternidade jurídica resulta do facto do nascimento, regra que tem em vista a situação comum, em que a mãe genética e a mãe de gestação são uma e mesma pessoa. O parto é tido como um elemento que torna patente a ligação biológica do filho à mãe. Em matéria de estabelecimento da paternidade, na falta de um elemento com a notoriedade do parto, afastou-se o chamado sistema da filiação, seguindo-se o sistema da presunção, para os filhos nascidos dentro do casamento, e o sistema do reconhecimento ou do decreto¹⁸¹, para os demais.

O regime geral português de estabelecimento da filiação parte do princípio de que é mais fácil fazer prova da maternidade do que da paternidade, mostrando-se o legislador ainda influenciado pelos brocardos “mater semper certa est” e “pater semper incertus

¹⁸⁰ Cf. PEREIRA COELHO, *Filiação* p. 40.

¹⁸¹ O sistema do reconhecimento caracteriza-se pelo reconhecimento *voluntário* juridicamente relevante do progenitor, pela constituição do vínculo de filiação mediante uma exteriorização voluntária do convencimento dessa filiação. Entre nós, é possível o reconhecimento voluntário da paternidade (que se traduz na perfilhação), mas não da maternidade (à mãe é vedado o recurso à perfilhação e a declaração de maternidade nada mais é do que uma declaração de ciência). No sistema do decreto, o vínculo constitui-se por decisão de uma autoridade estatal (v.g., o tribunal) que não tenha em vista exclusivamente o facto do parto. Portanto, o reconhecimento judicial da paternidade enquadra-se no sistema do decreto, mas não o reconhecimento judicial da maternidade.

est"¹⁸². Deste modo, padece de algum anacronismo. Por um lado, os avanços científicos facilitam muito, hoje em dia, a prova da paternidade. Por outro lado, os processos de procriação medicamente assistida vêm lançar dúvidas sobre a regra que associa estabelecimento da maternidade e nascimento: graças à maternidade de substituição e à dação de óvulos ou embriões, a mãe de gestação pode diferir da mãe biológica¹⁸³.

II. O regime português de estabelecimento da filiação estrutura-se em torno da ideia de biparentalidade heterossexual – isto é, um pai e uma mãe para um filho. Este aspecto não foi alterado pela Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, que se “limitou” a eliminar o requisito da heterossexualidade do casamento¹⁸⁴.

Assim sendo, o nosso ordenamento não admite, por enquanto, que um filho tenha simultaneamente dois pais ou duas mães. Isto significa, por exemplo, que a presunção de que o pai é o marido da mãe, relevante no quadro do casamento entre pessoas do sexo oposto, não é extensível ao casamento de pessoas do mesmo sexo. Não se presume que também é mãe o cônjuge da parturiente.

5. Estabelecimento da maternidade

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 239-265; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* IV/1 21-22, 61-67, 72-79, 84-85; Ferreira-Pinto, *Dicionário* 252-260, 262-307; Leite de Campos, *DFS* 339-340, 342-344; Pereira Coelho, *Filiação* 43-68; Dias

¹⁸² Ou num só brocardo: “mater semper certa est, pater nunquam”. A ideia encontra-se numa curiosa expressão popular portuguesa: “Os filhos da minha filha meus filhos são; os filhos do meu filho serão, ou não”.

¹⁸³ Cf., *infra*, Parte I, n.º 12.9. III.

¹⁸⁴ Cf., *infra*, Parte III, n.º 3.1.

Vilalonga, *Declaração de maternidade* 157-206; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1796°, 1803°-1806°, 1807°-1825°; Guilherme de Oliveira, *Filiação* 1796°, 1803°-1806°, 1808°-1825°; Costa Pimenta, *Filiação* 49-58, 64-79; Oliveira e Silva, *Filiação* pp. 13-94, 290-291, 297-314, 359-360.

5.1. Enunciado de modos de estabelecimento da maternidade

O art. 1796°, n.º 1, determina que a filiação materna se estabelece nos termos dos arts. 1803° a 1825°. Estes artigos formam uma secção respeitante ao estabelecimento da maternidade (Secção II, Capítulo I, Título III, Livro IV do Código Civil), que se reparte por três subsecções: a Subsecção I, dedicada à declaração de maternidade; a Subsecção II, relativa à averiguação oficiosa; e a Subsecção III, sobre reconhecimento judicial. Todavia, são apenas dois os modos de estabelecimento da maternidade: a declaração de maternidade e o reconhecimento judicial. Importa sublinhar que a averiguação oficiosa não constitui um modo de estabelecer a maternidade, mas uma actividade imposta por lei com o objectivo de conduzir a tal estabelecimento por um dos dois únicos modos possíveis – a declaração de maternidade ou o reconhecimento judicial.

5.2. Declaração de maternidade

I. A declaração de maternidade é o modo normal de estabelecer a maternidade (cf., p.e., o art. 1814°, que alude ao reconhecimento judicial como modo de suprir a falta de constituição do vínculo por declaração de maternidade) e consiste numa indicação da maternidade que tanto pode ser efectuada pela mãe como por terceiro.

O art. 124°, n.º 1, do CRC, obsta ao registo da declaração de maternidade em contradição com a filiação resultante de acto de registo anterior.

A indicação da maternidade efectuada pela própria mãe corresponde à declaração de maternidade em sentido restrito. No entanto, a lei usa a expressão no sentido mais amplo, abrangendo também a indicação da maternidade feita por terceiro (cf. arts. 1804º, nº 2, e 1805º, nºs 1 e 2)¹⁸⁵.

Em regra, a declaração de maternidade faz-se por menção desta no registo de nascimento do filho. Neste caso, a declaração tem a denominação específica de “menção da maternidade” (cf. art. 1803º).

II. A declaração de maternidade está normalmente conexas com a declaração de nascimento: o declarante do nascimento deve identificar, quando possível, a mãe do registando (arts. 112º, nº 1, do CRC, e 1803º, nº 1).

O nascimento é um facto sujeito obrigatoriamente a registo (art. 1º, nº 1, al. a), do CRC)¹⁸⁶, que, quando ocorreu em território português, deve ser declarado, dentro dos vinte dias imediatos, numa conservatória do registo civil, ou, se o nascimento ocorrer em unidade de saúde onde seja possível declarar o nascimento, até ao momento em que a parturiente receba alta da unidade de saúde (art. 96º, nº 1, do CRC). O nascimento deve ainda ser declarado na unidade de saúde para onde a parturiente tenha sido transferida, desde que seja possível declarar o nascimento, até ao momento em que a parturiente receba alta (art. 96º, nº 2, do CRC).

¹⁸⁵ Demasiado rigoroso, COSTA PIMENTA, *Filiação* pp. 50-51, que rejeita em absoluto a utilização da terminologia declaração de maternidade para a indicação da maternidade feita por pessoa distinta da mãe.

¹⁸⁶ Sendo competente para lavrar o registo de nascimento qualquer conservatória do registo civil e a unidade de saúde onde ocorreu o nascimento ou aquela para onde a parturiente tenha sido transferida, desde que seja possível declará-lo na unidade de saúde (cf. art. 101º, nº 1, do CRC). Especificamente sobre o registo de nascimento ocorrido em unidades de saúde, cf. os arts. 101º-A a 101º-D do CRC.

Por força do art. 97º, nº 1, do CRC, a obrigação de declarar o nascimento cabe, sucessivamente, às seguintes pessoas: aos pais ou a outros representantes legais do menor ou a quem por eles seja, para o efeito, mandatado por escrito particular; ao parente capaz mais próximo que tenha conhecimento do nascimento; ao director ou administrador ou outro funcionário por eles designado da unidade de saúde onde ocorreu o parto ou na qual foi participado o nascimento.

Se o nascimento tiver ocorrido há mais de um ano, a respectiva declaração só pode ser prestada por qualquer dos pais, por quem tiver o registando a seu cargo ou pelo próprio interessado se for maior de 14 anos (art. 99º, nº 1, do CRC)¹⁸⁷.

A relevância jurídica da declaração de maternidade feita com a declaração de nascimento varia consoante o nascimento tenha ocorrido ou não há menos de um ano.

III. Se o nascimento declarado tiver ocorrido há menos de um ano, a maternidade indicada (por uma das pessoas com competência para declarar o nascimento, nos termos do art. 97º, nº 1, do CRC, ou por qualquer pessoa que exhibir prova da declaração de maternidade feita pela mãe em escritura, testamento ou termo lavrado em juízo¹⁸⁸), considera-se estabelecida (cf. art. 1804º, nº 1; art. 113º, nº 1, do CRC).

¹⁸⁷ O art. 99º, nº 2, do CRC, prevê: “Para a declaração de nascimento ocorrido há mais de 14 anos, deve ser exigida a intervenção de duas testemunhas e, se possível, ser exibido o documento que comprove a exactidão da declaração, podendo o conservador promover as diligências necessárias ao apuramento dos factos.” Antes estabelecia-se o seguinte: “Se o nascimento tiver ocorrido há mais de 14 anos, a declaração deve ser precedida da organização de processo de autorização para inscrição tardia de nascimento”. O processo em causa encontrava-se regulado nos arts. 283º a 285º, também do CRC, que foram revogados pelo art. 22º, nº 2, do DL nº 324/2007, de 28 de Setembro.

¹⁸⁸ Na parte em apreço, o art. 114º, nº 1, do CRC, é aplicável, por maioria de razão, aos nascimentos ocorridos há menos de um ano.

IV. Quando o nascimento declarado tiver ocorrido há um ano ou mais, a maternidade indicada considera-se estabelecida se for a mãe a declarante, se estiver presente no acto do registo ou nele representada por procurador com poderes especiais *ou se for exibida prova da declaração de maternidade feita pela mãe em escritura, testamento ou termo lavrado em juízo* (cf. art. 114º, nº 1, do CRC, que completa o art. 1805º, nº 1, acrescentando o caso assinalado em itálico). Não se verificando nenhum desses casos, a pessoa indicada como mãe (por uma das pessoas com competência para a declaração tardia de nascimento, regulada no art. 99º, nº 1, do CRC¹⁸⁹) será notificada pessoalmente para, no prazo de 15 dias, vir declarar se confirma em auto a maternidade, sob a cominação de o filho ser havido como seu (arts. 114º, nº 2, do CRC, e 1805º, nº 2)¹⁹⁰. Se a pretensa mãe negar a maternidade ou não puder ser notificada, a menção da maternidade fica sem efeito (art. 1805º, nº 3). Se confirmar a maternidade ou, se tendo sido notificada, nada declarar, a maternidade considera-se estabelecida.

V. Quando o registo de nascimento é omissivo quanto à maternidade, a mãe pode fazer a todo o tempo a declaração de maternidade e qualquer pessoa com competência para fazer a declaração de nascimento tem a faculdade de identificar a mãe do registado (art. 1806º). Nesta situação, aplica-se o disposto quanto aos nascimentos ocorridos há menos de um ano ou há um ano ou mais, na sua plenitude¹⁹¹. No entanto, a declaração de maternidade não

¹⁸⁹ Menos restritivo, FERREIRA-PINTO, *Dicionário* p. 258, que admite que a declaração de maternidade seja feita por qualquer pessoa referida no art. 97º, nº 1, do CRC.

¹⁹⁰ Sobre o valor jurídico da menção da maternidade ainda não estabelecida, cf. OLIVEIRA E SILVA, *Filiação* pp. 28-29.

¹⁹¹ Há, nomeadamente, que ter em conta que a competência para declarar a maternidade varia em função da altura em que tiver ocorrido o nascimento

pode ser efectuada se se tratar de filho nascido ou concebido na constância do matrimónio e existir perfilhação por pessoa diferente do marido (art. 1806º, nº 1, 2ª parte), hipótese em que resta o caminho do reconhecimento judicial.

Os arts. 125º a 129º do CRC regulam o registo da declaração de maternidade que não conste do assento de nascimento. Em regra, o funcionário do registo civil lavra um assento de declaração de maternidade, que deve observar os requisitos especiais previstos no art. 126º do CRC. Contudo, a declaração de maternidade feita por testamento, escritura pública ou termo em juízo é registada, por averbamento, ao assento de nascimento do filho (art. 129º do CRC).

VI. A mãe não perfilha, declara a maternidade. A declaração de maternidade em sentido restrito é, no âmbito do estabelecimento da maternidade, a figura homóloga da perfilhação. As duas figuras são actos jurídicos simples, não negociais. Contudo, a declaração de maternidade é uma declaração de ciência, enquanto a perfilhação é uma *declaração de consciência*¹⁹². Relativamente à mãe, a filiação resulta do nascimento. A declaração de maternidade efectuada pela mãe não é, nem pode ser um reconhecimento do filho; consiste numa "confissão", numa simples comunicação de um facto ostensivo, que é o nascimento. Por isso, o art. 1807º prevê a impugnação da maternidade estabelecida com base em declaração somente quando a maternidade indicada não for a verdadeira.

(cf. arts. 97º, nº 1, e 99º, nº 1, do CRC, aplicáveis ao abrigo do disposto no art. 1806º, nº 2).

¹⁹² Cf. DIAS VILALONGA, *Declaração de maternidade* pp. 195-201. Note-se que é pacífica a qualificação da declaração de maternidade, mas não a da perfilhação (sobre a natureza da última figura, cf., *infra*, Parte I, nº 6.5. IV).

VII. A declaração de maternidade efectuada pela própria mãe não tem um regime legal específico comparável em extensão ao da perfilhação (cf. arts. 1848º, nº 2, 1849º-1863º). Dada a semelhança entre as duas figuras, é de perguntar se o regime da perfilhação não será analogicamente aplicável à declaração de maternidade¹⁹³.

É manifesto que certas normas da perfilhação se não se adequam à declaração de maternidade, como, p.e., as que aludem ao nascituro (art. 1855º e parte do art. 1854º). Outras normas são, pelo contrário, conformes à lógica da declaração de maternidade, v.g., o art. 1848º, nº 2, que não afasta a validade da perfilhação feita por testamento, escritura pública ou termo lavrado em juízo, que esteja em contradição com a filiação constante do registo do nascimento, impedindo unicamente a produção de efeitos da perfilhação enquanto não for rectificado, declarado nulo ou cancelado o registo anterior incompatível¹⁹⁴; o art. 1852º, que confere carácter puro e simples à perfilhação; e o art. 1858º, que estatui a irrevogabilidade da perfilhação. Menos clara é a posição a tomar quanto às normas da perfilhação sobre capacidade (arts. 1850º e 1861º), filho pré-falecido (art. 1856º), filho maior (art. 1857º), erro-vício ou coacção moral (art. 1860º) e investigação judicial pendente (art. 1863º).

A solução depende da natureza das figuras em confronto. O regime da perfilhação é aplicável à declaração de maternidade nos aspectos em que não esteja marcado pelo convencimento da filiação e pela vontade de exteriorizar esse convencimento. Por conseguinte, são inaplicáveis à declaração de maternidade

¹⁹³ Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Filiação* 1796º V.

¹⁹⁴ Cf., expressamente, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Filiação* 1815º IV; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 pp. 61-62, 85; CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* pp. 247-248.

as regras dos arts. 1850º, 1860º e 1861º (sobre capacidade¹⁹⁵ e vícios na formação da vontade¹⁹⁶), por estarem associadas à perfilhação enquanto *declaração de consciência*. Não se opondo ao carácter da declaração de maternidade como mera declaração de ciência, é, ao invés, analogicamente aplicável o disposto nos arts. 1856º, 1857º e 1863º: a declaração de maternidade posterior à morte do filho só produz efeitos em favor dos descendentes¹⁹⁷; a eficácia da declaração de maternidade de filho maior depende do seu assentimento¹⁹⁸; a declaração de maternidade feita depois de intentada em juízo a acção de investigação de maternidade contra pessoa diferente da pessoa que foi indicada como mãe fica sem efeito, e a respectiva menção registal deve ser cancelada, se a acção for julgada procedente¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Para a declaração de maternidade, efectuada pela mãe ou por outrem, basta a capacidade para entender o nascimento, não se exigindo uma idade mínima: cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Filiação* 1803º VI; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 p. 64; DIAS VILALONGA, *Declaração de maternidade* pp. 186-187; OLIVEIRA E SILVA, *Filiação* pp. 21-26. Contra, recorrendo ao art. 1850º, nº 1, CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 241; FERREIRA-PINTO, *Dicionário* p. 255.

¹⁹⁶ Contra, CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 241; DIAS VILALONGA, *Declaração de maternidade* pp. 187-189. Salvo o devido respeito, não nos parece plausível uma anulação da declaração de maternidade a requerimento da mãe declarante, com fundamento em coacção moral ou erro que recaia sobre circunstâncias que tenham contribuído decisivamente para o convencimento da maternidade (cf. art. 1860º, nºs 1 e 2). A declaração de maternidade que coincida com a realidade é inatacável e nem sequer é prejudicada por ter sido obtida mediante uma ameaça ilícita. Quando muito, há responsabilidade (penal ou outra) do autor da coacção, nos termos gerais.

¹⁹⁷ Igualmente, DIAS VILALONGA, *Declaração de maternidade* pp. 192-193.

¹⁹⁸ Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Filiação* 1806º VI; DIAS VILALONGA, *Declaração de maternidade* pp. 189-191. Contra, CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 245; FERREIRA-PINTO, *Dicionário* p. 260.

¹⁹⁹ Assim, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Filiação* 1815º V; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 p. 85; CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* pp. 241-242; DIAS VILALONGA, *Declaração de maternidade* pp. 191-192.

5.3. Reconhecimento judicial da maternidade

I. O reconhecimento judicial é o outro modo de estabelecer a maternidade e ocorre através de uma acção autónoma (especialmente intentada para o efeito) de investigação de maternidade ou de declaração da maternidade. O tribunal deve comunicar a qualquer conservatória do registo civil a decisão que reconhecer a maternidade, para que seja feito o averbamento da filiação estabelecida (art. 78º do CRC).

Não é admissível o reconhecimento judicial de maternidade em contrário da que conste do registo de nascimento (art. 1815º), sendo indispensável a impugnação prévia da maternidade registada²⁰⁰.

A acção de investigação de maternidade pode ser comum ou simples e especial ou complexa (ou mista). A acção comum incide apenas no plano do estabelecimento da maternidade. A acção especial destina-se a reconhecer a maternidade de filho-nascido ou concebido na constância do matrimónio da pretensa mãe (cf. art. 1822º) e tem repercussões no domínio do estabelecimento da paternidade.

II. Em princípio, a acção comum de investigação da maternidade deve ser intentada pelo filho contra a pretensa mãe (cf. arts. 1814º e 1819º). O art. 1818º estende a legitimidade activa ao cônjuge não separado de pessoas e bens ou aos descendentes do filho, se este não tiver intentado a acção e morrer antes de terminar o prazo em que o podia fazer; e admite que eles prossigam na acção, se o filho a tiver intentado e falecer na pendência da causa. O art. 1819º, nº 1, ao regular a legitimidade passiva, prevê que,

²⁰⁰ Cf. FERREIRA-PINTO, *Dicionário* pp. 277-278, que se pronuncia contra a cumulação no mesmo processo de um pedido de impugnação da maternidade de certa mulher que se encontra registada com um pedido de reconhecimento da maternidade de outra mulher.

se a pretensa mãe tiver falecido, a acção deve ser proposta contra o cônjuge sobrevivente não separado de pessoas e bens e também, numa situação de litisconsórcio necessário passivo (cf. art. 28º do CPC), sucessivamente, contra os descendentes, ascendentes ou irmãos; na falta de todas estas pessoas, a acção tem de ser instaurada contra um curador especialmente nomeado para se opor à pretensão do investigador. O art. 1819º, nº 2, consagra uma situação de litisconsórcio voluntário passivo (cf. art. 27º do CPC), ao determinar que, havendo herdeiros ou legatários cujos direitos sejam atingidos pela procedência da acção, esta não produzirá efeitos contra eles se não tiverem sido também demandados.

É permitida a coligação de vários investigadores em relação à mesma pretensa mãe (art. 1820º).

Na acção de investigação, o autor deve provar que o filho nasceu da pretensa mãe (art. 1816º, nº 1). Todavia, o autor beneficia de duas presunções de maternidade (art. 1816º, nº 2): a maternidade presume-se quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pela pretensa mãe e reputado como filho também pelo público (posse de estado²⁰¹); e quando exista carta ou outro escrito no qual a pretensa mãe declare inequivocamente a maternidade. Ambas as presunções são ilidíveis mediante contraprova (art. 1816º, nº 3).

O art. 1817º, na redacção da Lei nº 14/2009, de 1 de Abril, regula os prazos para a proposição da acção de investigação de maternidade. A regra é enunciada no nº 1: a acção só pode ser proposta durante a menoridade do investigador ou nos dez anos posteriores à sua maioridade ou emancipação.

²⁰¹ Para mais pormenores sobre a presunção decorrente da posse de estado, cf., *infra*, Parte I, nº 6.6. III, onde se fala desta presunção na acção de investigação de paternidade.

Os n.ºs 2 e 3 do art. 1817º alargam o prazo geral: se não for possível estabelecer a maternidade em consequência da existência de um registo incompatível, a acção de investigação de maternidade pode ser movida nos três anos seguintes à rectificação, declaração de nulidade ou cancelamento do registo inibitório; a acção pode ser intentada ainda nos três anos posteriores à data em que tiver sido impugnada por terceiro, com sucesso, a maternidade do investigador, em que o investigador tiver “tido conhecimento de “factos ou circunstâncias que justifiquem a investigação, designadamente, quando cesse o tratamento como filho pela pretensa mãe” (incumbindo ao réu a prova de que a pretensa mãe não tratou voluntariamente o investigador como filho nos três anos anteriores à propositura da acção, por força do n.º 4 do mesmo art. 1817º), ou em que, na falta de determinação da maternidade, o investigador tiver tido conhecimento superveniente de factos ou circunstâncias que possibilitem e justifiquem a investigação.

Em nosso entender, a propositura da acção de investigação de maternidade fora dos prazos do art. 1817º impede a obtenção pelo autor de benefícios sucessórios com base na filiação pretendida (e não o próprio estabelecimento da maternidade)²⁰².

O filho menor, interdito ou inabilitado tem direito a alimentos provisórios desde a proposição da acção de investigação de maternidade, contanto que o tribunal considere provável o reconhecimento da maternidade (art. 1821º). Se a acção de investigação for julgada improcedente, não serão restituídas as importâncias recebidas pelo filho a título de alimentos provisórios (cf. art. 2007º, n.º 2).

III. O art. 1822º contém regras específicas de legitimidade para a acção especial de investigação de maternidade: a acção deve ser intentada também contra o marido da pretensa mãe e, se existir

²⁰² Cf., *infra*, Parte I, n.º 6.6. IV e V, onde se discute a polémica questão dos prazos para a proposição da acção de investigação da paternidade.

perfilhação, ainda contra o perfilhante; durante a menoridade do filho, a acção pode ser intentada pelo marido da pretensa mãe, caso em que deverá sê-lo contra a pretensa mãe e contra o filho e, se existir perfilhação, também contra o perfilhante. Em caso de falecimento do autor ou dos réus na acção especial de investigação de maternidade, aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos arts. 1818º e 1819º (art. 1825º).

Na acção especial de investigação de maternidade, pode ser impugnada a presunção de paternidade do marido de mãe (art. 1823º, n.º 1). Se existir perfilhação por pessoa diferente do marido da mãe, a perfilhação só prevalecerá se for afastada a presunção “*pater is est*” (art. 1823º, n.º 2).

IV. A acção de declaração de maternidade, a que se refere o art. 1824º, destina-se a suprir a impossibilidade de a mãe declarar a maternidade por se tratar de filho nascido ou concebido na constância do matrimónio e existir perfilhação por pessoa diferente do marido. Deve ser intentada pela mãe quer contra o filho quer contra o marido e, se existir perfilhação, também contra o perfilhante. Em caso de falecimento do autor ou dos réus na acção, aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos arts. 1818º e 1819º (art. 1825º). À acção de declaração de maternidade aplica-se ainda, com as devidas adaptações, o regime específico da acção especial de investigação de paternidade (art. 1824º, n.º 2). Aliás, ambas as acções apresentam natureza complexa, dado o impacto que têm nas duas grandes áreas do estabelecimento da filiação (maternidade e paternidade).

A lei não limita temporalmente a propositura da acção de declaração de maternidade²⁰³.

²⁰³ Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Filiação* 1824º IV; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 p. 84; FERREIRA PINTO, *Dicionário* p. 290. Contra, defendendo a aplicação do prazo geral fixado no art. 1817º à situação especial focada no art. 1824º, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC* 1824º (5).

5.4. A averiguação oficiosa da maternidade

I. Como já atrás se afirmou, a averiguação oficiosa da maternidade não constitui um modo de estabelecimento da maternidade, mas uma actividade imposta por lei com o objectivo de conduzir a tal estabelecimento por um dos dois modos possíveis — a declaração de maternidade ou o reconhecimento judicial.

II. Sempre que a maternidade não esteja mencionada no registo de nascimento, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo acompanhada de cópia do auto de declarações, havendo-as (arts. 115º, nº 1, e 116º do CRC). Todavia, a remessa não tem lugar se, existindo perfilhação, o conservador se certificar de que o pai e a pretensa mãe são parentes ou afins em linha recta ou parentes no segundo grau da linha colateral (art. 115º, nº 2, do CRC).

Na sequência da remessa, será aberto um processo de averiguação oficiosa da maternidade (art. 1808º, nº 1) no tribunal competente, que é o tribunal de família (art. 82º, nº 1, al. j), da LOFTJ) ou, na sua falta, o tribunal comum. A instrução do processo, que tem carácter secreto (art. 1812º; art. 203º da OTM), incumbe a um magistrado do Ministério Público (M.P.), que, neste processo e noutros processos tutelares cíveis é, na OTM, designado pela expressão “curador” (art. 202º, nº 1, da OTM).

O curador deve proceder às diligências necessárias para identificar a pretensa mãe e, havendo indicação da respectiva identidade, deve ouvi-la em declarações, que serão reduzidas a auto (art. 1808º, nº 2; art. 202º, nº 1, da OTM). Se a pretensa mãe confirmar a maternidade (cf. art. 1808º, nº 3; art. 117º do CRC), será lavrado termo e remetida certidão para averbamento ao assento de nascimento do filho. O processo termina. *A maternidade estabeleceu-se por declaração.*

Se a pretensa mãe não puder ser ouvida²⁰⁴ ou se, tendo sido ouvida, não confirmar a maternidade²⁰⁵, finda a instrução, o curador emitirá parecer sobre a viabilidade da acção de investigação de maternidade (cf. art. 204º da OTM). Após o parecer, o processo é concluso ao juiz, para despacho final (art. 205º, nº 1, da OTM). Existindo provas seguras que abonem a viabilidade da acção de investigação contra certa mulher, o juiz ordenará a remessa do processo ao magistrado ao Ministério Público junto do tribunal competente (que é um tribunal comum), a fim de a acção ser proposta (art. 1808º, nº 4). De outro modo, mandará arquivar o processo. Antes de decidir, o juiz pode efectuar as diligências que tenha por convenientes (art. 205º, nº 2, da OTM)²⁰⁶.

O processo também será arquivado se durante a instrução se vier a apurar que, existindo perfilhação, o pai e a pretensa mãe são parentes ou afins em linha recta ou parentes no segundo grau da linha colateral (art. 1809º, al. a)²⁰⁷; ou se tiverem decorrido dois anos sobre a data do nascimento (art. 1809º, al. b)²⁰⁸.

²⁰⁴ Apesar da redacção do art. 1808º, é de entender que o regime do respectivo nº 4 é aplicável se não for possível a audição da pretensa mãe em auto de declarações: cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 262; FERREIRA-PINTO, *Dicionário* pp. 264-266.

²⁰⁵ As declarações prestadas pela pretensa mãe que não confirmou a maternidade, durante o processo de averiguação oficiosa, “não implicam presunção de maternidade nem constituem sequer princípio de prova” (art. 1811º).

²⁰⁶ Cf. PAULO CORREIA, “Notas sobre o processo de averiguação oficiosa da maternidade/paternidade”, em *Volume Comemorativo* p. 21, que defende uma profunda reformulação do processo de averiguação que deverá passar “pela atribuição de competência exclusiva ao M.P. [...] dos actos instrumentais, recolha de prova e juízo final acerca da existência de elementos factuais e jurídicos que permitam sustentar, com elevada probabilidade, a procedência da acção de investigação”.

²⁰⁷ Sobre a conformidade constitucional do preceito, cf., *infra*, nota 275, relativa a norma semelhante da averiguação oficiosa da paternidade.

²⁰⁸ Sobre a razão de ser deste prazo, aparentemente tão curto, cf., *infra*, nota 276, relativa a norma semelhante da averiguação oficiosa da paternidade.

O despacho de arquivamento admite recurso restrito à matéria de direito, que só pode ser interposto pelo curador (arts. 205º, nº 3, e 206º da OTM).

III. Após o trânsito em julgado do despacho de remessa, cabe ao magistrado do Ministério Público junto do tribunal competente intentar uma acção oficiosa de investigação de maternidade, que pode ser comum ou simples e especial ou complexa (ou mista). A acção comum incide apenas no plano do estabelecimento da maternidade. A acção especial destina-se a reconhecer a maternidade de filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da pretensa mãe (cf. art. 1810º) e tem repercussões no domínio do estabelecimento da paternidade.

Nos termos do art. 1810º, a acção oficiosa especial de investigação da maternidade está sujeita às regras da acção (não oficiosa) especial de investigação de maternidade²⁰⁹, sem prejuízo do disposto no art. 1809º, al. b). O referido art. 1810º ressalva a aplicação da al. b) e não da al. a) do art. 1809º, pelo que, *a contrario sensu*, é admissível a acção oficiosa especial se, existindo perfilhação, a pretensa mãe e o perfilhante forem parentes ou afins em linha recta ou parentes no segundo grau da linha colateral²¹⁰.

Para CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA (DF p. 262), no caso de a maternidade anteriormente estabelecida deixar de constar do registo, "parece que o prazo estabelecido no art. 1809º, al. b), se deve contar somente a partir da rectificação, declaração de nulidade ou cancelamento do registo da maternidade".

²⁰⁹ Cf., *supra*, Parte I, nº 5.3. III.

²¹⁰ Assim, CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, DF pp. 264-265, com a seguinte explicação: "Os custos sociais do estabelecimento de uma eventual filiação incestuosa entre a mãe e o perfilhante são a contrapartida necessária da resolução do conflito entre a presunção de paternidade do marido e a paternidade reconhecida do perfilhante".

Sendo procedente a acção oficiosa de investigação da maternidade, comum ou especial, *a maternidade estabeleceu-se por reconhecimento judicial*. O tribunal deve então comunicar a qualquer conservatória do registo civil a decisão, para que seja feito o averbamento da filiação legalmente constituída (art. 78º do CRC).

Sendo a acção oficiosa improcedente, nada obsta a que seja intentada nova acção de investigação de maternidade, ainda que fundada nos mesmos factos (art. 1813º).

6. Estabelecimento da paternidade

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, DF 231-235, 270-285, 294-304, 309-327; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, CDF II/1 25-35, 86-122, 149-174, 191-259; Duarte Pinheiro, Artigo 1817º, nº 4, Artigo 1817º, nº 1 e Investigação; Ferreira-Pinto, Dicionário 246-252, 307-324, 337-350, 370-404; Guilherme de Oliveira, Paternidade em particular 143-242, 291-332, 409-415, 456-460, 465-471; Leite de Campos, DFS 347-351, 353-363; Pereira Coelho, Filiação 33-40, 69-78, 88-103, 107-130; Dias Vilalonga, Declaração de maternidade 157-206; Pires de Lima/Antunes Varela, CC 1796º, 1798º-1800º, 1826º-1837º, 1847º-1858º, 1864º-1868º; Guilherme de Oliveira, Filiação 1796º, 1798º-1800º, 1826º-1837º, 1847º-1858º, 1864º-1868º; Costa Pimenta, Filiação 81-100, 117-127, 137-168; Oliveira e Silva, Filiação 103-239, 314-325, 356-359, 360-366.

6.1. Enunciado de modos de estabelecimento da paternidade

O art. 1796º, nº 2, dispõe que a paternidade se presume em relação ao marido da mãe e que, nos casos de filiação fora do casamento, se estabelece pelo reconhecimento.

A presunção de paternidade ou presunção “*pater is est...*”²¹¹ é regulada nos arts. 1826º-1846º, que formam a Subsecção I, integrada na secção respeitante ao estabelecimento da paternidade (Secção III, Capítulo I, Título III, Livro IV do Código Civil). Pressupõe que a mãe se encontre casada no momento do nascimento ou da concepção. Dada a prevalência estatística dos filhos matrimoniais²¹², é o modo normal de estabelecer a paternidade.

O reconhecimento de paternidade é objecto dos arts. 1847º-1873º, que formam a Subsecção II, que é também a última, da referida secção, respeitante ao estabelecimento da paternidade. A Subsecção II comporta quatro divisões: Divisão I, sobre disposições gerais; Divisão II, para a perfilhação; Divisão III, relativa à averiguação oficiosa da paternidade; e Divisão IV, dedicada ao reconhecimento judicial.

Como decorre do art. 1847º, o reconhecimento de paternidade efectua-se por duas formas: perfilhação ou reconhecimento voluntário; e reconhecimento judicial ou decisão judicial em acção de investigação. A averiguação oficiosa da paternidade não constitui um modo de estabelecer ou reconhecer a paternidade, mas uma actividade imposta por lei com o objectivo de conduzir a tal estabelecimento por um dos dois modos possíveis de reconhecimento – a perfilhação ou o reconhecimento judicial. A perfilhação é o modo mais comum de estabelecer a paternidade

²¹¹ Parte inicial do brocardo “*pater is est quem iustiae nuptiae demonstrant*” (PAULO, *Digesto*, 2, 4, 5), que atribui a paternidade do filho ao marido da mãe. Numa tradução sem grandes preocupações de rigor, dir-se-ia: “o pai é aquele que as núpcias indicam” ou, como se lê no CDC, “o pai é aquele que o matrimónio legal demonstra” (cân. 1138, § 1).

²¹² Não obstante a crescente proporção de crianças nascidas fora do casamento, a percentagem de filhos extramatrimoniais ainda não chegava a 40% do total das crianças nascidas em 2009 (correspondia, mais precisamente, a cerca de 38,1%, segundo a Base de Dados PORDATA, disponível em http://www.pordata.pt/azap_runtime/ e consultada em 25/7/2010).

dos filhos nascidos ou concebidos fora do matrimónio. O reconhecimento judicial é o modo de estabelecer a paternidade dos filhos nascidos ou concebidos fora do casamento, quando não tenha havido perfilhação.

Há, portanto, três modos de estabelecimento da paternidade: a presunção da paternidade, a perfilhação e o reconhecimento judicial.

6.2. A distinção entre filiação dentro e fora do casamento

I. O sistema de estabelecimento da paternidade assenta na distinção entre filhos nascidos dentro e fora do casamento, pelo que importa perguntar se o mesmo não será discriminatório, violando o disposto no art. 36º, nº 4, da CRP. A presunção de paternidade ou “*pater is est...*”, explicitada no art. 1826º, nº 1, constitui um modo mais fácil de estabelecer a paternidade que se aplica exclusivamente ao filho de uma mãe casada. O art. 1871º consagra presunções quanto à paternidade do filho de mãe não casada, mas tais presunções não constituem modos de estabelecer a paternidade. Têm unicamente relevo probatório no âmbito da acção de investigação de paternidade. Quando muito, ajudam o autor a obter uma sentença de reconhecimento da paternidade, sentença que, essa sim, estabelece o vínculo de filiação.

Há, na verdade, quem pense que não é defensável a diferenciação entre filhos nascidos dentro e fora do matrimónio no regime actual do estabelecimento da filiação, por aquela ter implícita a ideia de que há uma ligação mais forte do filho com o marido da mãe do que com o homem que vive com a mãe em união de facto, ideia que “já não corresponde ao espírito do tempo, nem obtém a adesão de uma maioria política”²¹³.

²¹³ Cf. RAINER FRANK, “Observations comparatives sur la contestation de paternité”, *RIDC* 2005, pp. 91-93, 100-101..

Não se julgue, porém, que, para os críticos da diferenciação, a alternativa se coloca necessariamente entre manter o regime actual sem alterações ou abolir a presunção “*pater is est*”. Apesar de os testes de ADN permitirem um resultado praticamente certo sobre a paternidade biológica, não é desejável, na perspectiva do interesse da criança, que se introduza um factor adicional de indefinição, ainda que temporário, quanto à filiação dos filhos de mães casadas, fazendo depender o estabelecimento da paternidade de uma vontade de perfilhar ou do sucesso de uma acção de investigação. A alternativa também se pode desenhar entre a manutenção do regime actual, com o estabelecimento da paternidade por presunção confinado ao marido da mãe, ou o alargamento da presunção constitutiva do vínculo de filiação ao homem que viva em união de facto com a mãe.

II. No entanto, não nos parece que a diferenciação feita pela lei portuguesa colida com a Constituição, nem que seja possível estender, por analogia, a presunção de paternidade à união de facto. Mais, uma eventual futura extensão por via legal não será razoável se não for acompanhada de uma alteração das regras respeitantes à constituição e extinção da união de facto.

Como é dito por ilustres constitucionalistas²¹⁴, a proibição de discriminação consagrada no art. 36º, nº 4, da CRP, não impede, em absoluto, “a admissibilidade de especificidades materialmente fundadas em relação ao regime aplicável aos filhos nascidos fora do casamento”, *maxime* das regras sobre reconhecimento de paternidade.

É certo que o fundamento da presunção “*pater is est*” é o elevado grau de probabilidade de correspondência com a realidade²¹⁵ e que, nesta medida, é configurável a sua extensão, em abstracto,

²¹⁴ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição* p. 836.

²¹⁵ Cf., *infra*, Parte I, nº 6.4. II.

à união de facto. No entanto, o funcionamento da presunção pressupõe o registo do vínculo que une a mãe ao pretenso pai (cf., p.e., o art. 1835º), bem como a certeza quanto ao momento da constituição e extinção desse vínculo (cf., nomeadamente, o art. 1826º, nº 2). Ora, no direito português vigente, a união de facto não está sujeita a registo e a informalidade que preside à sua constituição e extinção não oferece garantias de segurança quanto ao início e ao termo da ligação²¹⁶.

III. Embora a presunção de que o pai é o marido da mãe constitua um efeito do casamento no campo do estabelecimento filiação, o art. 5º da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, não autoriza a extensão desta presunção ao casamento entre pessoas do mesmo sexo (com a conclusão, por exemplo, de que também seria mãe o cônjuge da parturiente). Os elementos histórico e teleológico da interpretação mostram que a mencionada lei não alterou as regras preexistentes em matéria de filiação²¹⁷.

6.3. O momento da concepção

O conhecimento do momento da concepção do filho é especialmente relevante para efeitos de estabelecimento da paternidade²¹⁸: presume-se que o filho concebido na constância do matrimónio tem como pai o marido da mãe (art. 1826º, nº 1); a perfilhação do nascituro só é válida se for posterior à concepção

²¹⁶ Cf., porém, Guilherme de Oliveira, que relativiza o argumento da dificuldade de determinar com rigor o início e o fim da união de facto (PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 p. 92).

²¹⁷ Cf., *supra*, Parte I, nº 4 II, e, *infra*, Parte III, nº 3.1. IV.

²¹⁸ O momento da concepção releva ainda fora do domínio do estabelecimento da paternidade, v.g., enquanto fundamento do prazo inter-nupcial mais longo para a mulher (cf. art. 1605º) ou como condição da capacidade sucessória do nascituro na sucessão legal (cf. art. 2033º, nº 1)

(art. 1855º); e várias presunções de paternidade, no âmbito da acção de investigação da paternidade, têm como referência temporal o período legal de concepção (art. 1871º, nº 1, als. c), d) e e)). É também o momento da concepção que delimita o âmbito de aplicação das situações de cessação da presunção de paternidade (cf. arts. 1828º, 1829º e 1831º, nº 1) e da acção oficiosa de investigação da paternidade com base em processo crime (art. 1867º).

O art. 1798º contém a regra quanto ao momento legal da concepção do filho: primeiros 120 dias dos 300 que precederem o nascimento. Deste modo, o filho beneficia de duas presunções: a presunção de que a concepção se verificou em qualquer um dos 120 dias dos 300 anteriores ao seu nascimento (presunção "omni meliøre momento"); e a presunção de que a gestação não foi superior a 300 nem inferior a 180 dias.

As presunções constantes do art. 1798º são ilidíveis nos termos do art. 1800º, que admite acção judicial destinada a fixar a data provável da concepção dentro do período referido no art. 1798º, ou a provar que o período de gestação do filho foi inferior a 180 dias ou superior a 300. A acção pode ser proposta por qualquer interessado ou pelo Ministério Público; se for julgada procedente, a sentença deve, em qualquer dos casos, fixar a data provável da concepção.

Além disso, o prazo de concepção previsto no art. 1798º é susceptível de ser reduzido se dentro dos 300 dias anteriores ao nascimento do filho tiver sido interrompida ou completada outra gravidez. Nesta hipótese de gravidez anterior, não são considerados para a determinação do momento da concepção os dias que tiverem decorrido até à interrupção da gravidez ou ao parto (art. 1799º, nº 1). A prova da interrupção de outra gravidez, não havendo registo do facto, só pode ser feita em acção especialmente intentada para esse fim, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público.

6.4. A presunção de paternidade

I. Resulta do art. 1826º, nº 1, que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da mãe tem como pai o marido da mãe.

A regra "pater is est" abrange os casos de concepção e nascimento do filho durante o casamento; de concepção do filho antes do casamento, desde que tenha nascido durante o matrimónio; e de concepção do filho durante o casamento, mesmo que tenha nascido em momento posterior²¹⁹.

Por força do art. 1827º, a presunção de paternidade abrange os casamentos anulados ou declarados nulos, desde que tenham sido registados.

Como o âmbito da presunção de paternidade é balizado pela duração do casamento, o art. 1826º, nº 2, determina que o momento da dissolução do casamento por divórcio ou da sua anulação é o do trânsito em julgado da respectiva sentença; e que o casamento católico nulo ou dissolvido por dispensa só se considera extinto a partir do registo da sentença pelas autoridades eclesiásticas. Dentro da lógica do preceito, a dissolução do casamento por divórcio decretado pelo conservador ocorrerá no momento do trânsito em julgado do respectivo despacho.

Conjugando o art. 1827º com o art. 1826º, nº 2, verifica-se que, nos casamentos civis anulados, a presunção "pater is est" vigora até ao trânsito em julgado da sentença de anulação, enquanto que, nos casamentos católicos, a presunção vigora até ao registo civil da sentença de declaração de nulidade.

A delimitação da presunção de paternidade não tem em conta os avanços registados no campo da procriação medicamente

²¹⁹ Na opinião de Guilherme de Oliveira, a regra abrange ainda, só que por analogia, o caso de nascimento do filho dentro dos cento e oitenta dias posteriores à celebração do casamento mas depois da dissolução do casamento (PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, CDF II/1 p. 91).

assistida, v.g., a existência de processos de reprodução que permitem o nascimento de um filho muito depois da sua concepção ou de processos que permitem a própria fecundação posterior à morte daquele que contribuiu com componentes genéticos. De facto, a criopreservação, isto é, a conservação a baixíssimas temperaturas, de gâmetas e embriões, abre o caminho à eventualidade de o nascimento se dar muito tempo após a morte dos progenitores.

II. A paternidade presumida tem de constar obrigatoriamente do registo do nascimento, não sendo admitidas menções que a contrariem, salvo o disposto nos arts. 1828º e 1832º (art. 1835º, nº 1). Se o registo do casamento dos pais só vier a ser efectuado depois do registo do nascimento, e deste não constar a paternidade do marido da mãe, a paternidade será mencionada oficiosamente (art. 1835º, nº 2).

A regra "pater is est" não é um corolário da imposição dos deveres de coabitação e de fidelidade aos cônjuges²²⁰. Basta ver que a presunção abarca a hipótese de concepção antenupcial, anterior ao casamento. A previsão da regra funda-se no seu elevado grau de probabilidade de correspondência com a realidade. Se a concepção for posterior ao casamento e, portanto, à assunção do compromisso jurídico de fidelidade, é normal que a mulher só tenha relações sexuais com o marido ou que, quando tenha relações com terceiro, tome precauções para evitar ter um filho extramatrimonial. Se a concepção do filho for anterior ao casamento em não mais de 180 dias, a vontade de casar torna verosímil que o pai tenha sido o marido da mãe.

A regra "pater is est" apresenta a natureza de presunção legal *iuris tantum*, sendo ilidível por impugnação judicial (cf. art. 1838º).

III. Em certos casos, que não exigem impugnação judicial, a lei afasta a vigência da presunção de paternidade, embora o filho tenha nascido ou tenha sido concebido na constância do matrimónio da mãe. Estes casos, que são designados pela lei como de cessação da presunção de paternidade, figuram nos arts. 1828º, 1829º e 1832º.

Ao abrigo do disposto no art. 1828º, a presunção cessa relativamente ao filho concebido antes do casamento, isto é, dentro dos 180 dias posteriores à celebração do casamento, se a mãe ou o marido declararem no acto do registo do nascimento que o marido não é o pai.

O art. 1829º, nº 1, relativo aos filhos concebidos depois de finda a coabitação, prescreve que a presunção de paternidade cessa se o nascimento do filho ocorrer passados 300 dias depois de finda a coabitação, nos termos do nº 2 do mesmo artigo. O art. 1829º, nº 2, enumera as situações em que se considera finda a coabitação dos cônjuges: data da primeira conferência, tratando-se de divórcio ou separação por mútuo consentimento; data da citação do réu para a acção de divórcio ou separação litigiosos ou data que a sentença fixar como a da cessação da coabitação²²¹; data em que deixou de haver notícias do marido, conforme decisão proferida em acção de nomeação de curador provisório, justificação de ausência ou declaração de morte presumida. Todavia, a referência à data da primeira conferência ficou parcialmente prejudicada pelas alterações que o DL nº 272/2001, de 13 de Outubro, introduziu no plano da separação e do divórcio por mútuo consentimento: desapareceu a chamada

²²¹ Guilherme de Oliveira aplica analogicamente o art. 1829º a sentenças que, tendo sido proferidas fora do processo de divórcio ou separação, fixem o termo da coabitação (PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 pp. 102-103). Rejeitam tal alargamento, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC* 1829º (5).

primeira conferência, razão pela qual se deve entender que releva agora a data daquela que é agora a única conferência²²². E o elenco do art. 1829º, nº 2, não é taxativo: obviamente, considera-se finda a coabitação dos cônjuges na data da morte do marido.

A presunção de paternidade que cessou por força do art. 1829º pode reiniciar-se ou renascer. No reinício, a presunção recupera *ipso iure* os seus efeitos (para o futuro); no renascimento, a presunção é restabelecida através de uma decisão judicial. A presunção reinicia-se com a reconciliação dos cônjuges separados de pessoas e bens; com o regresso do ausente; e com o trânsito em julgado da sentença que, sem ter decretado o divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, pôs termo ao processo (art. 1830º). Quando o início do período legal da concepção for anterior ao trânsito em julgado do despacho ou da sentença proferidos na acção de divórcio ou de separação de pessoas e bens, o art. 1831º, nº 1, estatui que a presunção de paternidade renasce se, em acção intentada por um dos cônjuges ou pelo filho, se provar que no período legal da concepção existiram relações entre os cônjuges que tornam verosímil a paternidade do marido ou que o filho, na ocasião do nascimento, beneficiou da posse de estado relativamente a ambos os cônjuges (art. 1831º, nº 1). Se existir perfilhação do filho, terá de ser demandado o perfilhante na acção (art. 1831º, nº 3). Entende-se que o filho beneficia de posse de estado relativamente a ambos os cônjuges, na ocasião de nascimento, se então tiver sido reputado e tratado como filho por ambos os cônjuges e se, cumulativamente, tiver sido reputado como filho de ambos os cônjuges nas relações sociais, especialmente nas respectivas famílias (art. 1831º, nº 2).

Por fim, o art. 1832º, nº 2, determina que a presunção de paternidade cessa se a mulher casada fizer a declaração de

²²² Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, CDF II/1 p.

nascimento com a indicação de que o filho não é do marido²²³. É imediatamente admissível a perfilhação (art. 1832º, nº 3). A presunção que cessou pode renascer, nos termos do art. 1831º, nº 1 (art. 1832º, nº 6).

IV. Havendo bigamia ou casamento sucessivo da mãe com desrespeito pelo prazo internupcial, surge um conflito de presunções de paternidade, que é resolvido pelo art. 1834º, nº 1: prevalece a presunção de que o pai é o segundo marido. Se for impugnada com sucesso a paternidade do segundo marido, o art. 1834º, nº 2, prevê que renasce a presunção relativa ao anterior marido da mãe.

6.5. A perfilhação

I. A perfilhação, modo de estabelecer a paternidade fora do casamento, é o acto pelo qual uma pessoa (do sexo masculino) declara relevantemente que um ser vivo da espécie humana²²⁴ é seu filho. Coincidindo com o reconhecimento voluntário da paternidade, a perfilhação caracteriza-se por ser pessoal, livre, solene e irrevogável.

É um acto pessoal porque tem de ser feita pelo próprio pai ou por intermédio de procurador com poderes especiais (cf. art. 1849º). E é também pessoal no sentido de que é um acto não patrimonial.

A perfilhação é, como diz o art. 1849º, um acto livre, característica que é confirmada pela previsão da anulabilidade da perfilhação viciada por coacção moral (cf. art. 1860º, nº 1). Contudo, não

²²³ Guilherme de Oliveira admite a cessação da presunção também no caso de a mulher casada fazer a declaração da maternidade do filho cujo nascimento já foi registado (PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, CDF II/1 pp. 107-108).

²²⁴ A perfilhação pode ser feita antes do nascimento do filho (art. 1854º).

é um acto facultativo: o pai biológico tem o dever jurídico de perfilhar, sendo a não observância desse dever susceptível de originar, nos termos gerais, uma obrigação de indemnizar perante o filho²²⁵.

A perfilhação consiste num acto solene, já que apenas pode revestir uma das formas indicadas no art. 1853º (declaração prestada perante o funcionário do registo civil; testamento; escritura pública; ou termo lavrado em juízo) ou a forma de declaração prestada perante o funcionário de unidade de saúde no momento do registo de nascimento (desde que a unidade tenha competência para lavrar o registo)²²⁶. A perfilhação que contrarie a paternidade constante do registo de nascimento será válida desde que seja feita por testamento, escritura pública ou termo lavrado em juízo; no entanto, a sua eficácia depende do cancelamento do registo daquela paternidade (art. 1848º, nº 2).

Qualquer que seja a forma que tenha revestido, a perfilhação é irrevogável (art. 1858º). O exercício pelo *de cuius* da faculdade de livre revogação do testamento não afecta a subsistência da perfilhação que neste tenha sido realizada.

II. A perfilhação deve obedecer a certos requisitos de fundo, cuja inobservância implica impugnabilidade, invalidade ou ineficácia. Acima de tudo, a perfilhação tem de corresponder à verdade (cf. art. 1859º, nº 1). Boa parte dos demais requisitos respeitam ao perfilhante ou ao perfilhando.

²²⁵ Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Filiação* 1849º V e VI, e "Impugnabilidade da perfilhação", em *Temas* p. 22, nota 9; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF III/1* pp. 154-156. Contra, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC* 1849º (4); PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da vontade* pp. 93-96.

²²⁶ Cf. arts. 101º, nº 1, 102º, nº 1, al. e), e 130º, nº 1 (que, ao mandar aplicar, com as devidas adaptações, o disposto no art. 125º, nº 1, admite que a perfilhação conste do assento de nascimento do filho), do CRC.

Os requisitos relativos ao perfilhante prendem-se com a capacidade e o consentimento. Só têm capacidade para perfilhar os indivíduos com mais de 16 anos se não estiverem interditos por anomalia psíquica ou não forem notoriamente dementes no momento da perfilhação (art. 1850º, nº 1). Neste contexto, o conceito de demência notória é idêntico ao que assume no art. 1601º, al. b): não interessa que a demência seja cognoscível, mas "certa, inequívoca, não duvidosa"²²⁷. Dado o carácter pessoal do acto, os menores com 16 e 17 anos, os interditos por causa distinta de anomalia psíquica e os inabilitados não necessitam, para perfilhar, de autorização dos pais, tutores ou curadores (art. 1850º, nº 2). Mas os menores com 16 e 17 anos, não emancipados, só podem perfilhar por formas distintas do testamento (cf. arts. 1853º e 2189º, al. a)²²⁸.

No que toca ao consentimento, o perfilhante tem de declarar que quer perfilhar. O consentimento dado tem de ser puro e simples. As condições, os termos e as cláusulas que limitem ou modifiquem os efeitos que são atribuídos à perfilhação por lei têm-se por não escritos (art. 1852º). O consentimento não deve estar viciado por coacção moral nem por erro sobre circunstâncias que tenham contribuído decisivamente para o convencimento da paternidade (art. 1860º, nºs 1 e 2).

Os requisitos da perfilhação relativos ao perfilhando são a ausência de outra paternidade estabelecida, a concepção do perfilhando, a existência do perfilhando e o assentimento do perfilhando maior ou emancipado ou dos descendentes do perfilhando que sejam maiores ou emancipados.

²²⁷ Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Filiação* 1850º IV; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF III/1* p. 160.

²²⁸ Contra, OLIVEIRA E SILVA, *Filiação* p. 152, para o qual o art. 1853º, al. b), conjugado com o art. 1850º, consagra um desvio ao disposto no art. 2189º, al. a).

Não é admitida a perfilhação em contrário da paternidade que conste do registo de nascimento enquanto este não for rectificado, declarado nulo ou cancelado (art. 1848º, nº 1). Todavia, a perfilhação que contrarie a filiação registada será válida desde que seja feita por testamento, escritura pública ou termo lavrado em juízo, ficando apenas a sua eficácia dependente do cancelamento do registo daquela paternidade (art. 1848º, nº 2).

É necessário que o perfilhando exista (como pessoa ou ser vivo da espécie humana) ou tenha existido. O art. 1854º dispõe que a perfilhação pode ser feita a todo o tempo, antes ou depois do nascimento do filho ou depois da morte deste. Mas o art. 1855º acrescenta que a perfilhação só é válida se for posterior à concepção e o perfilhante identificar a mãe (art. 1855º). O art. 1856º limita a eficácia da perfilhação posterior à morte do filho: a perfilhação só produz efeitos em favor dos seus descendentes (art. 1856º). O pai que perfilhar filho falecido não beneficia, p.e., de direitos enquanto sucessível legal deste. E a própria eficácia circunscrita da perfilhação de filho pré-defunto não se verificará se a este sobreviverem descendentes maiores ou emancipados e eles não prestarem o seu assentimento (art. 1857º, nº 1).

A perfilhação de filho maior ou emancipado, ou de filho pré-falecido que tenha descendentes maiores ou emancipados, só produz efeitos se aquele ou estes, ou, tratando-se de interditos, os respectivos representantes, derem o seu assentimento (art. 1857º, nº 1). A lei não fixa um prazo para o assentimento, prescrevendo somente no art. 1857º, nº 2, que ele pode ser dado, antes ou depois da perfilhação, ainda que o perfilhante tenha falecido, por qualquer uma de três formas: declaração prestada perante o funcionário do registo civil; documento autêntico ou autenticado; termo lavrado em juízo no processo em que haja sido feita a perfilhação. Na falta de um prazo, compreende-se que o art. 1857º, nº 4, confira a qualquer interessado que tenha conhecimento da perfilhação o direito de requerer judicialmente a notificação pessoal do perfilhando, dos seus descendentes ou dos seus

representantes legais para declararem, no prazo de trinta dias, se dão o seu assentimento à perfilhação. O silêncio vale como assentimento.

Não constitui requisito da perfilhação o registo da maternidade do perfilhando (cf. art. 1851º). Também não há quaisquer obstáculos à perfilhação de filhos incestuosos²²⁹. Relativamente aos filhos adulterinos, há que distinguir: o filho adulterino de homem casado é livremente perfilhável por este; o filho de mãe casada só é eficazmente perfilhável depois da ilisão da presunção de paternidade e do cancelamento do registo feito com base nela²³⁰.

III. A perfilhação não pode ser invocada enquanto não for lavrado o respectivo registo (arts. 2º e 1º, nº 1, al. b), do CRC). Se a perfilhação for feita perante o funcionário do registo civil regista-se por meio de assento de nascimento ou assento próprio, consoante tenha sido efectuada na altura da declaração de nascimento ou posteriormente (arts. 130º, nº 1, e 125º do CRC). A perfilhação realizada por testamento, escritura pública ou termo lavrado em juízo é averbada ao assento de nascimento do filho (arts. 130º, nº 1, e 129º do CRC). A perfilhação feita em unidade de saúde competente é inscrita no assento de nascimento²³¹.

A lei estabelece uma disciplina especial para o registo de perfilhação que careça de assentimento (art. 1857º, nºs 2; al. a), 3 e 4; arts. 130º, nº 2, 131º e 133º do CRC) e para o registo de perfilhação de nascituro (art. 132º do CRC).

²²⁹ As únicas restrições atinentes aos filhos incestuosos são as dos arts. 1809º, al. a), e 1866º, al. a): cf. FERREIRA PINTO, *Dicionário* p. 274; PEREIRA COELHO, *Filiação* p. 101. Contra, CASTRO MENDES/TELXEIRA DE SOUSA (DF pp. 303-304), que extraem dos mencionados artigos um princípio geral de proibição do estabelecimento da filiação incestuosa.

²³⁰ Cf. CASTRO MENDES/TELXEIRA DE SOUSA, DF p. 303.

²³¹ Cf., *supra*, I deste nº 6.5.

O assentimento de perfilhação deve mencionar o assentimento do perfilhado, se for maior ou emancipado, ou dos seus descendentes, se for pré-defunto. O assentimento dado por declaração feita perante o conservador do registo civil é reduzido a auto e averbado no assento de nascimento, e no de perfilhação, se existir. O registo da perfilhação é considerado secreto até ser dado o assentimento necessário e, sem prejuízo do disposto no art. 1857º, nº 4, só pode ser invocado para instrução do processo preliminar de casamento ou em acção de nulidade ou anulação do casamento. No caso de assento de perfilhação que deva considerar-se secreto, é lançado na sequência do assento de nascimento do perfilhado cota de referência com a menção do livro, número e ano do respectivo assento. Logo que seja dado o assentimento, lavra-se officiosamente o respectivo averbamento. Se o perfilhado ou seus descendentes vierem a ser notificados para prestar o seu assentimento e o recusarem, o assento de perfilhação é cancelado officiosamente.

O assento de perfilhação do nascituro, que só pode ser lavrado se for posterior à concepção²³² e o perfilhante identificar a mãe, além dos requisitos gerais, deve conter a indicação do nome completo, data de nascimento, estado, naturalidade, residência habitual e filiação da mãe do perfilhado, época da perfilhação e data provável do parto.

IV. A perfilhação tem a natureza de um acto jurídico não negocial, integrado por uma *declaração de consciência*²³³.

²³² "Se pela data do nascimento se verificar ser a concepção posterior à perfilhação, deve o conservador comunicar o facto ao Ministério Público para, se for caso disso, requerer a declaração de nulidade do acto" (art. 132º, nº 3, do CRC).

²³³ Cf. DIAS VILALONGA, *Declaração de maternidade* pp. 198-201.

A perfilhação é um simples acto jurídico²³⁴: o efeito de estabelecimento da paternidade produz-se por força da lei, independentemente de ter sido ou não querido pelo perfilhante. Esta natureza não negocial é confirmada pelo disposto no art. 1852º. Mas não é uma mera declaração de ciência²³⁵. Como decorre do regime de anulação da perfilhação por erro ou coacção (cf. art. 1860º, nºs 1 e 2), é necessário que o perfilhante esteja convencido da sua paternidade e que tenha querido perfilhar.

A expressão *declaração de consciência*²³⁶ é usada aqui para exprimir o carácter híbrido da perfilhação, figura a meio caminho entre uma declaração de ciência e uma declaração negocial.

6.6. O reconhecimento judicial da paternidade

I. O reconhecimento judicial é o outro modo de estabelecer a paternidade fora do casamento e realiza-se através de uma acção autónoma (especialmente intentada para o efeito) de investigação da paternidade. O tribunal que reconhecer a paternidade deve

²³⁴ Contra PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da vontade* pp. 84-99, pronunciando-se pelo carácter negocial da perfilhação. Igualmente, OLIVEIRA E SILVA, *Filiação* p. 148. Sobre a doutrina italiana e espanhola que atribui à perfilhação a natureza de negócio jurídico, cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, "Impugnabilidade da perfilhação", em *Temas* pp. 19-21.

²³⁵ Defendem tal qualificação, CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 295; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC* 1850º (3).

²³⁶ Sobre a natureza mista da perfilhação, cf., nomeadamente, PEREIRA COELHO, *Filiação* pp. 93-94; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Filiação* 1849º I; COSTA PIMENTA, *Filiação* pp. 117-118 (que chega a afirmar que "a perfilhação tem um carácter *travesti* de declaração de ciência e de declaração de vontade"). MENEZES CORDEIRO, *TDC* I/1 p. 480, enquadra a perfilhação na categoria dos actos quase-negociais. No entanto, esta terminologia cria equívocos na matéria em apreço: cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, "Impugnabilidade da perfilhação", em *Temas* pp. 22-23, que alude a posições doutrinárias estrangeiras que inserem a perfilhação no conceito de quase-negócio jurídico, na modalidade de declaração de ciência...

comunicar a decisão a qualquer conservatória do registo civil, para que seja feito o averbamento da filiação estabelecida (art. 78º do CRC).

A acção de investigação de paternidade não pode ser proposta enquanto a maternidade não se achar estabelecida, a não ser que seja pedido conjuntamente o reconhecimento da paternidade e da maternidade: cf. art. 1869º, que, neste aspecto, difere da solução que foi prevista para a perfilhação. Em contrapartida, à semelhança da perfilhação, não é admissível o reconhecimento judicial da paternidade em contrário da que conste do registo de nascimento enquanto este não for rectificado, declarado nulo ou anulado (art. 1848º, nº 1).

II. Em princípio, a acção de investigação de paternidade deve ser intentada pelo filho contra o pretenso pai (cf. arts. 1869º, 1873º e 1819º). É conferida legitimidade à mãe menor para intentar a acção em representação do filho sem necessidade de autorização dos pais, sendo, porém, representada em juízo por curador especial nomeado pelo tribunal (art. 1870º). O art. 1872º permite a coligação de investigantes filhos da mesma mãe, em relação ao mesmo pretenso pai. Ao abrigo do art. 31º-B do CPC, é admissível a figura do litisconsórcio passivo alternativo na acção de investigação da paternidade²³⁷: o filho que tiver dúvidas fundamentadas sobre a identidade do verdadeiro progenitor pode formular subsidiariamente o mesmo pedido contra réu diverso do que é demandado. Se, p.e., o filho tiver conhecimento de que a mãe teve relações sexuais com mais de um homem durante o período legal de concepção, ele não está obrigado a intentar a acção de investigação contra apenas um deles; pode movê-la contra diversos réus numa relação de subsidiariedade.

Nos demais aspectos da matéria da legitimidade, é aplicável à acção de investigação de paternidade, com as necessárias adaptações, o disposto nos arts. 1818º e 1819º, que se referem à acção de investigação de maternidade.

III. A causa de pedir nas acções de investigação da paternidade é a procriação biológica do filho pelo réu a quem a paternidade é imputada. A prova da procriação²³⁸ pode ser feita alternativamente com base em testes de ADN (art. 1801º), em presunções legais não ilididas pelo réu (art. 1871º) ou pela demonstração de que o pretenso pai teve relações sexuais com a mãe durante o período legal de concepção e que dessas relações resultou o nascimento do investigante (a chamada coabitação causal²³⁹).

Dadas as dificuldades que enfrenta a prova directa da procriação (v.g., porque persiste uma posição adversa à realização coerciva de exames de ADN por parte do pretenso progenitor²⁴⁰), as presunções legais previstas no art. 1871º, nº 1, são instrumentos particularmente valiosos para a obtenção de uma sentença de reconhecimento da paternidade. Se o investigante fundamentar a sua pretensão numa das presunções, ele não tem fazer a prova directa do facto da procriação. É suficiente a alegação e prova dos factos que constituem a base da presunção, presumindo-se o vínculo biológico²⁴¹. Invocada uma das presunções, recai sobre

²³⁸ Sobre a prova na investigação da paternidade, cf., entre outros, LOPES DO REGO, *Investigação da paternidade*.

²³⁹ Cf., nomeadamente, CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* pp. 312-318; FERREIRA-PINTO, *Dicionário* pp. 378-380; COSTA PIMENTA, *Filiação* pp. 149-150. A coabitação causal existe e a acção de investigação da paternidade procede se, p.e., ficar demonstrado que durante o prazo legal de concepção a mãe manteve relações sexuais exclusivas com o pretenso pai (caso o réu não mostre que houve recurso a procriação medicamente assistida).

²⁴⁰ Cf., *supra*, Parte I, nº 3 II.

²⁴¹ Cf. MARIA JOSÉ CAPELO, *Acções de Filiação* pp. 747-748.

o investigado o ónus de a ilidir, levantando dúvidas sérias sobre a paternidade que lhe é imputada (art. 1871º, nº 2).

O art. 1871º, nº 1, enumera situações de facto que fundam cinco presunções legais de paternidade: a posse de estado; a declaração inequívoca de paternidade pelo pretense pai; a união de facto e o concubinato duradouro entre a mãe e o pretense pai; a sedução da mãe pelo pretense pai; a existência de relações sexuais entre o pretense pai e a mãe, durante o período legal de concepção.

A paternidade presume-se quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pelo pretense pai e reputado como filho também pelo público (art. 1871º, nº 1, al. a)). É a chamada posse de estado de filho²⁴², que exige a verificação cumulativa de três requisitos: reputação como filho pelo pretense pai (*nomen*); tratamento como filho pelo pretense pai (*tractatus*); reputação como filho do pretense pai pelo público (*fama*). A reputação como filho consiste na convicção íntima por parte do investigado, de que é pai do investigante. O tratamento como filho traduz-se na prática, por parte do pretense pai, para com o investigante, dos actos de assistência que os pais normalmente costumam dispensar aos filhos, incluindo os cuidados, carinho, amparo, protecção e solícitude próprios de um pai. A reputação como filho do pretense pai consiste na convicção, por parte das pessoas que conhecem o investigante e o investigado, de que este é pai daquele.

A paternidade presume-se quando exista carta ou outro escrito no qual o pretense pai declare inequivocamente a paternidade (art. 1871º, nº 1, al. b)).

A paternidade presume-se quando, durante o período legal da concepção, tenha existido comunhão duradoura de vida em

²⁴² Cf. PEREIRA COELHO, *Filiação* pp. 116-121; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF II/1* pp. 224-226; FERREIRA PINTO, *Dicionário* pp. 382-388; OLIVEIRA E SILVA, *Filiação* pp. 188-195; COSTA PIMENTA, *Filiação* pp. 152-158.

condições análogas às dos cônjuges ou concubinato duradouro entre a mãe e o pretense pai, durante o período legal da concepção (art. 1871º, nº 1, al. c)). Comunhão de vida em condições análogas às dos cônjuges significa união de facto, que se distingue do concubinato duradouro pelo seguinte: na união de facto, há comunhão sexual e comunhão de habitação; no concubinato duradouro, não há comunhão de habitação, verificando-se apenas um relacionamento sexual estável. Enquanto facto que funda a presunção, a união de facto heterossexual tem de ser duradoura, mas não precisa de existir há mais de dois anos.

A paternidade presume-se quando o pretense pai tenha seduzido a mãe, no período legal de concepção, se esta era virgem e menor no momento em que foi seduzida, ou se o consentimento dela foi obtido por meio de promessa de casamento, abuso de confiança ou abuso de autoridade (art. 1871º, nº 1, al. d)).

Por fim, a paternidade presume-se também quando se prove que o pretense pai teve relações sexuais com a mãe durante o período legal de concepção (art. 1871º, nº 1, al. e)). Esta presunção, que foi introduzida pela Lei nº 21/98, de 12 de Maio, veio aumentar as possibilidades de sucesso da pretensão do investigante²⁴³. Antes, na falta de realização de exames de sangue ou testes de ADN e da demonstração de factos que estivessem na base das quatro outras presunções, o autor tinha de provar a exclusividade das relações sexuais entre a mãe e o pretense pai durante o período legal de concepção. Agora, assente a existência de relações sexuais entre a mãe e o pretense pai durante o período legal de concepção, é ao investigado que cabe evitar a procedência da acção, ilidindo

²⁴³ Sobre a relevância da nova presunção, cf. REMÉDIO MARQUES, *Investigação de paternidade* pp. 19-21; LOPES DO REGO, *Investigação da paternidade* pp. 785-786; "Relatório da mesa temática relativa à investigação da paternidade", em *2ª Bienal* pp. 31-32. O alcance da al. e) é tal que parece retirar boa parte da utilidade às als. c) e d) do art. 1871º, nº 1 (cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF II/1* p. 234).

a nova presunção mediante, p.e., a prova de que a mãe teve relações sexuais com vários homens durante o período legal de concepção (*exceptio plurium concubentium*). Ainda assim, se a *exceptio plurium concubentium* levantar dúvidas sérias sobre a paternidade do investigado, a acção poderá proceder, se o investigador conseguir afastar a paternidade daquele ou daqueles que juntamente com o pretense pai tiveram relações sexuais com a mãe do investigador (p.e., através de exames de sangue).

Todas as presunções legais de paternidade constantes do art. 1871º, nº 1, têm uma natureza diversa da da presunção legal do art. 1826º, nº 1: aquelas invertem o ónus da prova na acção de investigação da paternidade (e é a sentença nesta acção que estabelece a paternidade) e são ilidíveis mediante contraprova (art. 1871º, nº 2); a presunção “pater is est” estabelece a paternidade e só é ilidível mediante acção judicial de impugnação (cf. art. 1838º).

IV. O art. 1873º estabelece que é aplicável à acção de investigação de paternidade, com as necessárias adaptações, o disposto no art. 1817º, que prevê prazos para a proposição da acção de investigação da maternidade. Deste modo, em regra, a acção de investigação de paternidade só poderia ser proposta durante a menoridade do investigador ou nos dez anos posteriores à sua maioridade ou emancipação (cf. art. 1817º, nº 1, na redacção da Lei nº 14/2009, de 1 de Abril, conjugado com o art. 1873º).

No entanto, não é líquida a constitucionalidade das normas que impõem prazos de caducidade para as acções de reconhecimento judicial da maternidade ou paternidade.

O acórdão do Tribunal Constitucional nº 23/2006, de 10 de Janeiro²⁴⁴, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do nº 1 do art. 1817º, na redacção da Lei nº 21/98; de 12 de Maio, aplicável por força do art. 1873º, na

medida em que previa, para a caducidade do direito de investigar a paternidade, um prazo de dois anos, a partir da maioridade do investigador, por violação das disposições conjugadas dos arts. 26º, nº 1, 36º, nº 1, e 18º, nº 2, da CRP.

O Tribunal Constitucional acolheu e reproduziu a fundamentação do ac. 486/2004, de 7 de Julho²⁴⁵, que fora confirmada pelo ac. 11/2005, de 12 de Janeiro²⁴⁶, e sufragada pelas decisões sumárias 114/2005, de 9 de Março, e 288/2005, de 4 de Agosto, do mesmo Tribunal.

Da remissão para a fundamentação carreada no ac. 486/2004 resulta que a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, assentou no entendimento de que “o regime do art. 1817º, nº 1, ao excluir totalmente a possibilidade de reconhecimento judicial da paternidade, a partir dos dois primeiros anos posteriores à maioridade do investigador, acarretava uma afectação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família, que incluem o direito ao conhecimento da paternidade ou da maternidade, porque “o prazo de dois anos em causa se esgota normalmente num momento em que, por natureza, o investigador não é, ainda, naturalmente, uma pessoa experiente e inteiramente madura”, e, sobretudo, porque “tal prazo pode começar a correr, e terminar, sem que existam quaisquer possibilidades concretas de – ou apenas justificação para – interposição da acção de investigação da paternidade”.

Embora o Tribunal Constitucional tivesse procurado circunscrever o alcance do juízo proferido, esclarecendo que “está apenas em apreciação o prazo de dois anos a contar da maioridade ou emancipação, e não a possibilidade de um qualquer outro limite temporal para a acção de investigação da paternidade”,

o certo é que esteve longe de ser insignificante o impacto do aresto no domínio do estabelecimento da filiação. A declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do art. 1817º, nº 1, na redacção da Lei nº 21/98, de 12 Maio, aplicável por força do art. 1873º, na medida em que previa, para a caducidade do direito de investigar a paternidade, um prazo de dois anos, a partir da maioridade do investigador, invalidou a norma que se referia ao prazo-regra para o reconhecimento judicial quer da maternidade quer da paternidade durante algum tempo.

O acórdão em apreço consolidou uma viragem jurisprudencial que se iniciou com o ac. do TC 486/2004²⁴⁷. Prevalcia anteriormente a orientação do ac. do TC 413/89, de 31 de Maio²⁴⁸, que se pronunciou no sentido da não inconstitucionalidade do art. 1817º, nº 1.

Em abono da sua posição, o ac. do TC 413/89 socorreu-se da doutrina do ac. do TC 99/88, de 28 de Abril²⁴⁹, que concluiu que a aplicação dos prazos dos nºs 3 e 4 do art. 1817º às acções de investigação de paternidade, *ex vi* do art. 1873º, não violava a Constituição. O aresto de 1988 sustentou a sua decisão com o argumento de que, em geral, o estabelecimento de prazos para a propositura de acção de investigação não restringe o conteúdo do exercício do direito fundamental ao conhecimento e ao reconhecimento da paternidade (direito resultante dos direitos à integridade moral e à identidade pessoal, previstos nos arts.

²⁴⁷ Citado, *supra*, na nota 245.

²⁴⁸ DR II série, nº 213, de 15/9/1989, p. 9244 (CARDOSO DA COSTA). Foi proferido idêntico juízo nos acórdãos do TC 451/89 (NUNES DE ALMEIDA), de 21/6/1989, DR II série, nº 218, de 21/9/1989, p. 9521; 311/95 (ALVES CORREIA), de 20/6/1995; 506/99 (TAVARES DA COSTA), de 21/9/1999; 525/2003 (MARIA DOS PRAZERES BELEZA), de 29/10/2003. Os três últimos acórdãos foram consultados em <http://www.tribunalconstitucional.pt>

²⁴⁹ DR II série, nº 213, de 22/8/1988, p. 7642 (CARDOSO DA COSTA).

25º, nº 1, e 26º, nº 1, da CRP, respectivamente, ou só do direito à identidade pessoal), correspondendo a uma simples condição de exercício, ou que, independentemente de constituir uma restrição ou um mero condicionamento ao exercício, não se traduz num limite substancial contrário ao princípio constitucional da proporcionalidade. Isto porque, a par do direito do filho ao reconhecimento da paternidade, haveria outros direitos ou interesses igualmente merecedores de tutela jurídica: “em primeiro lugar, e antes do mais, o interesse do pretense progenitor em não ver indefinida ou excessivamente protelada uma situação de incerteza quanto à sua paternidade, e em não ter de contestar a respectiva acção quando a prova se haja tornado mais aleatória; depois, um interesse da mesma ordem por parte dos herdeiros do investigado, e com redobrada justificação no tocante à *alea* da prova e às eventuais dificuldades de contraprova com que podem vir a confrontar-se; além disso, porventura, o próprio interesse, sendo o caso, da paz e harmonia da família conjugal constituída pelo pretense pai.”²⁵⁰

Ora, o acórdão 23/2006 demarcou-se deste pensamento, que imperou na jurisprudência durante cerca de 15 anos. Contudo, o aresto do Tribunal Constitucional de 2006 procurou não deixar a impressão de que se teria produzido uma ruptura demasiado brusca e profunda. É por isso que sublinhou a existência de uma alteração de circunstâncias que motivaria a mudança de “*opinio iuris*”. Os factos afinal seriam outros: “tem-se verificado uma progressiva, mas segura e significativa, alteração dos dados do problema, constitucionalmente relevantes, a favor do filho e da imprescritibilidade da acção – designadamente, com o impulso científico e social para o conhecimento das origens, os desenvolvimentos da genética e a generalização dos testes científicos de muito elevada fiabilidade”. E, aparentemente, é

²⁵⁰ Ac. do TC 99/88 (citado, *supra*, na nota 249), p. 7645.

também por isso que o mesmo acórdão teve o cuidado de não negar a constitucionalidade de qualquer limite temporal ao reconhecimento judicial da paternidade, escudando-se numa óptica de fidelidade estrita à matéria do recurso, que nem sempre presidiu a outras decisões do Tribunal Constitucional (veja-se justamente o referido acórdão de 1988, que se pronunciou pela conformidade constitucional da generalidade dos prazos de caducidade, quando o objecto do recurso se cingia às normas dos n.ºs 3 e 4 do art. 1817.º, enquanto aplicáveis às acções de investigação da paternidade). Mas, renunciando à ideia da inconstitucionalidade de qualquer prazo, paradoxalmente, o Tribunal defendeu em 2006 a inconstitucionalidade da norma do art. 1817.º, n.º 1, na redacção da Lei n.º 21/98, de 12 de Maio, usando os argumentos de quem defende a inconstitucionalidade de qualquer prazo de caducidade para as acções de investigação da paternidade.

Efectivamente, o acórdão de 2006 identifica as seguintes justificações avançadas para a exclusão do direito a investigar a paternidade depois dos 20 anos de idade do pretendo filho: o risco da incerteza das provas; o valor da segurança jurídica do alegado pai e dos seus herdeiros; e o perigo de se estimular uma “caça às heranças”²⁵¹. Ou seja, nada mais, nada menos do que as razões genericamente apontadas para a previsão de obstáculos temporais a uma acção de reconhecimento judicial da maternidade ou paternidade²⁵².

E as justificações avançadas para a norma do art. 1817.º, n.º 1, na redacção da Lei n.º 21/98, de 21 de Maio, são rebatidas pelo Tribunal Constitucional com base na argumentação que é aduzida

²⁵¹ Ac. do TC 23/2006, transcrição dos n.ºs 15 e s. do ac. do TC 486/2004.

²⁵² Cf. GOMES DA SILVA, “O Direito da Família no futuro Código Civil (segunda parte)”, *BMJ* 88, pp. 86-87; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Paternidade* pp. 463-465; ac. do TC 99/88, citado, *supra*, na nota 249.

por Guilherme de Oliveira²⁵³ contra a constitucionalidade de todos os prazos estabelecidos nos arts. 1817.º e 1873.º.

Por conseguinte, a decisão final que foi proferida no acórdão talvez tenha sido tímida²⁵⁴. Em minha opinião, já não é razoável

²⁵³ Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Caducidade* pp. 7-13 = *Comemorações dos 35 anos* pp. 49-58; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 pp. 247-253. O autor mudou, pois, de posição: cf. *Paternidade*, pp. 465-467, em que reputava o regime legal português de investigação “justo e conveniente nas suas linhas gerais”.

²⁵⁴ O ac. do TC 23/2006 declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma mais significativa do regime da prescritibilidade do direito de investigação, sem concluir pela inadmissibilidade de todo e qualquer prazo de caducidade. Ora, a erosão da prescritibilidade, em vez da sua eliminação ou invalidação total e imediata, cria alguma insegurança e não propicia a construção de instrumentos aptos a enfrentar iniquidades conexas com a evolução que se está a desenrolar para um sistema em que não há constrangimentos temporais ao reconhecimento judicial da paternidade ou maternidade. O acórdão do Tribunal Constitucional quis apreciar unicamente o art. 1817.º, n.º 1, na redacção da Lei n.º 21/98, de 12 de Maio. No entanto, não esclareceu qual era o destino das normas que alargavam o prazo estabelecido neste preceito, e, que, portanto, dele dependiam, v.g., do art. 1817.º, n.ºs 2, 3 e 4, na mesma redacção. Cf., p.e., REMÉDIO MARQUES, “Caducidade de acção de investigação da paternidade fundada no artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil – Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/04”, *Jurisprudência Constitucional* n.º 4, Out./Dez. 2004, p. 42: a argumentação do acórdão era susceptível de ser estendida às hipóteses em que a caducidade estava condicionada pela incompatibilidade com registo de paternidade ou maternidade já estabelecidos, existência de escrito ou posse de estado.

Ante a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do n.º 1 do art. 1817.º, o ac. do STJ de 14/12/2006, *CJ-S* 2006/III, p. 161, ao abrigo do art. 204.º da CRP, recusou a aplicação dos preceitos dos n.ºs 1 e 4 do art. 1817.º, “na medida em que, directa ou indirectamente, estabelecem o prazo de caducidade de dois anos para a caducidade do direito de investigar”. Embora contrariado pelo ac. do STJ de 3/7/2008, proc. 07B3451 (consultado em <http://www.dgsi.pt>), aquele aresto de 2006 exprimiu a tendência que prevalecia no órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais (o que foi expressamente reconhecido pelo acórdão dissidente de 2008). E o ac. do TC 65/2010 (SOUSA RIBEIRO) veio a julgar inconstitucional, por violação dos artigos 26.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da Constituição, a segunda parte da norma

a imposição de prazos para a investigação da paternidade ou maternidade. Os testes de ADN permitem determinar com grande segurança a maternidade ou a paternidade de uma pessoa, muitos anos após a morte do hipotético progenitor, o que afasta o risco da incerteza das provas. Quanto à caducidade da acção de investigação enquanto instrumento de tutela da segurança jurídica dos herdeiros e de combate da “caça às heranças”, estão em causa argumentos de índole predominantemente patrimonial que não superam o interesse do filho no estabelecimento da respectiva filiação. Por fim, a tutela da segurança do pretense pai está novamente aquém do interesse do filho, em especial num contexto de fiabilidade da prova do parentesco e de prevalência da ideia de responsabilidade parental pelo ser humano que foi gerado.

Num ordenamento como o nosso, em que a acção de investigação da paternidade ou maternidade constitui o meio que assiste ao pretense filho para obter o reconhecimento judicial da sua ascendência biológica, penso que os prazos de caducidade configuram uma restrição desproporcionada do direito à identidade pessoal, mais precisamente do direito à identidade pessoal relativa ou à historicidade pessoal²⁵⁵, consagrado no art. 26º, nº 1, da CRP.

Englobando o direito de constituir família, consagrado no art. 36º, nº 1, da CRP, o direito ao conhecimento e reconhecimento da paternidade e da maternidade²⁵⁶, os prazos de caducidade

constante do n.º 4 do art. 1817.º, na redacção da Lei n.º 21/98, de 12 de Maio, aplicável por força do art. 1873.º, “na medida em que prevê, para a proposição da acção de investigação de paternidade, o prazo de um ano a contar da data em que tiver cessado voluntariamente o tratamento como filho”.

²⁵⁵ Sobre a identidade pessoal relativa, cf. PAULO OTERO, *Personalidade* pp. 63-64, 71-81.

²⁵⁶ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 118-119; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição* p. 813.

das acções de investigação lesam não só o direito à identidade pessoal, mas também o direito de constituir família. Aliás, é, de certa forma, por isto, que o acórdão em apreço detecta uma colisão entre a norma constante do nº 1 do art. 1817º e o art. 36º, nº 1, da CRP.

No entanto, há outra dimensão do direito de constituir família que é atingida pelos prazos de caducidade. A eventual existência de um meio processual, distinto das acções de investigação, destinado a declarar a mera existência de uma ligação biológica²⁵⁷ não chegaria para pôr fim à desconformidade constitucional que assinalamos às normas que prevêm os prazos de caducidade das acções de investigação. Havendo um meio processual que permitisse determinar a paternidade ou maternidade sem introduzir consequências no plano dos direitos e deveres familiares, ficaria certamente garantido o direito ao conhecimento e ao reconhecimento da filiação, que se inscreve nos direitos de identidade pessoal e no direito de constituir família. Todavia, o direito de constituir família não se esgota no conhecimento e reconhecimento da ligação biológica (e na liberdade de procriar). Abrange ainda a vida em família e o regime inerente à qualidade de familiar.

A investigação da paternidade ou maternidade dificilmente assegurará o direito do alegado filho a ter uma vida familiar com o pretense progenitor. Em geral, não é plausível que o pai ou a mãe, que até à acção de investigação recusava admitir a ligação familiar, venha, com a sentença, a aproximar-se do filho e a assumir o papel de pai ou mãe, tal como é socialmente configurado. O

²⁵⁷ Tal como no direito português, trata-se de um meio que não está disponível no direito alemão. Contudo, neste ordenamento, há quem seja favorável, *de iure condendo*, a uma acção que se limite a declarar a paternidade biológica, sem mais repercussões jurídicas na situação dos sujeitos (“rechtsfolgenlose Vaterschaftsfeststellung”): cf., nomeadamente, GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Familienrecht* p. 583; ac. do Tribunal Constitucional alemão de 31/1/1989, *BVerfGE* (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts) 79, 256.

empenho parental na relação de filiação depende sobretudo da vontade e da consciência dos pretensos pais; em princípio, não surge, nem é dinamizado por uma sentença judicial proferida no âmbito de uma acção constitutiva. Contudo, a sentença torna exigível a responsabilidade parental na sua vertente patrimonial, vertente essa que pode ser efectivada apesar da inércia e da resistência daquele que é o pai jurídico. O vínculo de filiação impõe ao pai o dever de prover ao sustento do filho, enquanto ele for menor, não emancipado ou, “na medida em que seja razoável”, enquanto ele não houver completado a sua formação profissional (arts. 1878º, nº 1, e 1880º); e obriga-o a prestar alimentos ao filho, nos termos dos arts. 1874º, nº 2, e 2009º, nº 1, al. c).

No ordenamento português, em que a obrigação de alimentos (definitivos) não vincula uma pessoa pelo simples facto de ela poder ser o progenitor ou de ter contribuído para uma decisão de procriação²⁵⁸, o vínculo jurídico de filiação é fundamental em matéria de alimentos.

²⁵⁸ Ao contrário do que se passa no direito francês ou do que se pode passar nos Estados Unidos da América. No direito francês, qualquer pessoa cuja paternidade não esteja legalmente estabelecida pode exigir alimentos a quem teve relações sexuais com a mãe durante o período legal de concepção (“l’action à fins de subsides”, regulada no art. 342 do *Code civil*). No território norte-americano, os Estados federados podem adoptar a solução proposta na secção 809 do Acto Uniforme de Filiação (*Uniform Parentage Act*). A secção 809 admite que os beneficiários de um contrato de gestação por conta de outrem (ou maternidade de substituição), que não tenham sido reconhecidos como pais jurídicos, sejam responsabilizados pelo sustento da criança que nasceu no seguimento do contrato.

O *Uniform Parentage Act* foi elaborado pela National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, que também o aprovou em 2000, com o objectivo de levar a uma aproximação das legislações dos vários Estados federados norte-americanos relativas ao estabelecimento da filiação. O documento, que sofreu a sua última alteração em 2002 e foi aprovado pela American Bar Association em 2003, pode ser consultado em http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc_frame.htm.

A caducidade da investigação da paternidade ou maternidade obsta ao exercício de direitos familiares, de direitos emergentes da ligação familiar, como o direito a alimentos de fonte legal (a que corresponde, no lado passivo, o dever paternal de sustento ou assistência), tão cuidadosamente protegido pelo legislador²⁵⁹.

Ou seja, a consagração de um prazo de caducidade repugna constitucionalmente²⁶⁰.

Só que a Lei nº 14/2009, de 1 de Abril, recuperou esse prazo, ampliando-o de dois para dez anos²⁶¹.

²⁵⁹ Cf., nomeadamente, o art. 2008º, que exclui a disponibilidade e a penhorabilidade do direito a alimentos, e o art. 1917º, que não dispensa os pais inibidos do exercício do poder paternal do dever de alimentarem o filho.

²⁶⁰ Cf. o sólido estudo de VALE E REIS, *Origens genéticas* pp. 144-216 (em especial, pp. 214-216), 493-494.

²⁶¹ Segundo os presentes na 3ª *Bienal* (pp. 26-27), revelava-se urgente e necessária uma intervenção legislativa, “estabelecendo um prazo de caducidade mais alargado ou não estabelecendo qualquer prazo de caducidade para a investigação da maternidade/paternidade, mas, e à semelhança de outros ordenamentos jurídicos (Macau), determinar a ineficácia patrimonial do estabelecimento da relação de filiação”. O legislador optou pelo primeiro caminho, não se apercebendo de que, com os acórdãos do TC 486/2004 e 23/2006, se tinha atingido “um ponto de não retorno” no caminho do afastamento absoluto de prazos de caducidade do direito de investigar a maternidade e a paternidade (a expressão é de VALE E REIS, “Filho depois dos 20...! Notas ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 486/2004, de 7 de Julho”, *Lex Familiae* nº 3, 2005, p. 134). Efectivamente, considerando que qualquer prazo de caducidade configura uma restrição desproporcionada ao direito à identidade pessoal, o ac. do STJ de 08/6/2010, proc. 1847/08.5TVLSB-A.L.1S.1 (consultado em <http://www.dgsi.pt>), entendeu que é também inconstitucional o novo prazo de investigação estabelecido pela Lei nº 14/2009. E a doutrina insiste (e bem) na necessidade de se eliminar o prazo de caducidade nos casos de investigação de paternidade/maternidade (cf. PAULA TÁVORA VÍTOR, “A propósito da Lei nº 14/2009, de 1 de Abril: breves considerações”, *Lex Familiae* nº 11, 2009, p. 91).

V. Contra a nossa posição, pode dizer-se que a caducidade da investigação impede a reclamação de direitos relativos à herança do pretense pai, dissuadindo a propositura de acções que visam unicamente a exigência tardia de bens materiais. Uma crescente possibilidade de instaurar acções de investigação fora dos prazos estabelecidos no art. 1817º, combinada com o princípio da indivisibilidade do estado, não viria a premiar a litigância destinada a obter benefícios puramente patrimoniais que, ao contrário dos alimentos, não caibam na ideia de responsabilidade parental?

A principal razão que determinou a solução do art. 1817º, nº 1 (pelo qual se circunscreve temporalmente a possibilidade de proposição da acção de investigação) foi evitar o uso da acção de investigação unicamente para alcançar benefícios sucessórios²⁶².

E, na verdade, muitos dos litígios em torno dos prazos atinentes ao reconhecimento judicial da paternidade surgem a propósito de acções de investigação que foram intentadas fora do prazo-regra, estabelecido no referido art. 1817º, nº 1, num cenário em que se sente o peso dos assuntos hereditários nas preocupações das partes.

Sendo o interesse do filho à identidade pessoal superior a considerações éticas de índole patrimonial, que condenam a utilização de uma acção de estado enquanto puro instrumento de “caça à herança”, não haverá uma forma de, cumulativamente, providenciar a satisfação daquele interesse e prevenir a produção de efeitos patrimoniais (não directamente integrados na ideia de responsabilidade parental) conseguidos por uma via censurável?

Em 1999, a Provedoria da Justiça recomendou que a lei fosse alterada no sentido de, “a par da existência de prazo para

²⁶² Cf. GOMES DA SILVA, “O Direito da Família no futuro Código Civil” citado, *supra*, na nota 252, p. 86; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, CC 1817º (3).

propositura de acções com fins patrimoniais, ser consagrada a imprescritibilidade para a propositura das acções de investigação de paternidade/maternidade, desde que os efeitos pretendidos sejam de natureza meramente pessoal²⁶³. Na sequência da posição da Provedoria, foi apresentado um projecto de lei²⁶⁴ que aditava ao art. 1817º um número 7, em que se dispunha: “Desde que os efeitos pretendidos sejam de natureza meramente pessoal, a acção de investigação da maternidade pode ser proposta a todo o tempo.” No entanto, a iniciativa acabou por caducar, mantendo-se inalterada a redacção do art. 1817º, com a modificação que foi introduzida pela Lei nº 21/98, de 12 de Maio.

Seja como for, a mudança legislativa visada não-chegaria para eliminar a inconstitucionalidade das normas do art. 1817º, quando submetidas a uma interpretação declarativa. Como eram conservadas as balizas temporais das acções de investigação, a não ser que o autor renunciasse aos eventuais efeitos patrimoniais decorrentes do estabelecimento da filiação, condicionava-se o exercício do direito à identidade pessoal a uma tomada de posição do respectivo titular no campo patrimonial, o que se não adequava ao relevo hierárquico do direito em apreço. A admissibilidade do reconhecimento da paternidade ou maternidade não pode depender de uma ponderação centrada nos efeitos patrimoniais do vínculo de filiação a constituir. De mais a mais, a alteração legislativa projectada introduzia limitações excessivas às consequências do vínculo de parentesco: a referência aos efeitos patrimoniais excluía, além dos direitos sucessórios, a obrigação de alimentos.

No quadro legal e constitucional vigente, Guilherme de Oliveira, actualmente defensor da imprescritibilidade do direito de investigar,

²⁶³ Recomendação do Provedor de Justiça nº 36/B/99, de 22/12/1999, <http://provedor-ius.pt>.

²⁶⁴ Projecto de Lei nº 92/IX, apresentado pelo Partido “Os Verdes” e publicado no DAR II série A, nº 18, de 4/7/2002, p. 577.

sugere²⁶⁵ que se aplique a figura geral do abuso do direito (art. 334º) para que, em casos extremos, o autor de uma acção de investigação “possa ser tratado como se não tivesse o direito que invoca” – nomeadamente, quando “não pretende mais do que facturarnoseuactivo patrimonial”. A sugestão pode ter, porém, vários inconvenientes: abre uma brecha na alegada imprescritibilidade do direito de investigar, cujo alcance será inicialmente difícil de apurar; remete directamente para a figura geral do abuso do direito, quando talvez fosse plausível lançar mão de possíveis concretizações, o que diminuiria o grau de incerteza; reage ao exercício abusivo do direito paralisando-o totalmente, em vez de permitir a produção de alguns dos seus efeitos, dentro do que fosse aceitável (p.e., se a finalidade do investigador é a mera obtenção de benefícios sucessórios, não bastará negar-lhe tais benefícios, autorizando a constituição do vínculo de filiação?); ao paralisar totalmente o direito de investigar, por causa de uma actuação censurável do investigador, não contempla a posição de terceiros que possam estar legitimamente interessados no estabelecimento da filiação entre o investigador e o pretenso pai (v.g., dos filhos do investigador: o direito à identidade ou historicidade pessoal não se reduz ao conhecimento e reconhecimento do parentesco no 1º grau da linha recta²⁶⁶).

²⁶⁵ Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Caducidade* pp. 12-13 = *Comemorações dos 35 anos* pp. 57-58; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 p. 252.

²⁶⁶ Não obstante o disposto nos arts. 1814º e 1818º. No Brasil, vários juristas entendem que o art. 1606 do Código Civil deste País (igualmente limitativo da legitimidade para intentar e prosseguir a acção de investigação da paternidade) não obsta a que o neto intente em nome próprio uma acção “investigatória de ancestralidade” (cf. BERENICE DIAS, *MDF* pp. 428-430; ROLF MADALENO, *CDF* pp. 377-381).

Tudo ponderado e dado que a posição sucessória legal que é atribuída aos familiares do *de cuius* não cabe nos efeitos característicos do direito de constituir família²⁶⁷, supomos que o melhor caminho será o de uma interpretação que, acentuando o elemento teleológico em detrimento do elemento literal, permita extrair do art. 1817º um sentido compatível com os arts. 26º, nº 1, e 36º, nº 1, da CRP, com o princípio do aproveitamento das disposições legais (implícito no art. 9º, nº 3) e com o princípio da rejeição do exercício inadmissível de situações jurídicas (subjacente ao art. 334º). Os prazos do art. 1817º devem ser observados se o investigador quiser obter benefícios sucessórios do vínculo de filiação. Há que confinar o art. 1817º à disciplina do prazo para a proposição de uma acção de investigação com efeitos sucessórios. Onde se lê, p.e., no nº 1, que “a acção de investigação de maternidade só pode ser proposta durante a menoridade do investigador ou nos dez anos posteriores à sua maioridade ou investigação”, deve subentender-se “para efeitos sucessórios”. Deste modo, a propositura da acção fora dos prazos do art. 1817º não obsta ao estabelecimento da filiação, sendo assegurado, sempre, o exercício do direito à identidade pessoal e do direito de constituir família. E o art. 1817º conserva um sentido útil, que, simultaneamente, se ajusta à motivação principal do legislador do Código Civil de 1966 – dissuadir a “caça à herança paterna” – e traduz uma concretização da figura do abuso do direito.

²⁶⁷ O direito de constituir família funda os efeitos pessoais e patrimoniais da relação familiar *durante a vida* dos respectivos sujeitos, como decorre da problemática da autonomia do Direito das Sucessões perante o Direito da Família, tal como é tratada por PAMPLONA CORTE-REAL, *Relatório* pp. 12-13, e DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, *Introdução geral ao Direito da Família e das Sucessões. Introdução ao Direito da Família. Direito da Filiação e Direito Tutelar*, 3ª ed., Lisboa, AAFDL, 2007, p. 38.

Será uma interpretação razoável à luz do chamado *princípio da indivisibilidade ou unidade do estado*²⁶⁸? Pode alguém ser considerado filho de uma pessoa para uns efeitos e não para outros, v.g., sucessórios? Não implica o *status* a atribuição de todo um complexo, de toda uma massa de situações jurídicas, activas e passivas?

O princípio da indivisibilidade do *status familiae* não deve ser sobrevalorizado. São legítimas derrogações plenamente justificadas²⁶⁹, de que constituem exemplos os arts. 1603º e 1856º. Concebido para evitar a utilização do reconhecimento (voluntário) da paternidade com o objectivo de aquisição de vantagens sucessórias²⁷⁰, é justamente o último artigo que ilustra a viabilidade de uma interpretação do art. 1817º que se desvia da regra da unidade do estado.

A interpretação que se propõe coloca as normas do art. 1817º a salvo de um juízo de inconstitucionalidade: fazer depender os direitos sucessórios do filho da instauração de uma acção de investigação dentro dos prazos deste artigo não colide nem com o direito à identidade pessoal, nem com o direito de constituir família.

Em suma, o art. 1817º, no seu todo, aplicável directamente à maternidade e, por força do art. 1873º, à paternidade, é susceptível de uma interpretação conforme à Constituição: a proposição de uma acção de investigação fora dos prazos nele previstos não impede a obtenção de uma sentença que estabeleça a filiação, obstando somente à relevância do reconhecimento da posição de filho na sucessão legal.

²⁶⁸ Sobre a indivisibilidade como característica do estado de família, cf. EDUARDO DOS SANTOS, *DF* p. 80.

²⁶⁹ Cf. ANTUNES VARELA, *DF* pp. 241-242.

²⁷⁰ Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC* 1856º (2).

VI. O filho menor, interdito ou inabilitado tem direito a alimentos provisórios desde a proposição da acção, contanto que o tribunal considere provável o reconhecimento da paternidade (art. 1821º, aplicado e adaptado *ex vi* do art. 1873º).

De acordo com o art. 1884º, nº 1, o pai não unido pelo matrimónio à mãe do filho é obrigado, desde a data do estabelecimento de paternidade, a prestar-lhe alimentos relativos ao período da gravidez e ao primeiro ano de vida do filho, sem prejuízo das indemnizações a que por lei ela tenha direito. A mãe pode pedir os alimentos na acção de investigação de paternidade e tem direito a alimentos provisórios se a acção foi proposta antes do termo do período de um ano de vida do filho, desde que o tribunal considere provável o reconhecimento da paternidade (art. 1884º, nº 2).

Se a acção de investigação da paternidade for julgada improcedente, não serão restituídas as importâncias recebidas, pelo filho ou pela mãe, a título de alimentos provisórios (cf. art. 2007º, nº 2).

6.7. A averiguação oficiosa da paternidade

I. Recordar-se que a averiguação oficiosa da paternidade não constitui um modo de estabelecer a paternidade fora do casamento, mas uma actividade imposta por lei com o objectivo de conduzir a tal estabelecimento por um dos modos possíveis — a perfilhação ou o reconhecimento judicial.

II. Sempre que seja lavrado o registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida ou sempre que seja eliminada a menção da paternidade dele constante, deve o conservador remeter ao tribunal²⁷¹ certidão integral do registo, a fim de se

²⁷¹ Tribunal de família (art. 82º, nº 1, al. j), da LOFTJ) ou, na sua falta, o tribunal comum.

averiguar officiosamente a identidade do pai (art. 1864º; art. 121º, nºs 1 e 2, do CRC). Contudo, a remessa não tem lugar se, conhecido o nome do pretense pai, o conservador se certificar de que este e a mãe são parentes ou afins em linha recta ou parentes no segundo grau da linha colateral (art. 121º, nº 3, do CRC).

Recebida a certidão pelo tribunal, inicia-se a instrução do processo de averiguação officiosa da paternidade, que tem carácter secreto (cf. arts. 1812º e 1868º) e incumbe ao curador (art. 202º, nº 1, da OTM).

O curador deve proceder às diligências necessárias para identificar o pretense pai (v.g., ouvindo a mãe acerca da paternidade que atribui ao filho) e, havendo indicação da respectiva identidade, deve ouvi-lo em declarações, que serão reduzidas a auto (art. 1865º, nºs 1 e 2; art. 202º, nº 1, da OTM). Se o pretense progenitor confirmar a paternidade, será lavrado termo de *perfilhação* (arts. 207º, da OTM, e 1865º, nº 3). Estabelecida assim a paternidade, o processo termina.

Se o pretense progenitor não confirmar a paternidade²⁷² (ou não puder ser ouvido²⁷³), o tribunal procederá às diligências necessárias para averiguar a viabilidade da acção de investigação de paternidade (art. 1865º, nº 4). Se o juiz²⁷⁴ concluir pela existência de provas seguras da paternidade, ordenará a remessa do processo ao magistrado ao Ministério Público junto do tribunal competente (um tribunal comum), a fim de ser intentada a acção de investigação (art. 1865º, nº 5; art. 205º, nº 1, da OTM). De outro modo, mandará arquivar o processo. O processo será igualmente arquivado se durante a instrução se vier a apurar que a mãe e o pretense pai são parentes ou afins em linha recta ou

²⁷² As declarações prestadas pelo pretense pai que não confirmou a paternidade, durante o processo de averiguação officiosa, não implicam presunção de paternidade nem constituem sequer princípio de prova (arts. 1811º e 1868º).

²⁷³ Cf. FERREIRA PINTO, *Dicionário* p. 366.

²⁷⁴ Cf., *supra*, nota 206.

parentes no segundo grau da linha colateral (art. 1866º, al. a)²⁷⁵; ou se tiverem decorrido dois anos sobre a data do nascimento (art. 1866º, al. b)²⁷⁶.

O despacho de arquivamento admite recurso restrito à matéria de direito, que só pode ser interposto pelo curador (arts. 205º, nº 3, e 206º da OTM).

III. Após o trânsito em julgado do despacho de remessa, cabe ao Ministério Público intentar uma acção officiosa comum de investigação de paternidade. No entanto, o direito português conhece outra categoria de acção officiosa de investigação de paternidade, a investigação com base em processo crime.

Apesar de ser regulada no art. 1867º, que está incluído numa divisão dedicada à averiguação officiosa da paternidade, a investigação com base em processo crime não é precedida pelo processo de averiguação officiosa, nem está, por conseguinte, dependente de um despacho final de viabilidade²⁷⁷. À acção officiosa de investigação de paternidade com base em processo crime não se aplicam os arts. 1864º e 1865º, nem as normas do CRC e da OTM que estão conexas com tais artigos.

²⁷⁵ Numa visão absoluta do direito à identidade pessoal, o art. 1866º, al. a), violaria o art. 26º, nº 1, da CRP. Contudo, a proibição da investigação da filiação incestuosa consubstancia um limite justificado ao referido direito fundamental, em virtude de visar a protecção do filho. Atendendo à carga simbólica negativa do incesto, de um ponto de vista psíquico, é preferível que o indivíduo não esteja certo quanto à sua filiação (cf. PAULA COSTA E SILVA, *ADN* pp. 579-580, nota 3).

²⁷⁶ Na opinião de GUILHERME DE OLIVEIRA (*Filiação* 1866º IV), um prazo tão curto "significará uma cautela e um estímulo: uma cautela do Estado em não onerar os seus agentes com procedimentos dificultados, ou de êxito incerto, pelo envelhecimento das provas; um estímulo no sentido de as entidades competentes não protelarem as diligências e de proporem, sem grande demora, a acção dirigida ao estabelecimento do vínculo". Actualmente, os testes de ADN atenuam a força do argumento do envelhecimento das provas.

²⁷⁷ Cf. COSTA PIMENTA, *Filiação* p. 143. Os elementos para concluir da viabilidade da acção encontram-se já no processo crime.

A investigação com base em processo crime (v.g., de violação) é intentada quando em processo crime se considere provada a cópula em termos de constituir fundamento para a investigação da paternidade e se mostre que a ofendida teve um filho em condições de o período legal da concepção abranger a época do crime (art. 1867º). A acção pode ser instaurada mesmo que tenham decorrido dois anos sobre a data do nascimento.

Sendo a acção oficiosa, comum ou com base em processo crime, procedente, a paternidade *estabeleceu-se por reconhecimento judicial*. O tribunal comunicará a decisão a qualquer conservatória do registo civil, para que seja feito o averbamento da filiação legalmente constituída (art. 78º do CRC).

Sendo a acção oficiosa improcedente, nada obsta a que seja intentada nova acção de investigação de paternidade, ainda que fundada nos mesmos factos (arts. 1813º e 1868º).

Secção III – Constituição da adopção

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 385-410, 413, 421-424, 426-427; Pamplona Corte-Real, *DF* 109-129; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 49-50 e *CDF* II/1 261-298, 302, 306-307, 310-313, 322-325 (Moura Ramos); Duarte Pinheiro, *Adopção* 57-64, 66-68; Antunes Varela, *DF* 106-137, 142, 146-154; Leite de Campos, *DFS* 24-27; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1973º-1985º, 1987º, 1992º-1993º; Helena Bolieiro/Paulo Guerra, *Criança* 311-417; Almeida Ramião, *Adopção* 11-21, 25-49, 56-102; Eliana Gersão, *Adopção* 833-849; Sá Gomes, *Adopção* 69-95, 104-142, 149; João Zenha, *Adopção* 713-751; Clara Sottomayor, *Adopção plena* 191-241; Clara Sottomayor, *Adopção singular* 41-50; Clara Sottomayor, *Lei da Adopção* 113-126, 128; Rui Epifânio/Armando Leandro, *Adopção* 851-859; Ascensão Silva, *Adopção* em particular pp.45-56; Mónica Jardim, “A adopção”, em *Volume Comemorativo* 297-314.

7. Noção e modalidades de adopção

7.1. Noção de adopção

I. O art. 1586º define a adopção como “o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos artigos 1973º e seguintes”. Ora, esta noção não abarca todas as modalidades possíveis de adopção, deixando de fora a adopção restrita. A filiação biológica paradigmática, uma vez legalmente estabelecida, não admite concorrência; na adopção restrita, a filiação adoptiva coexiste com a filiação biológica (cf. art. 1994º). Tendo em conta isto e a conveniência de uma aproximação mais substancial, propõe-se o seguinte conceito de adopção: *vínculo constituído por sentença judicial, proferida no âmbito de um processo especialmente instaurado para o efeito, que, independentemente dos laços de sangue, cria direitos e deveres paternofiliais (em sentido lato) entre duas pessoas*²⁷⁸.

II. Com este sentido, o instituto da adopção assume inegável relevância nas preocupações do poder político, da legislação e da opinião pública. Todavia, é patente o contraste entre tais preocupações e o número de adopções que são decretadas. Em

²⁷⁸ A definição inspira-se na noção da lei portuguesa, no art. 1973º, n.º 1, e na noção que é apresentada por HARRY D. KRAUSE, para o qual a adopção consiste na “voluntary assumption of parental obligations by an individual who usually is not the biological parent of the person adopted” (“Creation of Relationships of Kinship”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. IV, *Persons and Family*, capítulo VI, Tübingen/The Hague-Paris, J.C.B. Mohr/Mouton, 1976, p. 12). A definição, implicando uma sentença judicial, exclui a chamada “adopção à brasileira” (cf. BERENICE DIAS, *MDF* 444-445; ROLF MADALENO, *CDF* pp. 495-496), prática criada pelas pessoas que se declaram perante o Registo Civil como pais de filho biológico de outrem.

2002, foram registadas apenas 363 adopções²⁷⁹, o que correspondia a cerca de 3% das crianças que então se encontravam em centros de acolhimento ou em instituições da Segurança Social²⁸⁰. Apesar das expectativas em torno da Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto, o número de adopções continua a ser escasso²⁸¹.

O abismo entre as intenções e os resultados assenta em vários motivos, nomeadamente históricos. O instituto da adopção é antigo no nosso ordenamento, mas não teve a mesma aceitação

²⁷⁹ Segundo dados provisórios, apurados em 04/06/2003, relativos aos actos de registo civil praticados durante o ano de 2002, que foram consultados em Abril de 2004 no seguinte sítio (*site*) de um serviço do Ministério da Justiça: <http://www.gplp.mj.pt>.

²⁸⁰ De acordo com uma informação do Instituto de Solidariedade e Segurança Social, o número de crianças em centros de acolhimento ou em instituições da Segurança Social ascendia, em Outubro de 2002, a 11.299.

²⁸¹ Em 2005, o Centro de Direito da Família discutiu os resultados de um questionário intitulado "Porque não passamos dos 375?" (cf. *Lex Familiae* n.º 3, 2005, p. 135). No ano seguinte, foi criado o Observatório Permanente do Instituto da Adopção, tendo o respectivo protocolo justificado a iniciativa por ser notória, "apesar dos instrumentos legais disponíveis, a insuficiente agilização dos projectos de adopção" (cf. *Lex Familiae* n.º 5, 2006, p. 137). Em 2007, terá ocorrido um aumento proporcionalmente significativo: segundo a Segurança Social, 584 adopções (http://www.mtss.gov.pt/preview_documentos.asp?r=1568&m=PDF). De qualquer forma, mantém-se uma avaliação negativa do estado da adopção, que é feita quer por cidadãos comuns, quer por magistrados: Cf., p.e., o que escreveu este ano o juiz desembargador RUI RANGEL, Presidente da Associação dos Juizes pela Cidadania: "Os números são eloquentes no falhanço da adopção: só 11% dos jovens acolhidos podem ser adoptados, sendo elevado o número de crianças e jovens (perto de dez mil no final de 2008) que vivem em lares ou famílias de acolhimento. Não esquecendo que cerca de 40% estavam acolhidos há mais de quatro anos. Outro dado preocupante é o relativo ao número de crianças em pré-adopção que regressam às instituições e os tempos médios de permanência no sistema, quer seja em lares, quer seja nas famílias de acolhimento. Variam entre os dois e os cinco anos, o que, só por si, serve para 'matar' a adopção e atenuar a vontade das pessoas que querem adoptar." (jornal *Correio da Manhã*, de 23/5/2009).

social ao longo do tempo²⁸². A partir do séc. XVI entrou em declínio e chegou mesmo a ser abolido pelo Código Civil de 1867. O Código Civil de 1966 voltou a reconhecer o instituto, mas de uma forma tímida. Na verdade, só em 1977, há cerca de trinta anos, é que se iniciou um período de regulamentação menos restritiva da adopção. De então para cá tem-se observado um movimento legislativo contínuo, que visa dignificar e facilitar a adopção²⁸³. Nesse movimento se inserem as alterações legislativas efectuadas em 2003²⁸⁴.

Presentemente, a regulamentação estatal da adopção está espalhada por vários diplomas, entre os quais se contam a Constituição da República Portuguesa²⁸⁵, o Código Civil²⁸⁶, a Organização Tutelar de Menores²⁸⁷, o DL n.º 185/93, de 22 de Maio²⁸⁸, e a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo²⁸⁹.

²⁸² Cf. ASCENSÃO SILVA, *Adopção* pp. 45-56; CAPELO DE SOUSA, "A adopção: constituição da relação adoptiva", *BFDUC*, suplemento XVIII, 1971, pp. 325-347; DULCE ROCHA, "Adopção - um direito para algumas crianças", *RMP* 1997, n.º 70, pp. 125-127; SÁ GOMES, *Adopção* pp. 71-76.

²⁸³ Segundo, CLARA SOTTOMAYOR, *Lei da Adopção* p. 114, trata-se do "instituto mais alterado, no direito da família, desde 1977". Para uma síntese da evolução do regime legal da adopção entre 1966 e 1998, cf. HÖRSTER, "Evoluções legislativas no Direito da Família depois da Reforma de 1977", em *Comemorações dos 35 anos* pp. 63-66, onde se lê que a partir do DL n.º 120/98, de 8 de Maio, deixou de haver um único artigo do Código Civil que tenha preservado a sua redacção originária.

²⁸⁴ Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto, que afectou o Código Civil, a Lei de Protecção, o DL n.º 185/93, de 22 de Maio, e a OTM. Para uma síntese das respectivas soluções, cf. ALMEIDA RAMIÃO, *Adopção* pp. 18-20.

²⁸⁵ Cf. art. 36.º, n.º 7.

²⁸⁶ Cf., além do art. 1586.º, os arts. 1973.º a 2002.º-D.

²⁸⁷ Aprovada pelo DL n.º 314/78, de 27 de Outubro, foi objecto de várias alterações. A última versão da secção relativa ao processo de adopção (arts. 162.º a 173.º-G) foi publicada em anexo à Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto.

²⁸⁸ Cujo art. 15.º foi alterado pela Lei n.º 28/2007, de 2 de Agosto.

²⁸⁹ A referida Lei de Protecção contém várias disposições que versam especificamente a adopção, como sucede com os arts. 11.º, 21.º, 35.º, 38.º-A, 62.º-A, 63.º, 65.º, 68.º, 88.º, 91.º, 104.º e 114.º.

E como se não bastasse a dispersão de diplomas estatais, que leva alguns autores a considerar vantajosa “uma tarefa de sistematização legislativa que pusesse cobro à descoordenação entre fontes que hoje se vislumbra”²⁹⁰, não se podem ignorar as fontes extra-estatais, que contêm regras e princípios aplicáveis à adopção interna no nosso território, como é o caso da Convenção sobre os Direitos das Crianças²⁹¹ e da Convenção Europeia em Matéria de Adopção de Crianças²⁹².

Com base neste vasto conjunto de fontes, é possível alcançar o espírito actual da adopção, tornando compreensível a passagem de uma visão adversa para uma visão favorável ao instituto. Na altura em que o Código de Seabra aboliu a adopção, a figura privilegiava o interesse do adoptante, sendo encarada como um instrumento de continuação da família deste ou de transmissão do seu património. Hoje, o instituto visa o “interesse superior da criança”²⁹³. Aliás, o direito português não admite a adopção de adultos. A adopção é actualmente vista como um instrumento de defesa do interesse do adoptando e do interesse geral de protecção da infância mais desfavorecida²⁹⁴. Daí a sua importância simbólica²⁹⁵. Simbólica, repita-se.

²⁹⁰ JOÃO ZENHA, *Adopção* p. 715.

²⁹¹ Cf., em particular, o art. 21º desta Convenção, que foi feita em Nova Iorque em 20 de Novembro de 1989 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 49/90, de 12 de Setembro (*DR*, I série, nº 211, suplemento, de 12/9/1990).

²⁹² A Convenção, aberta à assinatura a 24 de Abril de 1967, só entrou em vigor na nossa ordem jurídica em 24 de Julho de 1990 (*DR*, I série, de 30/5/1990).

²⁹³ O art. 1974º, nº 1, estabelece que “a adopção visa realizar o interesse da criança”.

²⁹⁴ Cf. MÓNICA JARDIM, “A adopção”, em *Volume Comemorativo* pp. 300-306, que vê “inspiração filantrópica, altruísta ou assistencial” no traçado moderno do instituto da adopção.

²⁹⁵ Vive-se, aliás, no Ocidente contemporâneo aquilo que já se designou como um tempo de “euforia pela adopção” (“Adoptionseuphorie”, termo usado

No imaginário jurídico e popular português, a adopção é um direito da criança privada de um autêntico ambiente familiar. Contudo, apesar dos esforços de flexibilização dos requisitos da adopção e de aceleração do respectivo processo, o instituto parece estar condenado a ter, entre nós, escassa funcionalidade prática²⁹⁶. As alterações que têm sido introduzidas não mudaram, nem pretendiam mudar, o nosso modelo de adopção. Ora, é sobretudo o modelo português de adopção que obsta a um acréscimo significativo do número de adopções²⁹⁷. O nosso modelo assenta inequivocamente na ideia de que a adopção é uma imitação da filiação natural²⁹⁸. Com isto sugere que a filiação adoptiva é secundária, subsidiária, relativamente à filiação biológica. Por isso, a adopção tende a ter carácter excepcional. Excepcionalidade que, no plano jurídico, é confirmada quando a consagração constitucional do instituto da adopção²⁹⁹ é imediatamente precedida

por RAINER FRANK, “Brauchen wir Adoption? – Rechtsvergleichende Überlegungen zu Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Adoption”, *FamRZ* 2000, p. 1697), “euforia” que parece constituir produto de um certo irracionalismo (cf. DUARTE PINHEIRO, *Critério* pp. 10-12).

²⁹⁶ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 pp. 266-268.

²⁹⁷ Cf. ELIANA GERSÃO, *Adopção* p. 840: a aplicação pouco frequente do instituto deve-se a razões profundas e complexas e não às exigências e ao formalismo da lei, ou às atitudes conservadoras e preconceituosas dos magistrados ou dos técnicos sociais, como por vezes se alega. E confesso que não sei até que ponto é adequado afirmar que o cenário que se observa é, alternativamente, fruto da falta de técnicos, da falta de uma regra temporal definida e precisa que permita o encaminhamento para a adopção em tempo útil (HELENA BOLIEIRO, *Adopção* p. 79), ou ... da falta de uma base de dados de crianças para a adopção (apontada no jornal *Diário de Notícias*, de 24/10/2005, como “a razão para os baixos níveis de adopção em Portugal”).

²⁹⁸ Cf. CLARA SOTTOMAYOR, *Qual é o interesse?* p. 58: as “interpretações biologistas da lei” diminuem as perspectivas de adopção.

²⁹⁹ O art. 36, nº 7, da CRP, determina que “a adopção é regulada e protegida nos termos da lei”.

pelo princípio da inseparabilidade dos filhos dos pais, princípio que é aplicável aos pais biológicos e que só conhece a ressalva da separação por decisão judicial quando eles não cumpram os seus deveres fundamentais³⁰⁰.

A visão da adopção como imitação da filiação natural reflecte-se depois na preferência por espécies de adopção que reduzem as possibilidades de constituição do vínculo adoptivo: a adopção plena é tida como superior à adopção restrita e a adopção conjunta é tida como superior à adopção singular; a adopção conjunta por pessoas do mesmo sexo é absolutamente rejeitada. A tudo isto, e na mesma lógica que atribui à adopção a natureza de solução extrema, soma-se a exclusão peremptória da adopção independente ou privada e uma regulamentação fortemente restritiva da adopção internacional.

Um outro modelo de adopção é configurável: um modelo em que a adopção não seja uma filiação de segunda ou um "mal menor", mas uma forma normal de uma pessoa adulta assumir a responsabilidade pela satisfação das necessidades de uma criança³⁰¹. É claro que a mudança de modelo tem os seus riscos (v.g., o mercantilismo da adopção e o sacrifício injustificado da posição dos pais naturais). Não sabemos se, no futuro, o legislador estará disposto a enfrentar esses riscos. E ainda que se produzam alterações legislativas profundas, nada garante o sucesso efectivo da operação. O peso real da adopção é condicionado pela atitude social e cultural³⁰². Por alguma razão, outros países que têm com

³⁰⁰ Cf. art. 36, n.º 6, da CRP.

³⁰¹ Cf. CLARA SOTTOMAYOR, *Adopção singular* pp. 45, 46 e 48.

³⁰² Constitui um lugar-comum a ideia de que, em Portugal, os interessados em adoptar são mais do que as "crianças à espera de serem adoptadas". Ora, não se discute que haja muitas pessoas interessadas em receber em casa, rapidamente e com o mínimo incómodo possível, "um bebé lindo e perfeito". Mas, haverá assim tantos bebés lindos e perfeitos susceptíveis de serem adoptados? E não será natural que a constituição do vínculo adoptivo implique certos

o nosso maiores afinidades sócio-culturais, v.g., a França³⁰³, se regem por um modelo de adopção que não é diferente do que orienta o direito português. E, para concluir, não podemos esquecer que o instituto da adopção foi reabilitado há pouco menos de 30 anos, após cerca de quatro séculos de desconfiança e até de proibição.

7.2. Modalidades de adopção

I. Uma classificação contrapõe a adopção internacional à adopção interna, consoante a adopção implique ou não uma mudança de residência da criança adoptada para outro Estado.

Salvo indicação em contrário, o texto subsequente versa a adopção interna.

II. Sob a epígrafe "espécies de adopção", o art. 1977º, n.º 1, distingue entre adopção plena e adopção restrita, com base no critério dos efeitos.

A adopção plena implica a integração total e exclusiva do adoptado na família do adoptante, isto é, o adoptado adquire a

procedimentos, destinados a acautelar o interesse do menor, ainda que sejam mais ou menos morosos e aborrecidos na perspectiva dos candidatos a adoptantes? Em rigor, no primeiro semestre de 2005, para mais 16 mil crianças institucionalizadas, estavam inscritos apenas 2.473 candidatos (segundo o jornal *Diário de Notícias*, de 24/10/2005). E uma boa parte dos que formalizam a pretensão de adoptar só o fazem depois de terem tentado, sem êxitos, ter filhos por acto sexual ou procriação medicamente assistida (cf. MARIA JOÃO CUNHA, "Adopção: aspectos psicológicos e legais", em Eduardo Sá e outros, *Abandono e Adopção*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 185). Além disso, a sua pretensão não é incondicional: desejam crianças até 3 anos, de raça caucasiana e sem problemas graves de saúde, perfil que exclui um número elevado das crianças institucionalizadas.

³⁰³ Sobre a adopção no direito francês, cf., nomeadamente, CORNU, *La famille* pp. 427-454.

situação de filho do adoptante, extinguindo-se as relações entre o adoptado e a sua família biológica (cf. art. 1986º, nº 1). Mas se uma pessoa casada com cônjuge de sexo diferente adoptar o filho deste mantêm-se as relações entre o adoptado e o cônjuge do adoptante e os respectivos parentes (art. 1986º, nº 2³⁰⁴), solução que é analogicamente aplicável à união de facto heterossexual protegida (*ex vi* do art. 7º da LUF)³⁰⁵.

A adopção restrita traduz-se fundamentalmente na atribuição do poder paternal ao adoptante, conservando-se, no restante, a generalidade dos laços entre o adoptado e a sua família natural (cf. arts. 1994º e 1997º).

III. Quanto ao número de adoptantes, deve distinguir-se entre adopção conjunta (ou plural) e adopção singular. A adopção conjunta é aquela que é feita simultaneamente por duas pessoas. A adopção singular é feita por uma só pessoa.

Entre nós, detecta-se uma preferência prática pela adopção conjunta em detrimento da adopção singular³⁰⁶, o que não deixa

³⁰⁴ Não é permitida a adopção do filho do cônjuge casado com pessoa do mesmo sexo (cf. art. 3º da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio).

³⁰⁵ União de facto *protegida* é aquela que dura há mais de dois anos e não cabe em nenhuma das alíneas do art. 2º da LUF. Todas as referências legais ao “filho do cônjuge do adoptante” aplicam-se analogicamente ao filho do companheiro do adoptante, na união de facto heterossexual, por força do art. 7º da LUF (cf., nomeadamente, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 294-295, 296-297; FRANÇA PITÃO, *Unões* pp. 163-164; ALMEIDA RAMIÃO, *Adopção* pp. 43, 44 e 46). Concretamente sobre a problemática da adopção, plena ou restrita, conjunta ou singular, por membros de uma união de facto, heterossexual ou homossexual, cf. FRANÇA PITÃO, *Unões* pp. 147-169.

³⁰⁶ Cf. CLARA SOTTOMAYOR, *Adopção singular* pp. 41-51. A autora põe em causa a ideia apriorística de que uma família biparental é sempre melhor para o menor, lembrando que “não é o número de pessoas que compõem a família que garante estabilidade à criança mas a qualidade da função parental”. Em contrapartida, cf. a psicóloga MARIA JOÃO CUNHA,

de ser um reflexo da noção legal de adopção. Conceber a adopção como uma imitação da filiação natural privilegia as situações de biparentalidade adoptiva.

8. Requisitos da adopção interna

8.1. Enunciado de requisitos

O vínculo de adopção é constituído por sentença judicial (cf. art. 1973º, nº 1). A sentença que decreta a adopção pressupõe o preenchimento de requisitos quanto ao adoptando, quanto ao adoptante, quanto à relação entre o adoptante e o adoptando e quanto a terceiros.

8.2. Requisitos quanto ao adoptando

Os requisitos da adopção quanto ao adoptando são quatro: conveniência do vínculo, não subsistência de adopção anterior, idade máxima e consentimento.

I. Constitui requisito da adopção a conveniência da constituição do vínculo para o adoptando: a adopção só “será decretada quando presente reais vantagens para o adoptando” (art. 1974º, nº 1).

“Adopção” (obra citada, *supra*, na nota 302) pp. 188-190, que, a certo passo, escreve o seguinte: “Os casos de adopções singulares são sempre considerados como comportando, potencialmente, maiores riscos de insucesso, quando comparados com adopções levadas a cabo por casais. Na base desse maior risco, deparamo-nos com a acrescida responsabilidade que reverte a favor de um só dos pais, que, nestas circunstâncias, se poderá assumir como pai/mãe, e viver uma ilusão de *hermafroditismo*”.

II. O requisito da não subsistência de adopção anterior é imposto pelo art. 1975º: “Enquanto subsistir uma adopção não pode constituir-se outra quanto ao mesmo adoptado, excepto se os adoptantes forem casados um com o outro”. O requisito em apreço impede duas ou mais adopções simultâneas do mesmo adoptando, bem como a adopção sucessiva do mesmo adoptando por pessoas que não estejam ligadas entre si por casamento, ou união de facto protegida, entre pessoas de sexo diferente³⁰⁷, quando não tenha havido extinção da adopção anterior (por morte do adoptante, revisão da sentença de adopção ou revogação da adopção restrita).

III. O requisito da idade máxima do adoptando figura no art. 1980º, nº 2 (aplicável à adopção restrita, por força do art. 1993º, nº 1). Não é permitida a adopção de maiores (nem de menores emancipados). Em regra, o adoptando deve ter menos de 15 anos de idade à data da petição judicial de adopção; “poderá, no entanto, ser adoptado quem, a essa data, tenha menos de 18 anos e não se encontre emancipado quando, desde idade não superior a 15 anos, tenha sido confiado aos adoptantes ou a um deles ou quando for filho do cônjuge do adoptante”³⁰⁸.

IV. O requisito do consentimento decorre dos arts. 1981º, nº 1, al. a), e 1993º, nº 1. Para a adopção é necessário o consentimento do adoptando com mais de 12 anos. Todavia, o tribunal pode

³⁰⁷ O art. 3º da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, impede a aplicação da ressalva do art. 1975º ao casamento homossexual. Todavia, a ressalva aplica-se analogicamente à união de facto heterossexual protegida (cf., *supra*, nota 305).

³⁰⁸ Importa não esquecer: a) que todas as referências legais ao “filho do cônjuge do adoptante” se aplicam analogicamente ao filho do companheiro do adoptante, na união de facto heterossexual, por força do art. 7º da LUF (cf., *supra*, nota 305); b) que o art. 3º da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, não permite a adopção de filho do cônjuge casado com pessoa do mesmo sexo.

dispensar o consentimento do adoptando, se ele estiver privado do uso das faculdades mentais ou se, por qualquer outra razão, houver grave dificuldade em o ouvir (arts. 1981º, nº 3, al. a), e 1993º, nº 1).

8.3. Requisitos quanto ao adoptante

Os requisitos gerais da adopção quanto ao adoptante são cinco: vontade de adoptar, motivos legítimos, idoneidade, idade mínima e idade máxima. No caso específico da adopção conjunta, a lei prevê ainda requisitos quanto à ligação entre adoptantes e quanto à duração dessa ligação.

I. É indispensável que o adoptante tenha vontade de adoptar. A falta do consentimento do adoptante é fundamento de extinção retroactiva da adopção (arts. 1990º, nº 1, al. a), e 1993º, nº 1).

II. A vontade de adoptar deve fundar-se em motivos legítimos (cf. art. 1974º, nº 1). P.e., não se funda em motivos legítimos a decisão de adoptar para obter uma diminuição da carga fiscal suportada pelo adoptante³⁰⁹ ou para evitar o pagamento de imposto sobre futuras transmissões a título gratuito de bens pertencentes ao adoptante, a favor do adoptando³¹⁰.

III. O adoptante deve ter idoneidade para criar e educar o adoptando, requisito implícito no art. 1973º, nº 2, quando se alude ao âmbito do inquérito destinado a instruir o processo de adopção.

³⁰⁹ Cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 397; SÁ GOMES, *Adopção* pp. 79-80.

³¹⁰ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 pp. 271-272.

IV. No que toca ao requisito da idade mínima do adoptante, em regra, é 25 anos, salvo no caso da adopção plena singular, em que tende a ser exigível idade não inferior a 30 anos (arts. 1979º, nºs 1 e 2, e 1992º, nº 1). Se se tratar de adopção plena singular de filho do cônjuge³¹¹, volta a ser suficiente ter mais de 25 anos.

V. Em regra, a idade máxima para adoptar é 60 anos³¹². Só pode adoptar quem não tiver mais de 60 anos de idade à data em que o menor lhe tenha sido confiado, mediante confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção, salvo se o adoptando for filho do cônjuge (arts. 1979º, nºs 3 e 5, e 1992º, nº 2)³¹³.

VI. Na hipótese de adopção conjunta, a lei estabelece requisitos adicionais: os dois candidatos à adopção devem ser de sexo diferente e têm de estar ligados por uma união conjugal, ou por uma união de facto protegida, há mais de quatro anos (cf. art. 1979º, nº 1, interpretado à luz do art. 5º da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio; e art. 7º da LUF). Ou seja, não é permitida a adopção conjunta por pessoas do mesmo sexo no nosso ordenamento, ainda que

³¹¹ Cf., *supra*, nota 308.

³¹² Apesar disso, na prática, as pessoas com idade avançada inferior ao limite máximo têm sido discriminadas nos processos de selecção dos candidatos a adoptantes (cf. CLARA SOTTOMAYOR, *Lei da Adopção* p. 122).

³¹³ Cf., *supra*, nota 308.

Não vigorando a proibição da adopção sucessiva quanto ao mesmo adoptando se os candidatos à adopção forem de sexo diferente e estiverem casados um com o outro (ou ligados por uma união de facto protegida), não é de excluir uma adopção singular por pessoa que à data da confiança tinha idade superior a 60 anos, após uma adopção do mesmo adoptando pelo respectivo cônjuge (ou companheiro). A referência do art. 1979º, nº 5, ao “filho do cônjuge do adoptante” abrange quer o filho biológico, quer o filho adoptivo. Cf. “Relatório da mesa temática relativa à adopção”, em 2ª *Bienal* pp. 39-42.

estejam casadas ou vivam em união de facto (cf. arts. 3º da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, e 7º da LUF)³¹⁴. Aos homossexuais resta, portanto, a adopção singular. Dada a preferência prática que é dada à adopção conjunta³¹⁵, o resultado é um número relativamente limitado de adopções por homossexuais.

O requisito do prazo de duração da união conjugal ou da união de facto vale como elemento comprovativo de uma certa estabilidade do relacionamento entre os candidatos, tida como benéfica para o adoptando, pelo que não obsta à adopção conjunta a situação do casal que, p.e., celebrou casamento apenas há um ano, depois de ter vivido em união de facto durante três anos³¹⁶.

VII. Diferentemente do que acontece com o requisito da idade máxima, a lei não diz em que momento devem estar reunidos os requisitos da idade mínima e do prazo de duração do casamento ou da união de facto dos adoptantes. Decorre, porém, dos arts. 5º e 6º do DL nº 185/93, de 22 de Maio, que a aferição desses requisitos terá de ocorrer no momento em que o candidato

³¹⁴ Sobre a questão da adopção por casais do mesmo sexo, cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 pp. 269 e 270; FERREIRA DIAS, “A adopção de crianças por casais homossexuais: sim, não ou talvez?”, *Lex Familiae* nº 5, 2005, pp. 99-102; CARLA AMADO GOMES, *Filiação* pp. 37-39. Segundo JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS (*Constituição* p. 820), “nada obsta a que o legislador ordinário, com a sua legitimidade democrática, exclua a adopção por casais homossexuais”. Para PAMPLONA CORTE-REAL (*DF* pp. 119-120, 154-155), a proibição do acesso do casal homossexual à adopção, além de ser completamente posta em causa pela possibilidade legal de adopção singular, violenta o princípio da igualdade e da não discriminação em função da orientação sexual. Com opinião semelhante, MARTA COSTA, “As restrições à capacidade de adoptar à luz da Lei Fundamental”, em Diogo Leite de Campos (organizador), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 586-587.

³¹⁵ Cf., *supra*, Parte I, nº 7.2. III.

³¹⁶ Cf. ALMEIDA RAMIÃO, *Adopção* pp. 38-39.

comunica a sua intenção de adoptar ao organismo de segurança social³¹⁷. Recebida a comunicação, o organismo de segurança social profere uma decisão fundamentada sobre a pretensão, que se pode traduzir na rejeição da candidatura. Logicamente, a decisão tem de ter em conta a existência ou ausência de condições legais para adoptar.

8.4. Requisitos quanto à relação entre o adoptando e o adoptante

A lei prevê dois requisitos gerais quanto à relação entre o adoptando e o adoptante: a probabilidade do estabelecimento de um vínculo, entre o adoptante o adoptando, semelhante ao da filiação biológica; a necessidade de um período em que o adoptando tenha estado previamente ao cuidado do adoptante. Na situação específica da adopção plena, acresce um requisito atinente à diferença de idades.

I. Ao abrigo do disposto no art. 1974º, nº 1, a adopção será decretada quando “seja razoável supor que entre o adoptante o adoptando se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação”. À luz deste requisito afigura-se questionável a adopção de um irmão pelo outro, de um neto por avô ou de um membro de uma união de facto pelo outro³¹⁸.

³¹⁷ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 p. 295; ALMEIDA RAMIÃO, *Adopção* p. 38.

³¹⁸ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 p. 272. Cf. 3ª *Bienal*, pp. 44-46, em que se discutiu a possibilidade de os tios poderem adoptar; e 4ª *Bienal* pp. 108-113, em que se debateu uma decisão judicial portuguesa de 2008, decretando a adopção de dois netos por um avô e sua esposa.

II. O art. 1974º, nº 2, consagra a necessidade de um período em que o adoptando tenha estado previamente ao cuidado do adoptante, que seja suficiente para se poder avaliar da conveniência do vínculo. Exceptuando os filhos do cônjuge do adoptante³¹⁹, só podem ser adoptados os menores que tenham sido confiados ao adoptante mediante confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção (art. 1980º, nº 1)³²⁰.

A confiança administrativa resulta de decisão do organismo de segurança social que entregue o menor, com idade superior a seis semanas, ao candidato a adoptante, ou confirme a permanência de menor a seu cargo (art. 8º, nº 2, do DL nº 185/93, de 22 de Maio). A confiança administrativa só pode ser atribuída se, após audição do representante legal e de quem tiver a guarda de direito e de facto³²¹ do menor e, ainda, do menor com idade superior a 12 anos, resultar, inequivocamente, que estes não se opõem a tal decisão (art. 8º, nº 3, do DL nº 185/93, de 22 de Maio). Estando pendente processo de promoção e protecção ou tutelar cível, é ainda necessário que o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou do organismo de segurança social, considere que a confiança administrativa corresponde ao interesse do menor.

A confiança judicial é atribuída pelo tribunal, nos termos do art. 1978º, nº 1, a requerimento das pessoas e entidades mencionadas nos nºs 5 e 6 do mesmo artigo. Na confiança judicial, o tribunal, com vista a futura adopção, confia o menor a casal, a pessoa singular ou a instituição quando não existam ou se encontrem

³¹⁹ Cf., *supra*, nota 308.

³²⁰ Sobre estas três confianças e mais duas, cf. DUARTE PINHEIRO, *Confiança* pp. 73-75.

³²¹ Considera-se que tem a guarda de facto quem, nas situações previstas nos arts. 1915º e 1918º, e não havendo qualquer decisão judicial nesse sentido, vem assumindo com continuidade as funções essenciais próprias do poder paternal (art. 8º, nº 5, do DL nº 185/93, de 22 de Maio).

seriamente comprometidos os vínculos afectivos próprios da filiação, pela verificação objectiva de qualquer das seguintes situações³²²: a) se o menor for filho de pais incógnitos ou falecidos; b) se tiver havido consentimento prévio para a adopção; c) se os pais tiverem abandonado o menor; d) se os pais, por acção ou omissão, mesmo que por manifesta incapacidade devida a razões de doença mental, puseram em perigo grave a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento do menor³²³; e) se os pais do menor acolhido por um particular ou por uma instituição particular tiverem revelado manifesto desinteresse pelo filho, em termos de comprometer seriamente a qualidade e a continuidade daqueles vínculos, durante, pelo menos, os três meses que precederam o pedido de confiança³²⁴.

Na verificação das situações em apreço, o tribunal deve atender prioritariamente aos direitos e interesses do menor (art. 1978º, nº 2). Ao lado dos fundamentos objectivos de várias alíneas do art. 1978º, nº 1, há que provar que, de facto, não existem ou estão seriamente comprometidos os vínculos afectivos próprios da filiação³²⁵.

³²² “Cada uma das alíneas pode ser activada, no caso concreto, sozinha ou acompanhada de qualquer uma outra, podendo uma funcionar para a situação da mãe e outra para o pai, sem se exigir que ambos os progenitores preencham, concomitante e pluralmente, cada uma delas” (PAULO GUERRA, “Confiança para futura adopção: acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Novembro de 2004”, *Lex Familiae* nº 4, 2005, p. 125).

³²³ Considera-se que o menor está em perigo nas situações previstas pelo art. 3º da Lei de Protecção (cf. remissão do art. 1978º, nº 3).

³²⁴ Sobre a (ir)relevância da insuficiência económica dos pais enquanto situação que legitima a confiança com vista a futura adopção, cf. DUARTE PINHEIRO, *Confiança* pp. 75 e s.

³²⁵ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 p. 278; HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* p. 350 (“nenhuma confiança judicial pode ser decidida no sentido da procedência sem que a verificação do comprometimento dos vínculos próprios da filiação seja autonomamente feito).

A confiança com fundamento nas situações das als. a), c), d) e e) não pode ser decidida se o menor se encontrar a viver com ascendente, colateral até ao 3º grau ou tutor e a seu cargo, salvo se aqueles familiares ou o tutor puserem em perigo, de forma grave, a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação, ou se tribunal concluir que a situação não é adequada a assegurar suficientemente o interesse do menor (art. 1978º, nº 4).

A medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção, que é também decretada pelo tribunal (art. 38º da Lei de Protecção), aplica-se quando se verifique alguma das situações previstas no art. 1978º e consiste na colocação da criança ou do jovem em perigo sob a guarda de candidato seleccionado para a adopção pelo competente organismo de segurança social (art. 38º-A da Lei de Protecção).

O art. 1974º, nº 2, não fixa um período mínimo para o adoptando estar ao cuidado do adoptante. Esse prazo, que se inicia com a confiança judicial, administrativa ou medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção, coincide com o período de pré-adopção, pelo que não deve ser superior a seis meses (arts. 9º, nºs 1 e 2, e 10º, nº 1, do DL nº 185/93, de 22 de Maio)³²⁶.

III. No caso de adopção plena, prevê-se que, em princípio, a diferença de idades entre o adoptante e o adoptando não seja superior a 50 anos (art. 1979º, nºs 3, 4 e 5³²⁷).

O art. 1976º impõe um último requisito quanto à relação entre o adoptando e o adoptante, se entre eles existir vínculo de tutela ou de administração legal de bens: o tutor ou administrador

³²⁶ Cf. ALMEIDA RAMIÃO, *Adopção* p. 26.

³²⁷ O nº 5 aplica-se, directamente, quando o adoptando for filho do cônjuge casado com pessoa de sexo diferente e, analogicamente, quando o adoptando for companheiro do adoptante, numa união de facto heterossexual protegida: cf., *supra*, nota 308.

legal de bens só pode adoptar o menor depois de aprovadas as contas da tutela ou da administração de bens e saldada a sua responsabilidade.

8.5. Requisitos da adopção quanto a terceiros

Os requisitos da adopção quanto a terceiros incluem os requisitos quanto aos familiares do adoptante e quanto aos parentes e ao tutor do adoptando.

I. Os requisitos quanto aos familiares do adoptante são dois: é preciso que a adopção não envolva sacrifício injusto para os outros filhos do adoptante (art. 1974º, nº 1); e é necessário que o cônjuge do adoptante não separado de pessoas e bens dê o seu consentimento para a adopção (arts. 1981º, nº 1, al. b), e 1993º, nº 1). Em conexão com o primeiro requisito, o juiz deverá ouvir os filhos do adoptante com mais de 12 anos (arts. 1984º, al. a), e 1993º, nº 1).

II. Os requisitos da adopção quanto aos parentes e ao tutor do adoptando são igualmente dois: exigência do consentimento para a adopção, prestado pelo tutor e por certos parentes do adoptando; audição de alguns parentes do adoptando cujo consentimento para a adopção não é necessário.

De acordo com o art. 1981º, nº 1, als. c) e d), para a adopção, é necessário o consentimento: dos pais do adoptando, ainda que menores e mesmo que não exerçam o poder paternal, desde que não tenha havido confiança judicial nem medida de promoção e protecção de confiança a pessoa ou a instituição com vista a futura a adopção; ou do ascendente, do colateral até ao 3º grau ou do tutor quando, tendo falecido os pais do adoptando, tenha este a seu cargo e com ele viva.

O consentimento para a adopção tem de ser prestado perante o juiz e pode ser dado independentemente da instauração do

processo de adopção³²⁸ e sem identificação do adoptante (arts. 1982º, nºs 1 e 2, e 1993º, nº 1).

O consentimento é irrevogável, como resulta da alteração introduzida ao art. 1983º pela Lei nº 31/2003, de 22 de Agosto, que eliminou a referência à possibilidade de revogação do consentimento para a adopção.

O consentimento caduca se, no prazo de três anos, o menor não tiver sido adoptado nem confiado mediante confiança administrativa, judicial ou medida de promoção e protecção de confiança a pessoa ou instituição com vista a futura adopção (arts. 1983º e 1993º, nº 1).

O juiz deverá ouvir os ascendentes ou, na sua falta, os irmãos maiores do progenitor falecido, se o adoptando for filho do cônjuge do adoptante e o seu consentimento não for necessário, salvo se estiverem privados das faculdades mentais ou sé, por qualquer outra razão, houver grave dificuldade em os ouvir (arts. 1984º, al. b), e 1993º, nº 1).

8.6. Requisitos da adopção quanto a terceiros (cont.): o consentimento dos pais do adoptando

I. No domínio dos requisitos da adopção quanto a terceiros, é de sublinhar a exigência do consentimento para a adopção, por parte dos pais do adoptando, feita pelo art. 1981º, nº 1, al. c).

O consentimento da mãe para a adopção não pode ser prestado antes de decorridas seis semanas após o parto (arts. 1982º, nº 3, e 1993º, nº 1). Se o consentimento dos pais do adoptando tiver sido dado e dele não resultar inequivocamente qual o tipo de adopção para que foi concedido, entender-se-á que o foi para a adopção restrita (arts. 1982º, nº 1, e 1993º, nº 2).

³²⁸ Cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* pp. 113-114, para o qual carece de sentido a figura do consentimento prévio dos pais biológicos.

II. Apesar de tudo, não se pode dizer que o direito português tenha seguido um sistema voluntário, isto é, um sistema em que a adopção dependa exclusiva ou predominantemente do consentimento dos pais biológicos. A lei prevê um conjunto vasto de situações em que tal consentimento não é exigido (cf. arts. 1981º, nº 3³²⁹, e 1993º, nº 1). É o que sucede, p.e., quando os pais tenham abandonado o menor, quando, por causas objectivas ou subjectivas, tenham posto em perigo grave a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento do filho, ou quando tenham revelado manifesto desinteresse por ele.

8.7. Observações finais

Finda a análise dos requisitos para a adopção, torna-se nítido que são muitos e que nem sempre são desenhados de forma a contribuir para uma aplicação flexível, mais adequada, do instituto da adopção³³⁰. Além disso, é algo excessivo o conjunto de requisitos impostos para a adopção restrita³³¹, uma modalidade que produz efeitos limitados e que, uma vez decretada, é susceptível de ser revogada quando seja contrária ao interesse do menor (cf. art. 2002º-C).

9. O processo de adopção interna

I. O processo de adopção, que é secreto (art. 173º-B da OTM), assume ao mesmo tempo carácter administrativo e judicial. Não obstante ter sido revisto pela Lei nº 31/2003, de 22 de Agosto,

³²⁹ Note-se que o art. 1981º, nº 3, estabelece casos em que o tribunal pode dispensar o consentimento não só dos pais como de outras pessoas.

³³⁰ Cf., neste sentido, JOÃO ZENHA, *Adopção* p. 738; PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* p. 115.

³³¹ Cf. ELIANA GERSÃO, *Adopção* p. 844, nota 38.

o processo continua a ser criticado pela sua complexidade burocrática e rigidez³³².

II. A primeira fase do processo de adopção, que tem natureza exclusiva ou predominantemente administrativa, inicia-se com a apresentação da candidatura a adoptante perante um organismo de segurança social³³³ (art. 5º, nº 1, do DL nº 185/93, de 22 de Maio). Em seguida, o organismo de segurança social procede ao estudo da pretensão do candidato a adoptante no prazo de seis meses, estudo que incide, nomeadamente, sobre a personalidade, a saúde, a idoneidade para criar e educar o menor, a situação familiar e económica do candidato e as razões determinantes do pedido de adopção (art. 6º, nºs 1 e 2, do DL nº 185/93, de 22 de Maio). Concluído o estudo, o organismo de segurança social profere decisão fundamentada sobre a pretensão e notifica-a ao interessado, que pode recorrer para o tribunal (competente em matéria de família e de menores da área da sede do organismo da segurança social) da decisão que rejeite a candidatura, recuse a entrega do menor ao candidato ou não confirme a permanência do menor a seu cargo (cf. arts. 6º, nº 3, e 7º do DL nº 185/93, de 22 de Maio). Se a decisão for favorável ao candidato, este toma o menor (que não seja filho do cônjuge, ou do companheiro, numa ligação sempre heterossexual) a seu cargo, com vista a futura adopção, mediante confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção.

No caso de confiança administrativa, o organismo de segurança social deve comunicar, em cinco dias, ao Ministério Público a decisão relativa à confiança administrativa e os respectivos

³³² Cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *Anexo* p. 55.

³³³ Sobre a intervenção dos organismos de segurança social no processo de adopção, cf. HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* pp. 332-341.

fundamentos, e efectuar as comunicações necessárias à conservatória do registo civil, para efeitos de preservação do segredo de identidade previsto no art. 1985º (art. 8º, nº 6, als. a) e b), do DL nº 185/93, de 22 de Maio).

A confiança judicial é decidida pelo tribunal de família e de menores (art. 146, al. c), da OTM) ou, na sua falta, pelo tribunal comum, no âmbito de um processo tutelar cível, que vem regulado nos arts. 164º a 167º da OTM³³⁴.

A medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção é decretada no âmbito de um processo judicial de promoção dos direitos e protecção das crianças e jovens em perigo, regulado nos arts. 100º e s. da Lei de Protecção; dura até ser decretada a adopção, não está, normalmente, sujeita a revisão³³⁵ e impede os pais biológicos de visitarem a criança (art. 62º-A, nºs 1 e 2, da Lei de Protecção).

A decisão de confiança judicial e a aplicação da medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção implicam a suspensão dos processos de averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade do menor (art. 173º-F da OTM) e a inibição dos pais biológicos do exercício do poder paternal (art. 1978º-A). À semelhança do que ocorre na hipótese de confiança administrativa, devem ser efectuadas as comunicações necessárias à conservatória do registo civil, para efeitos de preservação do segredo de identidade previsto no art. 1985º³³⁶.

Decidida a confiança administrativa, a confiança judicial ou a confiança a pessoa seleccionada para a adopção, inicia-se o período de pré-adopção, em que o organismo de segurança social

³³⁴ O processamento da acção de confiança judicial é tratado extensamente por HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* pp. 352-372.

³³⁵ Cf., *infra*, Parte II, nº 4.6. III.

³³⁶ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 p. 289; ALMEIDA RAMIÃO, *Adopção* pp. 67 e 71.

procede ao acompanhamento da situação do menor durante um período não superior a seis meses e à realização do inquérito referido no art. 1973º, nº 2 (art. 9º, nº 1, do DL nº 185/93, de 22 de Maio). Todavia, no caso de o adoptando ser filho do cônjuge, ou do companheiro, do adoptante (numa união heterossexual), o período de pré-adopção não pode exceder três meses, começando a seguir à comunicação da candidatura (art. 13º, nº 1, do DL nº 185/93, de 22 de Maio).

Quando considere verificadas as condições para ser requerida a adopção, ou decorrido o período de pré-adopção, o organismo de segurança social elabora, em 30 dias, o relatório do inquérito (art. 9º, nº 2, do DL nº 185/93, de 22 de Maio). O organismo de segurança social deve notificar o candidato a adoptante do resultado do inquérito, fornecendo-lhe cópia do relatório (art. 9º, nº 3, do DL nº 185/93, de 22 de Maio). Após a notificação ou terminado o prazo de elaboração do relatório, o candidato pode apresentar uma petição de adopção (art. 10º, nº 1, do DL nº 185/93, de 22 de Maio), com a qual se inicia a fase propriamente judicial do processo de adopção.

III. O processo judicial de adopção, cuja tramitação é regulada pelos arts. 168º a 172º da OTM³³⁷, corresponde a um processo tutelar cível da competência do tribunal de família (art. 82º, nº 1, al. c), da LOFTJ), onde o haja, ou ao tribunal comum.

Os procedimentos legais visando a averiguação e a investigação da maternidade ou paternidade não revestem carácter de prejudicialidade face ao processo de adopção e respectivos procedimentos preliminares, bem como face ao processo de promoção e protecção de confiança (art. 173º-F, nº 1, da OTM). O incidente de prestação do consentimento prévio para a adopção,

³³⁷ Cf. uma descrição esquemática da tramitação em HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* pp. 387-390.

o processo de confiança judicial e o processo de promoção e protecção no qual haja sido aplicada medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista adopção são apensados ao processo de adopção (arts. 162º, nº 4, 165º, nº 4, e 173º-G da OTM). O processo de adopção, bem como os processos relativos ao consentimento prévio e à confiança judicial, são de natureza urgente, correndo em férias judiciais (art. 173º-D da OTM).

Junto o relatório do inquérito realizado pelo organismo de segurança social, feita a audição do adoptante e de outras pessoas, efectuadas as diligências requeridas ou julgadas convenientes e ouvido o Ministério Público, o juiz decretará a adopção, se estiverem reunidos os respectivos pressupostos legais.

Apesar de o vínculo adoptivo ser formalmente constituído por sentença judicial, não se pode negar o peso da decisão administrativa, seja por força da fase prévia à fase judicial propriamente dita, seja por força da influência do relatório do organismo social, que tem necessariamente de constar no processo judicial.

A adopção decretada, sujeita a registo civil obrigatório (art. 1º, nº 1, al. c), do CRC), é averbada ao assento de nascimento (art. 69º, nº 1, al. d), do CRC). A adopção plena pode ser integrada no texto do assento a que tenha sido averbada, mediante a realização de novo assento de nascimento (art. 123º, nº 1, do CRC).

10. Particularidades da adopção plena

10.1. A proibição de constituição e prova do vínculo de filiação biológica

I. O art. 1987º prescreve que depois de decretada a adopção plena não é possível estabelecer a filiação natural do adoptado nem fazer a prova dessa filiação fora do processo preliminar de casamento.

II. Apesar do teor daquela disposição legal, a prova da filiação biológica daquele que foi adoptado plenamente é admissível na acção de nulidade ou anulação do casamento, intentada com fundamento num dos impedimentos previstos nas als. a), b) e c) do art. 1602º.

O art. 1987º, na parte que determina que não é possível fazer prova da filiação natural, fora do processo preliminar de casamento, depois de decretada a adopção plena, tem de ser alvo de interpretação restritiva. O art. 1603º, nº 1, aplica-se na totalidade à filiação biológica daquele que foi adoptado plenamente. Outra conclusão seria chocante: celebrado o casamento, p.e., entre uma pessoa adoptada plenamente e o seu pai natural, a ligação biológica, não detectada no processo preliminar de casamento, não poderia ser invocada para se conseguir a invalidação da constituição do vínculo matrimonial.

III. Se bem que a proibição da constituição e prova do vínculo de filiação biológica, após a criação do vínculo de adopção plena, se afigure coerente com o carácter exclusivo³³⁸ e a irrevogabilidade³³⁹ desta modalidade de adopção, a constitucionalidade da solução legal não é isenta de dúvidas. Na opinião de um prestigiado especialista do Direito da Filiação³⁴⁰, aquela proibição, impedindo a investigação da maternidade ou paternidade pelo adoptado, não se justifica inteiramente com base no princípio da protecção da adopção (art. 36º, nº 7, da CRP), pelo que parece configurar uma restrição desproporcional dos direitos fundamentais à identidade

³³⁸ Nos termos do art. 1986º, nº 1, com a adopção plena extinguem-se "as relações familiares entre o adoptado e os seus ascendentes e colaterais naturais".

³³⁹ Cf. art. 1989º.

³⁴⁰ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Paternidade* pp. 489-495; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF II/1* pp. 302-303.

pessoal e à constituição da família (arts. 26º, nº 1, 36º, nº 1, e 18º, nº 2, da CRP)³⁴¹.

10.2. O segredo da identidade

I. A identidade do adoptante não pode ser revelada aos pais biológicos do adoptado, salvo se aquele declarar expressamente que não se opõe a essa revelação (art. 1985º, nº 1, com concretizações no art. 214º, nºs 2 e 3, do CRC, e no art. 173º-C da OTM)³⁴².

A regra supletiva do segredo da identidade do adoptante perante os pais biológicos do adoptado destina-se a proteger os pais adoptivos de interferências dos pais biológicos.

II. Decorre do art. 1985º, nº 2³⁴³, que a identidade dos pais biológicos não é revelada nem ao adoptado nem ao adoptante, apenas quando aqueles se tenham oposto, mediante declaração expressa, a que a sua identidade seja revelada ao adoptante.

O segredo da identidade dos pais biológicos visa proteger a sua privacidade, não correspondendo a um meio de defesa do interesse dos adoptantes ou da estabilidade da família adoptiva.

³⁴¹ Outra é a opinião de VALE E REIS, *Origens genéticas*, p. 316: "No caso particular do artigo 1987º, as proibições de investigação nele contidas estão ao serviço da tutela do instituto da adopção, também ela um valor constitucionalmente garantido no nº 7 do artigo 36º da CRP, pelo que a restrição legal ainda pode considerar-se dentro dos parâmetros constitucionalmente definidos para uma interferência desse teor".

³⁴² Por conseguinte, os pais biológicos não devem intervir no processo de adopção, que não está submetido ao princípio do contraditório (cf. 4ª Bienal pp. 89-90).

³⁴³ Cf., no domínio registal, os arts. 213º, nºs 2 e 3, e 214º, nº 2, do CRC, e, no domínio do processo de adopção, o art. 173º-C da OTM.

Embora a letra do art. 1985º, nº 2, aluda ao adoptante e não ao adoptado, a solução em apreço é extensível a este, porque a finalidade da norma – a protecção da privacidade dos pais biológicos – seria frustrada se o segredo de identidade dos pais originários pudesse ser quebrado a pedido do filho³⁴⁴.

É difícil conciliar o segredo da identidade dos pais biológicos perante o adoptado com os direitos fundamentais à identidade pessoal e genética do ser humano (consagrados no art. 26º, nºs 1 e 3, da CRP)³⁴⁵.

No entanto, é pacífico que o interesse dos pais biológicos na manutenção do segredo da identidade não prevalece sobre o interesse em evitar a celebração de casamentos incestuosos: a filiação biológica do adoptado é sempre mencionada nas certidões destinadas a instruir processos de casamento (art. 213º, nº 3, do CRC).

³⁴⁴ Neste sentido, CLARA SOTTOMAYOR, *Adopção plena* p. 222. Contra, VALE E REIS, *Origens genéticas* pp. 300-301 (o art. 1985º não é incompatível com o acesso do adoptado à identidade da sua progeneritura); JOÃO ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "O direito a conhecer as origens na adopção", *Lex Familiae* nº 8, 2007, pp. 65-86 [em especial, p. 86, "o adoptado tem sempre o direito de, nos termos do nº 2 do artigo 213º do Código do Registo Civil, conjugado com o nº 2 do artigo 1985º do Código Civil (na nossa interpretação deste artigo, que vai no sentido de abranger apenas os pais adoptivos), solicitar expressamente certidão narrativa extraída do seu assento de nascimento que mencione a filiação natural!"].

³⁴⁵ Cf., com posição semelhante, CLARA SOTTOMAYOR, *Adopção plena* pp. 222-223. Dada a interpretação que faz do art. 1985º (cf. *supra*, nota 344), para VALE E REIS tal problema não se põe, encontrando-se o ordenamento jurídico português incluído "no seio daqueles que garantem directamente o direito do adoptado ao conhecimento da identidade dos pais biológicos" (*Origens genéticas* p. 306).

11. A adopção internacional

A Convenção da Haia sobre a Protecção das Crianças e a Cooperação em Matéria de Adopção Internacional³⁴⁶ entrou em vigor, no nosso território, em 2004.

De qualquer modo, há muito que Portugal dispõe de uma legislação marcada pelo espírito da referida Convenção³⁴⁷: tal como a Convenção, que afirma ter por objecto a prevenção do rapto, da venda ou do tráfico de crianças (art. 1º, al. d), desta fonte extra-estatal), a legislação portuguesa (cf. arts. 14º e s. do DL nº 185/93, de 22 de Maio) é muito restritiva.

11.1. A adopção internacional de menores residentes em Portugal

I. A adopção internacional de menores residentes em Portugal está subordinada ao princípio da subsidiariedade: a colocação de menores no estrangeiro só é permitida quando seja inviável a adopção em Portugal (art. 15º do DL nº 185/93, de 22 de

³⁴⁶ A Convenção, feita na Haia em 29 de Maio de 1993, foi ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 7/2003, de 25 de Fevereiro. O respectivo texto foi publicado em anexo à Resolução da Assembleia da República nº 8/2003, DR I série-A, de 25/2/2003. O instrumento de ratificação foi depositado em 19 de Março de 2004, pelo que a Convenção entrou em vigor no território português em 1 de Julho de 2004 (art. 46º, nº 2, al. a), da mesma Convenção). Nos termos do art. 2º, nº 2, da Convenção, o acto “abrange apenas as adopções que estabeleçam um vínculo de filiação”, subentenda-se, de filiação idêntica à biológica. De fora do seu campo de regulação ficam as adopções restritas (igualmente, ALMEIDA RAMIÃO, *Adopção* p. 84).

³⁴⁷ E até de um acto, o Decreto Regulamentar nº 17/98, de 14 de Agosto, que, em obediência aos princípios orientadores em matéria de adopção internacional, consagrados na Convenção sobre a Protecção de Menores e a Cooperação em Matéria de Adopção Internacional, define os pressupostos para o exercício da actividade mediadora no domínio da adopção internacional.

Maio)³⁴⁸ e desde que se verifiquem cumulativamente os requisitos enumerados no art. 16º do DL nº 185/93, de 22 de Maio.

II. A decisão estrangeira que decrete a adopção de menor nacional tem de ser revista em Portugal, a pedido dos adoptantes, no prazo de três meses a contar do trânsito de julgado, ou a requerimento do Ministério Público, uma vez excedido esse prazo (art. 22º do DL nº 185/93, de 22 de Maio).

11.2. A adopção internacional de menores residentes no estrangeiro

A adopção internacional de menores residentes no estrangeiro está sujeita a um procedimento que rejeita a adopção independente ou privada e implica a intervenção de autoridades de dois Estados, o Estado de residência do menor e o Estado de residência do adoptante (cf. arts. 23º e s. do DL nº 185/93, de 22 de Maio). As exigências deste procedimento obstam à adopção internacional de menores em países onde é escassa ou nula a organização do Estado³⁴⁹, países onde justamente as crianças enfrentam maiores riscos e maiores dificuldades de subsistência. Além disso, o procedimento da adopção internacional duplica o número de entidades que apreciam a pretensão do adoptante e que acompanham o processo de adopção.

³⁴⁸ O princípio da subsidiariedade foi, porém, atenuado pela Lei nº 28/2007, de 2 de Agosto, que aditou ao art. 15º do DL nº 185/93 um nº 3, no qual se aceita a adopção no estrangeiro, ainda que se mostre viável a adopção em Portugal, “se o menor for da nacionalidade do candidato a adoptante ou filho do cônjuge deste ou se o interesse do menor aconselhar a adopção no estrangeiro”.

³⁴⁹ Idêntica crítica é feita, à Convenção da Haia sobre a Protecção das Crianças e a Cooperação em Matéria de Adopção Internacional, por LAROCHE-GISSEROT, *L'adoption* pp. 1120-1121.

Se a adopção internacional de menores residentes no estrangeiro tiver sido decretada no país de origem do menor, a decisão estrangeira terá de ser objecto de revisão em Portugal, a pedido dos adoptantes, no prazo de três meses a contar da data do trânsito em julgado, ou, posteriormente, a requerimento da “autoridade central” portuguesa³⁵⁰ (art. 26º do DL nº 185/93, de 22 de Maio).

Não obstante o carácter restritivo da regulamentação, há uma crescente difusão desta modalidade de adopção em Portugal³⁵¹ e noutros países, v.g., em Espanha.

Secção IV – Estabelecimento da filiação, no caso de procriação medicamente assistida

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 235-238; Pamplona Corte-Real, *DF* 131-149; Leite de Campos, *DFS* 327-333 e *Procriação* 73-86; Duarte Pinheiro, *Procriação* 753-785 e *Mãe portadora* 323-344; Oliveira Ascensão, *Procriação* 645-676 e *A Lei nº 32/06 977-1006*; Pamplona Corte-Real, *Procriação* 347-366; Tiago Duarte, *In vitro*; Paulo Otero, *Personalidade*; Fernando Araújo, *Procriação*; Antunes Varela, *Inseminação*; Francisco Aguilar, *Dignidade* 655-713; Paula Marinho da Silva, *Procriação*; Remédio Marques, *Procriação* 31-58; Alice Feiteira, *Princípios* 253-258.

³⁵⁰ Que segundo o art. 29º, nº 1, al. b), do DL nº 185/93, de 22 de Maio, seria a Direcção-Geral da Acção Social.

³⁵¹ Em 2000, o número de candidatos residentes em Portugal para adopção de crianças oriundas do estrangeiro era 6; e era 2 o número de crianças oriundas do estrangeiro em pré-adopção ou adoptadas; em 2007, o primeiro número passou para 34 e o segundo para 12. Estes dados estatísticos figuram em HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* p. 407.

12. A procriação medicamente assistida

12.1. Noção de procriação medicamente assistida

I. O tratamento do tema do estabelecimento da filiação, no caso de procriação medicamente assistida (PMA), exige um conhecimento prévio desta espécie de procriação e das questões fundamentais que suscita.

A PMA agrupa o conjunto de técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a intervenção do acto sexual³⁵², sendo ainda definida como o “método de causar gravidez sem ser através do coito”³⁵³.

II. No âmbito destas técnicas independentes da prática de cópula, devem separar-se os processos de procriação sexuada dos processos de procriação assexuada. Os processos de procriação sexuada pressupõem o recurso a dois componentes genéticos, um de uma pessoa do sexo masculino e outro componente de uma pessoa de sexo feminino. Mais precisamente, recorre-se a gâmetas ou células reprodutoras, ao espermatozóide e ao óvulo ou ovócito.

Os processos de procriação assexuada são aqueles que podem ser efectuados com o recurso apenas a um componente genético, que tanto pode ser proveniente de uma pessoa do sexo feminino como do sexo masculino. No seio destes processos, destaca-se a clonagem reprodutiva humana, na qual um óvulo previamente desnucleado (privado da sua informação genética) é “fertilizado” com uma célula não genital que possua todos os cromossomas necessários para dar origem a um ser humano (p.e., uma célula mamária, intestinal ou estomacal). O embrião resultante da

³⁵² Cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 235.

³⁵³ Cf. art. 1, secção 104, nº 2, do Acto Uniforme de Filiação norte americano (*Uniform Parentage Act*), citado, *supra*, na nota 258.

introdução da célula somática no óvulo desnucleado é transferido para o útero de uma pessoa, culminando o processo com o nascimento de uma criança que reproduzirá, quase fielmente, aquela pessoa que forneceu a célula somática³⁵⁴.

Os processos de procriação assexuada, como a clonagem, levantam problemas muito particulares, que são distintos daqueles que são originados pela utilização dos outros processos de PMA. No plano ético e jurídico, basta referir, por exemplo, a dificuldade de harmonizar a clonagem com o direito à individualidade e à unicidade da pessoa humana³⁵⁵.

A Lei nº 32/2006, de 26 de Julho (LPMA) proíbe a clonagem reprodutiva humana (art. 7º, nº 1)³⁵⁶, prevendo, no art. 36º, pena

³⁵⁴ Cf. Relatório Anexo ao Parecer 44/CNECV/04, de Julho de 2004, nº 1.3., elaborado pelo Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida (CNECV), que foi consultado em <http://www.cnecv.gov.pt>.

³⁵⁵ Cf. RUI MEDEIROS/JORGE MIRANDA, *Constituição* pp. 609 e 631 (o ser humano que viesse a ser gerado por clonagem não teria identidade genética própria, o que colide com o art. 26º, nº 3, da CRP); PAULO OTERO, *Personalidade* p. 67 (a clonagem humana não é compatível com o direito fundamental à identidade pessoal absoluta). Ver ainda: STELA BARBAS, "Clonagem, alma e Direito", em *Comemorações dos 35 anos* pp. 257-264 (na p. 257, considera-se que "a clonagem humana reprodutiva não é cientificamente justificada" e que "é reprovável por consubstanciar a instrumentalização da pessoa"); CATARINA AFONSO, "A clonagem, um desafio à ordem jurídica", em *Prémio Dr. João Lopes Cardoso, Trabalhos premiados I*, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados/Almedina, Coimbra, 2002, pp. 237, 254 e 261; DANIEL SERRÃO, "O clone humano", em José de Oliveira Ascensão (coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 345-368.

³⁵⁶ Mas a clonagem humana é uma prática proibida na nossa ordem jurídica já desde 1 de Dezembro de 2001, data em que começou a vigorar o Protocolo Adicional à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, Que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos. O Protocolo Adicional, aberto à assinatura em Paris, a 12 Janeiro de 1998, foi ratificado pelo Decreto do Presidente da República nº 1/2001, de 3 de Janeiro.

de prisão de um a cinco anos para quem transferir para o útero embrião obtido através da técnica de núcleo, salvo quando essa transferência seja necessária à aplicação das técnicas de PMA sexuada, e para quem proceder à transferência de embrião obtido através da cisão de embriões.

12.2. Técnicas de procriação medicamente assistida

I. Atendendo à particularidade dos processos de procriação assexuada, o texto subsequente irá centrar-se nos outros processos, os de PMA sexuada, em que se inserem técnicas referidas no art. 2º da LPMA, como é o caso da inseminação artificial (IA), da fertilização *in vitro* seguida da transferência de embriões para o útero (FIVETE), da transferência intratubária de gâmetas

³⁵⁷ Cf. Relatório Anexo ao Parecer 44/CNECV/04, 1.3., e Relatório-Parecer 3/CNE/93, de 10 de Fevereiro de 1993, I.1. e I.2., documentos do CNECV que podem ser consultados em <http://www.cnecv.gov.pt>. A IA consiste na introdução de espermatozoides nos órgãos genitais femininos sem ser por intermédio de cópula. Na GIFT, óvulos e espermatozoides, previamente preparados em laboratório, são transferidos para o interior das trompas uterinas de modo a que aí se dê a sua fusão. A FIVETE consiste na inseminação laboratorial de ovócitos previamente recolhidos e na transferência dos embriões assim obtidos para o útero. A ICSI também envolve a transferência de embriões para o útero, mas distingue-se da FIVETE, na medida em que a obtenção de embriões é conseguida mediante a introdução de um único espermatozoide no interior do ovócito, mais precisamente, no próprio citoplasma ovocitário. A ZIFT e a TET comportam uma etapa de inseminação *in vitro* de ovócitos semelhante à da FIVETE. No entanto, a transferência dos produtos de concepção, realizada após um determinado período de permanência laboratorial, é feita para a trompa de Falópio e não para o útero. Por fim, o que separa a ZIFT da TET é aquilo que é objecto de transferência para o organismo materno: na ZIFT, zigotos, isto é, óvulos que já foram fertilizados mas que ainda não deram origem a embriões (apesar de constituir um produto da fecundação ovocitária, o zigoto precede a clivagem, processo de divisão que cria as células originais do embrião); na TET, embriões, o que aproxima, neste aspecto, tal técnica da FIVETE e da ICSI.

(GIFT), zigotos (ZIFT) ou embriões (TET), e da injeção intracitoplasmática de esperma ou espermatozóides (ICSI)³⁵⁷. Por vezes, alude-se, neste contexto, ao diagnóstico genético pré-implantação ou DGPI³⁵⁸. Todavia, o DGPI não é em si mesmo uma técnica de procriação medicamente assistida: destina-se a seleccionar os embriões que serão implantados no útero da mulher, através do recurso a técnicas de PMA³⁵⁹.

II. As técnicas mencionadas são divididas consoante a fecundação opere dentro do organismo materno, *in vivo*, ou fora do organismo materno, *in vitro*, contraposição que é importante em virtude de o problema dos embriões excedentários ser criado pelo recurso à fecundação extracorporal. A IA e a GIFT são técnicas de procriação assistida *in vivo*. A FIVETE, ZIFT, TET e ICSI são técnicas de fecundação *in vitro*.

Todavia, as alusões do art. 2º da LPMA carecem de ser actualizadas, como decorre da Portaria nº 154/2009, de 9 de Fevereiro³⁶⁰.

A IA é agora designada como inseminação intra-uterina (IIU); a FIVETE é pura e simplesmente conhecida como fertilização *in vitro* (FIV). E já não se fala de GIFT, ZIFT e TET. As técnicas de

³⁵⁸ Cf., nomeadamente, a LPMA, que inclui o DGPI entre as técnicas de PMA (art. 2º, al. e).

³⁵⁹ A LPMA permite, dentro de certas condições, a aplicação do DGPI (bem como de uma técnica similar, o rastreio genético de aneuploidias nos embriões), com o objectivo de evitar a implantação de embriões portadores de anomalia grave ou possibilitar a escolha do sexo do nascituro nos casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo (cf. arts. 28º e 29º).

³⁶⁰ O diploma aprova a tabela de preços para os tratamentos de PMA, no âmbito das acções necessárias à execução do Projecto de Incentivos à PMA, previstas no Despacho nº 14.788/2008, da Ministra da Saúde, de 6 de Maio, publicado no DR II série, nº 102, de 28 de Maio de 2008. Consequentemente, é ilustrativo do panorama português recente em matéria de técnicas de PMA.

PMA presentemente utilizadas em Portugal resumem-se à IIU, à FIV e à ICSI³⁶¹.

III. Quando um casal se submete a uma das técnicas de procriação medicamente assistida sexual, é comum distinguir em razão da proveniência das células reprodutoras. Se os espermatozóides e os ovócitos provêm do próprio casal estamos na presença de procriação medicamente assistida *homóloga*. Se os espermatozóides ou/e os ovócitos não provêm do casal, tendo havido recurso a um dador, a alguém que é exterior ao casal, a procriação diz-se *heteróloga*. É o que sucede, por exemplo, se, na inseminação artificial, ou intra-uterina, o esperma introduzido nos órgãos genitais de mulher casada não pertencer ao marido (situação em que a inseminação artificial é designada pelas siglas IAD).

A procriação heteróloga pode ser total ou parcialmente heteróloga, consoante as células reprodutoras não provêm de nenhum dos membros do casal ou provêm de um deles.

A separação da procriação entre homóloga e heteróloga tem em vista o casal como beneficiário do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida. Se o beneficiário for uma pessoa só, a procriação será necessariamente heteróloga. No entanto, pode ser parcial ou totalmente heteróloga, consoante se recorra ou não a células reprodutoras do beneficiário. Exs.: inseminação intra-uterina só com esperma de um dador (procriação parcialmente heteróloga); a chamada adopção por uma pessoa só de embriões resultantes da fecundação extracorporal de células reprodutoras provenientes de terceiros (procriação totalmente heteróloga).

³⁶¹ Para que os leitores tenham uma ideia dos custos (pelo menos, dos relativos), a tabela aprovada pela Portaria nº 154/2009, de 9 de Fevereiro, atribui à IIU o preço de 400 euros; à FIV, de 2500 euros; e à ICSI, de 3500 ou 2750 euros (consoante os espermatozóides sejam ou não recolhidos cirurgicamente).

12.3. Enunciado de questões suscitadas pela procriação medicamente assistida

A PMA suscita várias questões éticas e jurídicas. Pela sua importância e sensibilidade, merecem ser aqui consideradas as seguintes: Qualquer motivo serve para recorrer à procriação independente da prática do acto sexual? Que pessoas podem beneficiar do acesso à procriação medicamente assistida? É lícita a utilização de processos heterólogos? Que pensar sobre o anonimato do dador? Como avaliar a maternidade de substituição? Será admissível a procriação assistida *post mortem*? Qual o destino a dar aos embriões criados pelas técnicas de fecundação *in vitro* que não chegaram a ser transferidos para o organismo materno?

12.4. A legislação sobre procriação medicamente assistida

I. Embora o art. 67º, nº 2, al. e), da CRP, desde a redacção da revisão de 1997, fixe como incumbência do Estado, para protecção da família, regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana, só foi publicada em Portugal uma legislação geral sobre PMA em 2006. Apesar disso, houve tentativas anteriores de legislar: p.e., em 1999, a Assembleia da República aprovou um Decreto que regulava as técnicas de PMA e que se destinava a ser promulgado como lei³⁶², diploma que foi vetado pelo Presidente da República³⁶³.

³⁶² O Decreto nº 415/VII, aprovado pela Assembleia da República em 17 de Junho de 1999 (com os votos a favor do PS e do CDS/PP; a abstenção do PSD e os votos contra do PCP e do Partido "Os Verdes") e publicado no *DAR* II série-A, nº 80, de 16/7/1999. O Decreto teve por base a Proposta de Lei nº 135/VII, que foi apresentada pelo Governo depois de ter sido aprovada em Conselho de Ministros no dia 30 de Julho de 1997.

³⁶³ O veto presidencial ocorreu em 30 de Julho de 1999, tendo sido publicado no *DAR* II série-A, nº 82, de 3/8/1999. O Presidente da República justificou

A Lei nº 32/2006, de 26 de Julho (LPMA), que criou "uma entidade estratégica em matéria de PMA" (o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida – CNPMA)³⁶⁴, veio pôr fim a uma imensa lacuna³⁶⁵. Durante muitos anos, a legislação ordinária portuguesa abarcava unicamente aspectos pontuais, circunscritos da procriação assistida, v.g., o art. 1839º, nº 3, que não permite a impugnação de paternidade "com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu", e o art. 168º do CP, que prevê pena de prisão de 1 a 8 anos para "quem praticar acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento".

II. No entanto, a LPMA não é suficiente para resolver todos os problemas, até porque estamos numa área que se encontra em constante evolução. Há e haverá sempre lacunas no campo da procriação assistida.

Neste campo tão *sui generis*, é especialmente pertinente o processo de integração de lacunas mediante a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema (cf. art. 10º, nº 3).

o veto aludindo ao carácter demasiado controverso e conflitual das soluções preconizadas pelo Decreto nº 415/VII nas áreas da fecundação *in vitro*, das técnicas de diagnóstico pré-implantatório, da investigação de embriões e da protecção do direito à privacidade.

³⁶⁴ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Lei nº 32/2006* pp. 1003-1005. A LPMA dedica os arts. 30º a 33º ao CNPMA, começando por estabelecer que a este órgão "compete, genericamente, pronunciar-se sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA" (art. 30º, nº 1).

³⁶⁵ O cenário prévio, propício à incerteza e a práticas lesivas e censuráveis, tornava necessária qualquer lei que regulasse a generalidade da matéria da procriação assistida. No entanto, a concretização dessa necessidade com a LPMA não suscita um aplauso unânime. Na perspectiva de OLIVEIRA ASCENSÃO, trata-se de uma lei desordenada que, sendo eticamente ambígua, deixa a porta aberta a interesses milionários (*A Lei nº 32/06* pp. 978-979, 1005-1006).

A norma que o próprio intérprete criaria tem de ser conforme ao sistema, o que significa que se tem de basear nos princípios fundamentais inspiradores do sistema jurídico português.

Mais: a própria validade da LPMA está condicionada pela sua conformidade com os princípios fundamentais constantes da Constituição. E, por fim, a interpretação da lei tem de ser feita de harmonia com tais princípios.

A relevância dos princípios fundamentais do direito, que é patente, não se esgota nos domínios da validade constitucional, da interpretação e da integração da lei. Esses princípios condicionam também a validade, a interpretação e a integração dos actos, negócios e contratos.

O exercício da autonomia privada está balizado pelos princípios fundamentais do direito. Estes princípios penetram em conceitos indeterminados como, por exemplo, o de ordem pública, de bons costumes e de boa fé. Ora, os actos e negócios jurídicos são nulos se contrariarem a ordem pública ou os bons costumes, como resulta dos artigos 280º e 295º. As declarações negociais devem ser integradas de harmonia com os ditames da boa fé, nos termos do artigo 239º. E o princípio do aproveitamento do negócio jurídico, subjacente aos institutos da conversão e da redução, impõe uma interpretação que não ponha em perigo a validade do negócio, por desconformidade com a ordem pública, com os bons costumes ou com a boa fé.

III. Mas quais são os princípios fundamentais do sistema jurídico aplicáveis à procriação medicamente assistida? Eles são sobretudo princípios do Direito da Personalidade e do Direito da Família³⁶⁶, expressamente constitucionalizados ou não.

³⁶⁶ Especialmente sobre os princípios do Direito da Filiação, cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* pp. 217-220; ALICE FEITEIRA, *Princípios* pp. 225-230; COSTA PIMENTA, *Filiação* pp. 11-21, 28.

O primeiro desses princípios é mencionado expressamente no art. 67º, nº 2, al. e), da CRP. Ao Estado incumbe regulamentar a procriação assistida, mas em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, que é, aliás, o princípio fundador da nossa ordem jurídica, como decorre do art. 1º da CRP, volta a ser invocado no art. 26º, nº 3, da CRP, no qual se estabelece que a lei garantirá a dignidade pessoal do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. Deste princípio, referido também na LPMA³⁶⁷, decorre que a pessoa deve ser tratada *como pessoa*, como um fim em si mesmo; que a pessoa deve ser reconhecida autonomia, autodeterminação; que o ser humano não deve ser coisificado, instrumentalizado nem comercializado.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem uma importância cimeira, influenciando na delimitação de outros princípios, interesses e direitos, em que se incluem o direito à investigação científica, consagrado no art. 42º da CRP, e o direito de constituir família, previsto no art. 36º, nº 1, da CRP.

Vejamos justamente, de novo³⁶⁸, o direito de constituir família em condições de plena igualdade. Recorde-se que ele abarca o direito de procriar e o direito de constituir um vínculo de filiação; que o direito de procriar³⁶⁹ confere ao seu titular liberdade de procriar ou de não procriar; e que a liberdade de procriar está limitada pelo interesse da futura criança. Aliás, o princípio do superior interesse da criança domina o Direito da Filiação³⁷⁰.

³⁶⁷ O art. 3º prescreve que as técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana.

³⁶⁸ Cf., *supra*, Introdução, nº 11.2. I.

³⁶⁹ Mostra-se reticente quanto à existência de um direito fundamental à procriação, FERNANDO ARAÚJO, *Procriação* pp. 19-21.

³⁷⁰ Cf., *supra*, Parte I, nº 1 III.

Relativamente ao direito de constituir o vínculo de filiação, este traduz-se no direito de ver reconhecida juridicamente a qualidade de pai ou de filho de certa pessoa. O nosso sistema de constituição da filiação baseia-se na procriação decorrente da prática de acto sexual. Mas, em certas situações, que são circunscritas, é viável a constituição da filiação sem que tenha havido procriação por acto sexual. Contudo, nestas situações, exige-se uma declaração de vontade da pessoa que virá a ser juridicamente o pai. É o que acontece no caso de procriação através de inseminação artificial, ou intra-uterina: o marido da pessoa inseminada só será juridicamente o pai da criança resultante da utilização da técnica de procriação assistida se tiver consentido na inseminação da mulher. Isto à luz do art. 1839º, nº 3³⁷¹. E, além do art. 1839º, nº 3, encontramos outra situação de filiação constituída por declaração de vontade: a filiação adoptiva, que pressupõe a vontade de adoptar do candidato a adoptante. Por conseguinte, podemos identificar um princípio fundamental, em matéria de constituição do vínculo de filiação – a declaração de vontade do candidato a pai é um elemento mínimo, indispensável, da constituição do vínculo de filiação que não resulte da prática de um acto sexual³⁷². E o elemento volitivo

³⁷¹ Cf., paralelamente, o art. 20º, nº 1, da LPMA.

³⁷² É frontalmente contrário a esta ideia FRANCISCO AGUILAR, *Dignidade* p. 665, que atribui exclusividade ao critério biológico na determinação da chamada filiação natural: “Isto porque o critério complementar que estaria em causa – o «volitivo» – ao fazer depender a paternidade/maternidade natural da existência de um «projecto de paternidade/maternidade» conduziria a resultados inaceitáveis. Não só não explicaria o facto de na procriação «não» medicamente assistida o critério da filiação não se encontrar dependente da vontade dos progenitores, como principalmente, faltando esse elemento volitivo, negar-se-ia, *ope legis e ab initio* a maternidade e/ou paternidade jurídicas.”

Contudo, o elemento volitivo só produziria realmente resultados inaceitáveis se fosse o critério principal ou exclusivo na determinação da filiação decorrente

será imprescindível, ainda que haja uma ligação genética entre o filho e o pretenso pai: repare-se que, p.e., o art. 1839º, nº 3, não distingue a inseminação artificial homóloga da heteróloga. Não é, portanto, pai jurídico aquele que não tenha consentido no uso de uma técnica de procriação assistida. Tão-pouco é pai jurídico o mero dador de gâmetas, zigotos ou embriões³⁷³, porque através da dação ele não manifesta a vontade de assumir um projecto parental.

E, para concluir esta digressão sobre os princípios fundamentais atinentes à PMA, importa aludir ao princípio da igualdade, bem como ao direito à identidade pessoal e à garantia da identidade genética do ser humano. O princípio geral da igualdade (art. 13º, nº 1, da CRP) obsta à discriminação com base no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA³⁷⁴. O direito à identidade pessoal é reconhecido pelo art. 26º, nº 1, da CRP, enquanto a garantia da identidade genética do ser humano,

de procriação por acto sexual. Não é assim, como se extrai do texto principal. O consentimento releva no domínio da PMA e mesmo aqui sem assumir carácter absolutamente decisivo. Seja como for, o art. 1839º, nº 3, é inexplicável mediante um apelo estrito ao critério biológico, até na tese que o reconduz a uma mera proibição do *venire contra factum proprium*. Nesta orientação, o cônjuge que consentiu na inseminação artificial, ou intra-uterina, heteróloga da mulher será juridicamente o pai, desde que o filho originado pela inseminação não venha a impugnar a paternidade. Há, por conseguinte, uma hipótese de filiação não adoptiva, sem que haja uma transferência genética. Só porque o cônjuge da mãe consentiu na inseminação (sendo, a partir de certa altura, inadmissível, porque abusiva, a revogação do consentimento) e porque o filho resultante da inseminação não manifesta vontade de afastar a paternidade daquele...

³⁷³ Neste sentido, referindo-se concretamente ao dador de esperma, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Paternidade* pp. 500-501. A LPMA exclui a paternidade ou maternidade do dador de sêmen, espermatozóides, ovócitos ou embriões (arts. 10º, nº 2, 21º, 27º e 47º).

³⁷⁴ A LPMA proíbe expressamente tal discriminação (art. 3º) e até a indicação, no assento de nascimento, de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA (art. 15º, nº 5).

nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica, vem consagrada no n.º 3 do artigo. Há, portanto, um direito à identidade pessoal e à identidade genética, de que necessariamente beneficia aquele que nasce na sequência do uso de uma técnica de PMA.

12.5. Motivos legítimos de recurso à procriação medicamente assistida

Levanta alguma polémica a problemática das condições de admissibilidade da PMA. Será aceitável o recurso à procriação assistida por uma pessoa que alegue, pura e simplesmente, que quer ter um filho sem ter que manter relações sexuais com quem quer seja? É admissível o recurso à procriação assistida para se conseguir escolher o sexo, a cor dos olhos ou outras características da criança?

I. Os princípios do nosso sistema de filiação impõem a subsidiariedade das técnicas de PMA. Em regra, a constituição da filiação assenta na prática do acto sexual. Só em certos casos é que a filiação é independente do acto sexual. Não há um direito a escolher livremente entre a procriação mediante acto sexual e a procriação assistida. O princípio da dignidade da pessoa humana, adverso à instrumentalização do ser humano e da sua faculdade reprodutiva, opõe-se à utilização da procriação assistida como um processo normal, incondicionalmente alternativo à procriação através de relações sexuais. Uma atitude demasiado liberal repercute-se numa vulgarização do fenómeno reprodutivo, que simboliza cedência perante interesses económicos da “indústria da procriação” ou indiferença perante o risco de comercialização da concepção, da gestação e das próprias crianças. O recurso à procriação assistida só pode ser encarado quando a outra forma de procriação não constitua uma autêntica opção, nomeadamente em situações de esterilidade.

O art. 4.º, n.º 1, da LPMA estabelece que as “técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação”.

O carácter subsidiário da procriação assistida não impede o seu uso para evitar o aparecimento e desenvolvimento de anomalias genéticas. Nem parece que haja obstáculos, entre nós, ao uso da procriação assistida para evitar a transmissão do vírus de doenças graves, como é o caso da sida. Não se divisa em que medida o princípio da dignidade da pessoa humana e o “interesse superior da criança” justificam a alternativa entre a não procriação ou uma procriação segundo técnica que comporte risco elevado de saúde para o filho, nem se vislumbra uma razão que leve a favorecer os que não podem conceber através do acto sexual em detrimento dos que o podem fazer com riscos elevados para a saúde do nascituro. É difícil aceitar uma visão que atribua, *a priori*, à procriação assistida uma natureza ultra-subsidiária: a esterilidade não deve ser o único motivo legítimo de recurso à PMA.

O art. 4.º, n.º 2, da LPMA admite a utilização de técnicas de PMA “mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras”.

II. Quanto à questão da escolha das características do filho, ela está expressamente resolvida na nossa ordem jurídica quando se trata de escolher o sexo. O art. 14.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina³⁷⁵ exclui a utilização de técnicas de PMA para escolher o sexo da criança a nascer, salvo para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo. Entre tais doenças destaca-se a hemofilia, que é transmitida pela mãe

³⁷⁵ A Convenção, que foi adoptada pelo Conselho da Europa em 4 de Abril de 1997 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, entrou em vigor, no ordenamento jurídico português, em 1 de Dezembro de 2001.

apenas a crianças do sexo masculino. Esta solução da Convenção, associada ao princípio da dignidade da pessoa humana, adequa-se também à hipótese de estarem em causa outras características da criança. Não é admissível a utilização de técnicas de procriação assistida para conseguir determinadas características do nascituro, a não ser com o objectivo de evitar a probabilidade elevada de doenças genéticas ligadas a características diversas. A escolha de características, sem rigorosa justificação médica, abre a porta à livre-selecção genética e ao tratamento das crianças como bens de consumo.

O art. 7º da LPMA prevê que as técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir escolher “características não médicas” do nascituro, designadamente o sexo (nº 2), salvo nos casos “em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a detecção directa por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (*human leukocyte antigen*) compatível para efeitos de tratamento de doença grave” (nº 3).

12.6. Os beneficiários do acesso à procriação assistida

Outra área de polémica é a dos beneficiários do acesso à procriação assistida: Pode ser uma pessoa só ou tem de ser um casal? Pode ser um casal homossexual ou tem de ser um casal heterossexual?

I. No sentido do acesso das mulheres sós à procriação assistida, diz-se que o direito de procriar é reconhecido a todos e não somente àqueles que são casados ou vivem em união de facto³⁷⁶, que a lei

³⁷⁶ Cf., nomeadamente, LOPES CARDOSO, *Procriação* p. 10, que entende que a proibição da inseminação da mulher não casada é pouco compatível

prevê a adopção singular e que existem famílias monoparentais³⁷⁷. Mas os argumentos não são muito convincentes³⁷⁸. Sendo o direito de procriar intrinsecamente limitado pelo interesse da criança, é compreensível que seja dada preferência ao seu exercício por aqueles que estão em melhores condições de proporcionar à criança vindoura “um ambiente familiar normal”. A monoparentalidade não se enquadra na “normalidade” do ambiente familiar que constitui um ideal constitucional para a infância (cf. art. 69º, nº 2, da CRP)³⁷⁹. Mal ou bem³⁸⁰, a biparentalidade exprime uma característica do que socialmente se entende que deve ser a família composta por filhos menores. Mal ou bem, é a biparentalidade que inspira o regime do estabelecimento da filiação e que é incentivada pelas regras da constituição do vínculo da adopção plena e do exercício do poder paternal. É exacto que há famílias monoparentais e que a lei até permite a sua formação por sentença de adopção³⁸¹. No entanto, isto não

com “liberdades individuais basilares como são as da liberdade sexual ou de transmissão da vida”.

³⁷⁷ Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Transformações do Direito da Família”, em *Comemorações dos 35 anos pp. 775-776*: o ilustre professor afirma que há 30 anos era claramente negativa a resposta ao problema do acesso de mulheres sós às técnicas de procriação assistida, mas que entretanto o entendimento mudou devido ao aumento da monoparentalidade, fruto das altas taxas de divórcio.

³⁷⁸ Cf., em especial, a réplica de TERRÉ/FENOUILLET, *La famille* pp. 798-799.

³⁷⁹ Cf. PAULO OTERO, *Personalidade* pp. 75-76.

³⁸⁰ Cf. DEECH, “The Legal Regulation of Infertility Treatment in Britain”, em *Cross Currents* p. 172: vários estudos têm mostrado que não é pior a educação das crianças criadas por mulheres sós ou lésbicas.

³⁸¹ Cf. VERA LÚCIA RAPOSO, que, estudando a problemática da formação das famílias monoparentais mediante reprodução assistida, afirma que “se a monoparentalidade fosse efectivamente tão perniciosa para a criança teria que ser proibida também em sede de adopção” (“Direitos reprodutivos: homossexualidade, celibato e parentalidade”, em *Família, consciência* p. 74).

legítima: o acesso de uma pessoa só à procriação assistida. Como já se demonstrou³⁸², o modelo familiar tido como juridicamente desejável para o filho menor é aquele em que este tem dois pais. E a possibilidade de adopção singular não se opõe a tal conclusão, porque se detecta uma diferença importante entre a adopção e a procriação assistida³⁸³. No momento de decidir acerca da constituição do vínculo adoptivo, estamos perante uma criança que existe e que carece de pais; se ela não pode ter dois, que tenha, pelo menos, um. No momento de decidir acerca da procriação assistida, a criança ainda não existe; deste modo, custa a aceitar que se afectem recursos médicos, mais ou menos escassos, num contexto em que se desencadeiam ponderosas questões éticas e jurídicas que se não cingem ao problema da mono – ou biparentalidade, com vista à concepção deliberada de uma criança que, quando nascer, terá somente um pai efectivo.

II. O acesso à procriação assistida está, pois, reservado aos casais. Mas terão de ser casais heterossexuais³⁸⁴? Aos homossexuais não é negado o direito de procriar e o art. 13º, nº 2, da CRP, veda a discriminação em razão da orientação sexual. No entanto, o direito de procriar apresenta uma dimensão funcional superior à de um direito subjectivo comum. Há que considerar o interesse da criança que irá nascer. Actualmente, a homossexualidade já não escandaliza profundamente a maioria da sociedade. Todavia, continua a ser uma orientação minoritária que ainda não é tida

³⁸² Cf., *supra*, Parte I, nº 1 III.

³⁸³ Cf. ELOY AZEVEDO, *Procriação* p. 100: sustentando que o direito à procriação é um direito de exercício necessariamente compartilhado, o autor afirma que não é correcto invocar a adopção para contrariar esta tese, uma vez que aquela é um *remédio jurídico*.

³⁸⁴ Sobre o acesso dos casais homossexuais à PMA, cf. VERA LÚCIA RAPOSO, “Direitos reprodutivos: homossexualidade, celibato e parentalidade”, em *Família, consciência* pp. 76 e s.

como “normal”. A ideia, por exemplo, de um casal de lésbicas com um filho causa estranheza. Na óptica social dominante, é aconselhável que a parentalidade seja exercida por um casal “mais padronizado”, óptica que é constitucionalmente apoiada, por força da conexão que o art. 69º, nº 2, da nossa lei fundamental, estabelece entre interesse da criança e “ambiente familiar normal”. Deparamos, aliás, com dados bastante concretos do sistema que impõem presentemente uma exclusão do acesso dos casais homossexuais à procriação assistida: o estabelecimento legal da filiação baseia-se na biparentalidade biológica, que é heterossexual; e aos homossexuais não é concedida a faculdade de adopção conjunta (cf. art. 3º da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, e interpretação *a contrario sensu* do art. 7º da LUF), aspecto especialmente revelador em virtude de ser nítida a necessidade de os requisitos da procriação assistida serem mais rigorosos do que os da adopção.

Em regra, os casais homossexuais não beneficiam do acesso à PMA³⁸⁵. A letra do art. 6º, nº 1, da LPMA, impede tal acesso às pessoas que vivam em união de facto homossexual. E uma interpretação histórica, sistemática e teleológica do mesmo preceito determina a exclusão das uniões conjugais homossexuais.

A letra da disposição legal coloca, entre os beneficiários da PMA, as pessoas casadas, sem distinguir em função da orientação sexual, porque, no momento da aprovação da LPMA, não era reconhecida existência jurídica ao casamento de pessoas do mesmo sexo³⁸⁶. E a Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, que veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, negou a faculdade de adopção conjunta às pessoas casadas com cônjuges do mesmo sexo (cf. art. 3º) e não pretendeu modificar as regras atinentes à filiação não adoptiva.

³⁸⁵ Cf., *infra*, IV.

³⁸⁶ Cf. art. 1628º, al. e), na redacção originária do Código Civil.

III. O pressuposto do maior nível de exigência quanto às condições da procriação assistida cria dúvidas quanto à situação de certos casais que gozam da faculdade de adopção conjunta. Embora seja reconhecido o direito de adopção conjunta às pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto há mais de dois anos (cf. art. 7º da LUF), não será de concluir pela inadmissibilidade do acesso de quaisquer uniões de facto heterossexuais às técnicas de reprodução medicamente assistida? Afinal, a união de facto não é uma relação jurídica familiar nem se caracteriza pela tendencial perenidade³⁸⁷.

É verdade que a união de facto é uma relação parafamiliar³⁸⁸ e que se dissolve por vontade de um dos seus membros (art. 8º da LUF), independentemente de qualquer intervenção estatal. Todavia, o que importa é que a criança venha a encontrar um “ambiente familiar normal”. Se não há uma relação jurídica familiar entre os membros da união de facto, ninguém contesta o carácter jusfamiliar da relação que liga o filho a cada um dos progenitores que vivem em união de facto. E socialmente, pelo prisma estrito da filiação, não se faz distinção entre um casal heterossexual unido pelo matrimónio com filhos e um casal heterossexual não unido pelo matrimónio com filhos. Se a união de facto se não caracteriza juridicamente pela tendencial perenidade, isto não significa que se trate de uma união sociologicamente

³⁸⁷ Cf. o ponto nº 6 do Parecer nº44/CNECV/04 (citado, *supra*, na nota 354) e a parte VII da Declaração de voto do Conselheiro J. P. Ramos Ascensão. O ilustre jurista contesta a inclusão, que é feita pelo Parecer, dos casais heterossexuais que vivam em união de facto entre os beneficiários das técnicas de PMA, apontando duas principais ordens de motivos: por um lado, o critério da protecção da família deve presidir às opções político-legislativas no domínio da procriação assistida e a união de facto, ao contrário do casamento, não constitui uma relação familiar; por outro lado, a união de facto é mais instável do que a união conjugal, revelando-se menos apta a satisfazer o direito da criança a um “ambiente familiar normal”.

³⁸⁸ Cf., *supra*, Introdução, nº 7.2. II.

mais instável que a união conjugal; além disso, a união de facto genericamente protegida pela lei é a que dura há mais de dois anos, aquela cujo passado sugere uma expectativa de continuidade. Na perspectiva da tutela da criança, a estabilidade almejada é a do *lar*, a que se baseia numa comunhão real, num relacionamento afectivo, e não a que decorre da dificuldade de extinção de um vínculo jurídico preexistente entre dois pais.

Em suma, o círculo de beneficiários do acesso à procriação assistida é composto por pessoas que, sendo de sexo diferente, estejam casadas ou vivam em união de facto. No entanto, uma união heterossexual não parece ser suficiente. A decisão de procriar reveste-se de um alcance que não está aquém da decisão de adoptar plenamente. Por isso, os requisitos formulados na adopção plena conjunta, quanto aos adoptantes (duração da ligação há mais de quatro anos e idade mínima de 25 anos³⁸⁹), e destinados assegurar a realização do superior interesse da criança, deviam ser aplicados ao acesso à procriação assistida, quanto aos beneficiários. Outra é, porém, a posição da LPMA, que permite a utilização de técnicas de PMA em favor de casais integrados por pessoas de sexo diferente que tenham, pelo menos, 18 anos de idade, desde que estejam unidas pelo matrimónio e não se encontrem separadas de pessoas e bens, ou separadas de facto, ou desde que elas vivam em união de facto há pelo menos dois anos (art. 6º).

IV. Mas, em nossa opinião, as restrições no acesso à PMA de mulheres sós e de casais do mesmo sexo não são absolutas: podem ceder em nome do princípio *in dubio pro embrião*³⁹⁰.

³⁸⁹ Cf. art. 1979º, nº 1; art. 7º da LUF.

³⁹⁰ Cf., *infra*, Parte I, nº 12.11. II. Peremptoriamente contra qualquer restrição do acesso à PMA a casais homossexuais e a mulheres sós, PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* pp. 135, 156 e 157, que, por isso, aponta uma inconstitucionalidade material ao art. 6º da LPMA.

V. O art. 6º, nº 2, da LPMA, impede a utilização das técnicas de PMA em benefício de quem se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica. O preceito não acautela a situação dos indivíduos que, não estando interditos nem inabilitados, sofram de demência notória³⁹¹. De qualquer modo, supomos que o acesso à PMA lhes está vedado, por analogia com o disposto no art. 1850º, nº 1.

12.7. A admissibilidade dos processos heterólogos

I. A lei italiana sobre procriação assistida³⁹² veda o recurso aos processos heterólogos, aderindo a uma concepção absoluta do biologismo em matéria de constituição da filiação, com adeptos em Portugal³⁹³. Contudo, o biologismo não é um valor absoluto³⁹⁴.

Várias vozes³⁹⁵ se têm insurgido contra a procriação com gâmetas de terceiros, explicando que ela implica uma quebra da unidade procriativa do casal, uma interferência de terceiro, do dador, patente na existência da própria criança, que acabaria por destruir a relação do casal. Seguindo esta linha de pensamento, os processos heterólogos violariam o princípio constitucional da protecção da

³⁹¹ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Lei nº 32/06* p. 980.

³⁹² Art. 4º, nº 3, da *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, intitulada "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita".

³⁹³ Cf. FRANCISCO AGUILAR, *Dignidade* pp. 706-708 (o princípio da dignidade da pessoa humana impõe o biologismo, impedindo a dação de gâmetas destinada à inseminação ou fertilização *in vitro* heterólogas); LEITE DE CAMPOS, *Procriação* pp. 84-86 (a PMA desligada da biologia opõe-se aos interesses da criança, à sua dignidade de ser humano).

³⁹⁴ Cf., *supra*, Parte I, nº 3 III.

³⁹⁵ Cf., nomeadamente, no Parecer 44/CNECV/04 (citado, *supra*, na nota 354), as declarações de voto dos Conselheiros Daniel Serrão, Jorge Biscaia, J. P. Ramos Ascensão, Marta Mendonça e Michel Renaud.

família. Será exactamente assim³⁹⁶? O mencionado efeito negativo da procriação de tipo heterólogo não é inevitável, varia de caso para caso. É até a exclusão total dos processos heterólogos que é susceptível de contribuir para a desagregação do casal, na medida em que se nega o exercício do direito de procriar ao membro do casal (que pode fazê-lo, com gâmetas próprios) enquanto estiver unido ao outro. Para mais, registam-se previsões legais de "biointerferência" de terceiro na família. Veja-se, a propósito, o famoso art. 1839º, nº 3, a regulamentação da adopção singular do filho do cônjuge (que, a nível dos requisitos, é favorecida perante outras espécies de adopção: cf. arts. 1979º, nºs 2 e 5, e 1992º, nº 2) e, sobretudo, a possibilidade de o filho de apenas um dos cônjuges, concebido na constância do matrimónio, viver no lar conjugal (cf. art. 1883º). Nestas hipóteses tão diversas, em que se afigura violento um juízo de desconformidade constitucional, o que se observa é somente a imposição do consentimento (do cônjuge que não seja o progenitor biológico) como condição da "biointerferência".

II. No entanto, há, é verdade, um ideal de coincidência entre a biologia e a filiação³⁹⁷. Isto aponta para o carácter subsidiário dos processos heterólogos no que toca aos processos homólogos³⁹⁸: a utilização daqueles só deve ser autorizada quando a procriação por processos homólogos não seja possível ou quando implique elevados riscos para a saúde dos beneficiários ou do nascituro.

³⁹⁶ O ac. do TC nº 101/2009, de 3/3/2009, <http://www.tribunalconstitucional.pt>, decidiu não julgar inconstitucional a norma do art. 10º da LPMA.

³⁹⁷ Cf., *supra*, Parte I, nº 3 I e II.

³⁹⁸ Para uma leitura favorável à subsidiariedade da PMA heteróloga, com fundamentos não biologistas, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Lei nº 32/06* pp. 994-995: "Ocorrendo tantas situações de abandono de crianças que careçam de um lar e permitindo expandir uma dedicação desinteressada em que o outro está em primeiro lugar, a adopção tem maior valia ética que a procriação heteróloga, porque não participa dos desvios éticos em que esta incorre."

A LPMA aceita também uma utilização subsidiária da PMA heteróloga, mas de uma forma mais limitada: o emprego de espermatozóides, ovócitos ou embriões de terceiros dadores é permitido apenas “quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários” (arts. 10º, nº 1, 19º, nº 1, 27º e 47º).

III. A admissibilidade subsidiária dos processos heterólogos suscita dois problemas: o da contrapartida económica da dação de esperma, ovócitos ou embriões, e o do anonimato do dador.

No que respeita à contrapartida da dação, o princípio da dignidade da pessoa humana afasta a licitude da venda de material biológico destinado à procriação³⁹⁹. A LPMA proíbe a compra ou venda de óvulos, sémen, embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA (art. 18º). E, no cálculo da retribuição exigível, os centros autorizados a ministrar técnicas de PMA não podem atribuir qualquer valor ao material genético nem aos embriões doados (art. 17º, nº 1, da LPMA).

Não haverá aqui uma forte dose de irrealismo? Será crível que clínicas com fins lucrativos obtenham material genético (nomeadamente, óvulos) a título puramente gratuito⁴⁰⁰?

³⁹⁹ Diferentemente, LOPES CARDOSO, *Procriação* pp. 17-18, que, *de iure condito*, se pronunciava, em 1991, pela validade do estabelecimento de um preço pela dádiva de esperma, à luz do art. 281º, alegando que o fim do negócio seria contrário à ordem pública e aos bons costumes somente quanto ao dador. Mas é a comercialização de células reprodutoras humanas em si mesma que ofende a ordem pública, pelo que a dação onerosa de gâmetas era nula, nos termos do art. 280º, nº 2 (e agora é nula por força do art. 18º da LPMA, conjugado com o art. 294º).

⁴⁰⁰ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Lei nº 32/06* pp. 987, 988 e 1006.

12.8. O anonimato do dador

I. Será que o dador deve beneficiar de um segredo de identidade oponível aos beneficiários da procriação e à pessoa nascida graças à dação⁴⁰¹?

Por vezes, responde-se afirmativamente, com o argumento de que, sem o anonimato, haveria uma redução do número de dadores de gâmetas ou de que o conhecimento da identidade do dador, por parte da pessoa nascida graças à dação, acabaria por prejudicar a relação de filiação legalmente constituída.

E, para alguns⁴⁰², o segredo da identidade do dador afigura-se bastante mais razoável do que o segredo da identidade dos pais biológicos perante o adoptado: aquele que interveio num acto sexual apto para a concepção “correu o risco vulgar de ser juridicamente tomado como pai”; em contrapartida, o fornecedor de esperma deu um contributo útil e responsável para um processo novo de procriação, agindo “na expectativa legítima de jamais ser reconhecido socialmente como o *pater*, ou mesmo como o simples *genitor* de um certo indivíduo que acabou por nascer graças à sua participação”.

Abstraindo do impacto que a identificação dos dadores tenha sobre o universo de dações, é muito problemática a defesa da constitucionalidade do anonimato do dador. A pessoa nascida graças à dação tem direito à sua identidade pessoal genética (art. 26º, nº 3, da CRP), o que inclui o direito de conhecer a pessoa que lhe transmitiu os genes⁴⁰³. Ora, a relevância do direito em

⁴⁰¹ Sobre a matéria, cf. a análise muito completa de VALE E REIS, *Origens genéticas* pp. 321 e s.

⁴⁰² Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Paternidade* pp. 499-500.

⁴⁰³ Cf., entre outros, PAULO OTERO, *Personalidade* pp. 73-74, que, peremptoriamente, considera inconstitucional qualquer regra de anonimato do dador do material genético. Para LEITE DE CAMPOS, *Procriação* p. 83, o anonimato é inconstitucional, “não se justificando por qualquer interesse da pessoa a proteger, cuja dignidade e identidade há que assegurar, que é o

apreço é aparentemente superior a uma “expectativa legítima” do dador.

Quanto ao argumento da hipotética lesão da relação afectiva existente entre o filho e os pais jurídicos, convém ter presente que não é bom que uma relação de filiação se sustente numa mentira, num segredo ou numa ocultação⁴⁰⁴.

Seja como for, parece seguro que o anonimato do dador nunca pode ser absoluto. É preciso garantir que a pessoa nascida mediante o recurso a técnica heteróloga de procriação medicamente assistida não venha, futuramente, a casar com a pessoa que fez a dação ou com os descendentes do dador. Há um forte interesse público contrário ao casamento consanguíneo (cf. arts. 1603º e 1986º, nº 1, *in fine*).

II. O art. 15º da LPMA acolheu uma orientação mitigada do anonimato do dador⁴⁰⁵. É instituída a regra do sigilo sobre a identidade de qualquer dos participantes nos processos de PMA (nº 1), que, no que toca ao dador, comporta somente duas excepções. A principal figura no nº 4: podem ser obtidas informações sobre a identidade do dador “por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial”⁴⁰⁶. A outra excepção encontra-se prevista no nº 3, cuja redacção está longe de ser perfeita. O preceito

filho”. No Brasil, cf. BERENICE DIAS, *MDF* p. 353, que, referindo-se à reprodução assistida heteróloga, defende que “nada pode impedir a busca da verdade biológica”.

⁴⁰⁴ Cf. TIAGO DUARTE, *In vitro* p. 48.

⁴⁰⁵ Constitucionalmente duvidosa, na perspectiva de VALE E REIS, *Origens genéticas* p. 475, por deixar “uma reduzidíssima margem de concretização ao direito ao conhecimento das origens genéticas”. Diferentemente, o ac. do TC 101/2009, de 3/3/2009, <http://www.tribunalconstitucional.pt>, que decidiu não declarar a inconstitucionalidade das normas do art. 15º, nºs 1 a 4 da LPMA.

⁴⁰⁶ LEITE DE CAMPOS, *Procriação* p. 83, indica como uma das possíveis “razões ponderosas” a circunstância de o filho estar afectado psiquicamente por não conhecer os seus pais biológicos.

estabelece que “sem prejuízo do disposto no número anterior⁴⁰⁷, as pessoas aí referidas podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projectado casamento, junto do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, excepto se este expressamente o permitir”. Aparentemente, as pessoas nascidas em consequência de PMA heteróloga que estejam interessadas em contrair matrimónio podem requerer ao mencionado Conselho que as informe se há ou não uma ligação genética entre os nubentes que obste ao casamento; e o órgão em apreço tem de responder sem fornecer ao requerente elementos de identificação do dador, se este não tiver autorizado expressamente a revelação da sua identidade. Deste modo, a segunda excepção ao anonimato pressupõe o consentimento do dador.

A interpretação dada ao nº 3 do art. 15º da LPMA não evita, porém, uma perplexidade: a protecção do interesse público de não celebração de casamento consanguíneo incumbe exclusivamente a uma das partes que pretende contrair matrimónio, a qual, dada a extensão da regra do sigilo ao próprio acto de PMA (art. 15º, nºs 1 e 5, da LPMA), pode nem sequer saber que nasceu em consequência de processo de PMA heteróloga?

Numa obra de 2007⁴⁰⁸, reservei a resposta para o momento posterior à publicação do diploma destinado a regulamentar dos dados pessoais relativos aos processos de PMA, respectivos beneficiários, dadores e crianças nascidas, que, nos termos do art. 16º, nº 2, da LPMA, determinaria, nomeadamente, “o período de

⁴⁰⁷ O nº 2 do art. 15º da LPMA confere às pessoas nascidas em consequência de processos de PMA o direito de conseguir, junto dos competentes serviços de saúde, informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador.

⁴⁰⁸ DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões*, vol. I (citado *supra*, na nota 267), p. 202.

tempo durante o qual os dados devem ser conservados, quem poderá ter acesso a eles e com que finalidade, bem como os casos em que poderão ser eliminadas informações constantes dos registos”.

Posteriormente, foi publicado o Decreto Regulamentar nº 5/2008, de 11 de Fevereiro⁴⁰⁹, que tem por objecto o desenvolvimento da disciplina dos arts. 5º e 16º, nº 2, da LPMA. No entanto, o diploma, que se ocupa dos dados pessoais relativos à PMA nos arts. 10º a 13º, não contribui para desfazer a perplexidade suscitada pelo teor do art. 15º, nº 3, da LPMA. Não se contando o conservador do registo civil entre aqueles que podem ter acesso aos dados relativos à PMA, depara-se, subitamente, com um sinal que relativiza a proibição ancestral do incesto.

12.9. A maternidade de substituição

I. No tratamento doutrinário do tema, é já clássica a alusão a dois casos, um que é descrito no Antigo Testamento e outro que foi submetido à apreciação dos tribunais norte-americanos no séc. XX. O caso bíblico é o de Raquel que cedeu uma serva ao marido Jacob para que ela gerasse um filho em nome da sua dona⁴¹⁰. O caso norte-americano é o do bebé M⁴¹¹: o casal Stern celebrou um contrato com Mary Beth Whitehead, mediante o qual todos concordavam que Mary Beth fosse inseminada artificialmente com esperma do Sr. Stern, com o objectivo de dar à luz uma criança que entregaria ao mencionado casal; todavia,

⁴⁰⁹ Alterado há pouco pelo Decreto Regulamentar nº 1/2010, de 26 de Abril, mas não nos arts. 10º a 13º.

⁴¹⁰ Cf. *Génesis* 30.

⁴¹¹ *Matter of Baby M*, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988), que foi consultado em WALTER WADLINGTON/RAYMOND C. O'BRIEN, *Domestic Relations. Cases and Materials*, 5ª ed., New York, Foundation Press, 2002, pp. 749 e s.

após o parto, Mary Beth e o respectivo marido recusaram-se a entregar a criança.

E não faltam situações mais recentes, verificadas já no séc. XXI, que têm despertado grande curiosidade como, p.e., a de uma mulher norte-americana que gerou três gémeos para a sua filha⁴¹² e, em especial, a do bebé Charlie⁴¹³, cujo nascimento em Junho de 2005 se deveu à colaboração de três irmãs, Alex Patrick, Charlotte e Helen. Charlotte, irmã gémea de Alex, doou um óvulo, que foi fecundado no laboratório com esperma do marido de Alex. O embrião foi implantado no útero de Helen. Terminada a gravidez, Helen entregou a criança a Alex, que foi reconhecida como mãe legal do menor em Novembro de 2005 por decisão de um tribunal londrino.

II. Numa noção ampla, a maternidade de substituição consiste num fenómeno de gestação para outrem. A noção, que prescinde da alusão a uma manifestação de vontade da mulher gestante, tem a vantagem de abranger o caso bíblico da serva de Raquel. Não é, porém, suficientemente expressiva dos fenómenos modernos de maternidade de substituição, que assentam num compromisso entre os intervenientes. Por isso, afigura-se preferível uma noção mais restrita, que tenha em vista as hipóteses que actualmente são mais comuns.

O art. 8º, nº 1, da LPMA define maternidade de substituição como “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto,

⁴¹² A gestação foi feita por Tina Cade em benefício da filha, Camille Hammond, segundo notícia de 10/1/2005 (cf. <http://www.bionews.org.uk/new.lasso?storyid=2402>; última consulta efectuada em 12/6/2006).

⁴¹³ Segundo notícia da BBC News, divulgada em 10/11/2005, disponível em http://newsvote.bbc.co.uk/mpapps/pagetools/print/news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/engl... (última consulta efectuada em 12/6/2006).

renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade⁴¹⁴. No entanto, aludindo a uma renúncia translativa de poderes e deveres próprios da maternidade, o conceito contém uma visão apriorística da matéria da determinação da filiação materna: seria mãe quem dá à luz.

Assim sendo, parece-nos ser conveniente uma definição mais neutra: na maternidade de substituição, uma mulher dispõe-se a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto a outra mulher, reconhecendo a esta a qualidade jurídica de mãe. Para tornar mais fluido o discurso, passaremos a designar como mãe de gestação a mulher que se dispõe a suportar a gravidez e como mãe de recepção a mulher a quem aquela se comprometeu a entregar a criança⁴¹⁵.

A maternidade de substituição implica normalmente três fases: negociação, celebração do acordo e cumprimento do que foi estipulado. O acordo é realizado normalmente entre a mãe de gestação e a mãe de recepção, podendo intervir também os respectivos maridos ou companheiros. Em regra, a participação masculina traduz-se num consentimento que, no que respeita ao marido ou companheiro da mãe de recepção, encerra uma vontade de assumir a paternidade jurídica da futura criança, e que, no que toca ao marido ou companheiro da mãe de gestação, se concretiza no compromisso da entrega da criança à mãe de recepção e no reconhecimento de que esta é, para todos os efeitos legais, a mãe, e de que o próprio companheiro ou marido da mãe de gestação não é o pai. Na perspectiva da mãe de gestação, a fase do cumprimento desdobra-se em quatro subfases⁴¹⁶: concepção,

⁴¹⁴ Noção proposta cerca de 15 anos antes por GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma* pp. 8-9.

⁴¹⁵ Igualmente conhecida como mãe de destino ou mãe social: cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Procriação* pp. 666-667.

⁴¹⁶ Cf. ALICIA BENEDETTA FARAONI, "La maternità surrogata", capítulo de *Relazione affettive* pp. 644-645.

ou implantação de embrião; gravidez; parto; e entrega da criança à mãe de recepção, com o reconhecimento de que esta é a titular das situações jurídicas maternais (e, eventualmente, de que o marido ou companheiro da mãe de recepção é o titular das situações paternais).

III. De entre as possíveis classificações de maternidade de substituição, destacamos quatro. Uma das classificações distingue consoante a gravidez da mãe de gestação resulte da prática de acto sexual ou do recurso a uma técnica de PMA. O caso bíblico do adultério de Jacob, consentido por Raquel, enquadra-se na primeira situação. Hoje em dia, a maternidade de substituição opera sobretudo mediante o recurso a técnicas de PMA: p.e., inseminação artificial, ou intra-uterina, da mãe de gestação com espermatozóides do elemento masculino do casal de recepção. Deste modo, é à segunda modalidade que a partir de agora dedicaremos toda a nossa atenção.

Outra classificação serve-se do critério da titularidade do ovócito que está na origem da gravidez da mãe de gestação⁴¹⁷. O óvulo pode pertencer à mãe de gestação, à mãe de recepção ou a uma terceira mulher. Se o óvulo pertencer à mãe de gestação, fala-se de maternidade de substituição genética. Se não pertencer à mãe de gestação⁴¹⁸, está-se perante uma maternidade de substituição puramente gestacional. Alguma doutrina, reserva a expressão mãe portadora justamente para a mãe de gestação que não contribuiu com o óvulo⁴¹⁹. Nesta hipótese de mãe meramente

⁴¹⁷ Cf. VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe* pp. 31-32.

⁴¹⁸ P.e., houve uma transferência, para o útero ou para as trompas da mãe de gestação, de um óvulo de outra mulher ou de um embrião resultante da fertilização *in vitro* dos gametas de terceiros, não sendo as células reprodutoras femininas provenientes da mãe de gestação.

⁴¹⁹ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Procriação* pp. 666-667; orientação usual na doutrina francesa e suíça, segundo informação de NOGUEIRA DA GAMA, *A nova Filiação* p. 745, nota 1674.

portadora, o ovócito pode pertencer ou não à mãe de recepção. Se não pertencer à mãe de recepção, haverá uma terceira mulher, que designaremos como mãe dadora⁴²⁰.

Uma terceira classificação atende à existência, ou não, de contrapartidas patrimoniais para a mãe de gestação. Se o acordo estipular uma retribuição para a mãe de gestação, temos uma maternidade de substituição a título oneroso. Não estando prevista qualquer vantagem patrimonial, será uma maternidade de substituição a título gratuito.

A quarta e última classificação seleccionada contrapõe a maternidade de substituição intrafamiliar à maternidade de substituição extrafamiliar, consoante haja ou não uma ligação familiar entre a mãe de gestação e a mãe de recepção.

IV. Nas situações típicas de maternidade de substituição, é celebrado, por escrito, um acordo mediante o qual uma das partes (a mãe portadora ou de gestação) assume perante a outra (mãe ou casal de recepção) três obrigações principais: iniciar e completar uma gravidez; entregar à mãe de recepção a criança resultante da gestação; e reconhecer a mãe de recepção como mãe jurídica, abstando-se da reivindicação de quaisquer direitos parentais sobre o menor. É natural que a mãe de recepção se vincule a pagar as despesas com o parto, bem como aquelas que são inerentes à aplicação das técnicas da PMA ou estejam relacionadas com a saúde da mulher grávida e do nascituro. Eventualmente, pode ser

⁴²⁰ No caso das três irmãs inglesas, citado, *supra*, em I, a mãe dadora seria Charlotte. VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe*, p. 140, nota 203, afirma que se pode até pensar em cinco mães: "Imagine-se que uma mulher contrata com outra para que esta gere um filho que será entregue no final. Mas o embrião será gerado a partir do óvulo de uma terceira mulher. Sucede, porém, que os óvulos desta outra mulher necessitam de ser enriquecidos com ADN mitocondrial proveniente de uma outra mulher, e são ainda objecto de um transplante de núcleo, núcleo esse proveniente de uma quinta mulher."

estipulado o pagamento à mãe de gestação de uma quantia que ultrapasse o montante das despesas, o que, correspondendo a uma verdadeira retribuição, revela o carácter oneroso do compromisso. O acordo pode incluir a assunção pela mãe de gestação de certos deveres de comportamento durante a gravidez: p.e., abstenção do consumo de álcool, de drogas, da prática de actividades de risco e de relações sexuais (pelo menos no período que precede a concepção)⁴²¹.

É indubitável que o acordo de maternidade de substituição configura um contrato, isto é, uma regulação que é produto da declaração de vontade de duas partes. No entanto, qual será o tipo de contrato em apreço? Um contrato de alienação, que seria de compra e venda ou doação de uma criança⁴²², conforme fosse oneroso ou gratuito? Um contrato de concessão de gozo, que seria de aluguer ou comodato do útero⁴²³, conforme fosse celebrado a título oneroso ou gratuito?

O contrato de maternidade de substituição não é um contrato de alienação de uma criança. Os contratos de compra e venda e doação têm como efeitos essenciais comuns a transmissão da propriedade de uma coisa e a obrigação de entrega da mesma (arts. 879º e 954º). No contrato de maternidade de substituição, a mãe de gestação obriga-se a entregar uma criança, que, nos termos do art. 66º, nº 1, é uma pessoa e não uma coisa. Para mais, nos contratos de alienação, a obrigação principal do vendedor ou

⁴²¹ Cf. PAULA MARTINHO DA SILVA, *Procriação artificial* pp. 72-73; ALICIA BENEDETTA FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milão, Giuffrè, 2002 pp. 178-184.

⁴²² Ideia implícita na posição de dois autores norte-americanos que defenderam a organização de "um mercado de bebés" (cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma* pp. 15-16).

⁴²³ Inspirando-se neste tipo de qualificação, cf. FRANCESCO PATRUNO, "La vicenda sul c.d. utero in affitto. Profili giuridici", *DFP* 2001/4, pp. 1642 e s.

doador circunscreve-se à entrega do objecto, enquanto o contrato de maternidade de substituição engloba uma obrigação principal prévia à entrega da criança – a mãe de gestação vincula-se a iniciar e completar uma gravidez.

A maternidade de substituição tão-pouco se confunde com um contrato de aluguer ou comodato do útero. No contrato de aluguer ou comodato, uma das partes obriga-se a proporcionar à outra o uso temporário de uma coisa⁴²⁴. Ora, ainda que se aceitasse a qualificação de uma parte do corpo de um ser humano vivo como uma coisa, a verdade é que a maternidade de substituição não se reduz a uma disponibilização do útero para uma gestação em benefício de terceiro. A mãe de gestação obriga-se a entregar o menor e a reconhecer a filiação jurídica deste relativamente à mãe de recepção.

À maternidade de substituição parece adequar-se melhor a qualificação de contrato de prestação de serviço atípico⁴²⁵. O art. 1154º define o contrato de prestação de serviço como aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho. Na maternidade de substituição, a mãe de gestação compromete-se a entregar, de facto e de direito, à mãe de recepção o fruto da sua actividade de gestação. Trata-se de um contrato em que o serviço prestado consiste numa gestação por conta de outrem.

V. Será válido o contrato de gestação por conta de outrem? A resposta depende, em certa medida, do entendimento que se tiver dos limites ao princípio da liberdade contratual. Como é sabido, genericamente, o sistema romano-germânico contém

⁴²⁴ Cf. arts. 1022º, 1023º, 1031º e 1129º.

⁴²⁵ Igualmente, MASSIMO DOGLIOTTI/ALBERTO FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milão, IPSOA, 2004, p. 35; ARNALDO RIZZARDO, *Direito de Família*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005, pp. 511-512.

mais restrições à autonomia privada do que o sistema anglo-americano. Consequentemente, não é de estranhar a separação que se observa entre os ordenamentos de um e de outro sistema no que toca à maternidade de substituição. No sistema anglo-americano, há uma oscilação entre a permissão e a proibição. No sistema romano-germânico, predomina a orientação contrária à figura da mãe portadora.

Contudo, importa ser mais preciso. No sistema anglo-americano, há que aludir, em separado, ao direito inglês e ao direito norte-americano. O direito inglês admite a maternidade de substituição a título gratuito, mas não aquela que é praticada a título oneroso⁴²⁶. No direito norte-americano, a solução varia de Estado para Estado federado. Em Dezembro de 2000, cerca de metade dos Estados tinham legislação ou regra do precedente sobre o contrato de gestação por conta de outrem; no seio destes, cerca de metade permitia a maternidade de substituição, enquanto os restantes a proibiam; e alguns dos Estados que acolhiam a validade do contrato afastavam a possibilidade de ser atribuída uma compensação de qualquer tipo à mãe de gestação. Tendo em conta este panorama, o art. 8 do *Uniform Parentage Act* norte-americano⁴²⁷ propõe a admissibilidade do contrato de gestação, mas faz depender a vinculatividade do acordo de uma homologação judicial, estabelecendo um paralelo com o processo de adopção; ao contrato de maternidade de substituição não homologado é negada relevância na determinação da filiação, sem

⁴²⁶ *Surrogacy Arrangements Act* 1985, secção 2. Sobre o assunto em Inglaterra, cf. RUTH DEECH, "The Legal Regulation of Infertility Treatment in Britain", em *Cross Currents* pp. 185-186; JONATHAN HERRING, *Family Law* pp. 336-337.

⁴²⁷ Sobre o *Uniform Parentage Act* cf., *supra*, nota 258. Acerca da maternidade de substituição nos Estados Unidos da América, cf. GEORGE J. ANNAS, "The Regulation of Human Reproduction in the US", em *Cross Currents* pp. 151-155; WEISBERG, *Family Law* pp. 258-263.

prejuízo de os pais de recepção poderem ser responsabilizados pelo sustento da criança na sequência do parto da mãe de gestação.

No sistema romano-germânico, a maternidade portadora é expressamente proibida pela legislação espanhola⁴²⁸, francesa⁴²⁹, italiana⁴³⁰ e alemã⁴³¹; no Brasil, prevalece a opinião contrária à admissibilidade da maternidade de substituição⁴³². Portugal segue a tendência que se manifesta nos países com os quais tem maiores afinidades: o art. 8º, nº 1, da LPMA determina a nulidade dos negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição. Todavia, a matéria é controversa. Uma vez que a própria validade da lei ordinária depende da sua conformidade constitucional, é inevitável uma apreciação do tema da admissibilidade ou inadmissibilidade da maternidade de substituição com base nos princípios de Direito da Personalidade e de Direito da Filiação que estão inscritos na lei fundamental.

De entre os muitos argumentos que são aduzidos a favor da maternidade de substituição⁴³³, avultam três. Diz-se que a

⁴²⁸ Art. 10.1. da Lei 14/2006, de 26/5 (“Técnicas de Reproducción Humana Asistida”). Sobre a maternidade de substituição em Espanha, no âmbito da lei anterior, cf. SALVADOR IDRACH, “Gestación por sustitución: Inadmisión en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre”, *Revista General de Derecho*, may, 1997, pp. 5175 e s.

⁴²⁹ Art. 16-7 do *Code civil*. Sobre a maternidade de substituição em França, cf. PATRICK COURBE, *Droit de la Famille*, 4ª ed., Paris, Armand Colin, 2005, pp. 381-383.

⁴³⁰ Art. 12º, nº 6 da Lei nº 40, de 19/02/2004 (“Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”).

⁴³¹ § 1 I Nr. 7 da *Embryonenschutzgesetz* (Lei de Protecção dos Embriões, conhecida abreviadamente como EmbryoSchG ou ESchG), de 13/12/1990. Sobre a maternidade de substituição no direito alemão, cf. SCHLEGEL, “Zur Wirksamkeit von Ersatzmutterchaftsverträgen und deren Rechtsfolgen für das Kind”, *Familie und Recht* 1996, pp. 116 e s.

⁴³² Cf. NOGUEIRA DA GAMA, *A nova Filiação* p. 748.

⁴³³ Cf., p.e., os que são estudados por VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe* pp. 63-88.

maternidade de substituição cria vida humana, que assegura o direito de procriar em condições de igualdade e que está de harmonia com o princípio da autonomia privada.

À primeira vista, a maternidade de substituição, ao multiplicar as hipóteses de nascimento de um ser humano, é susceptível de encontrar fundamento num princípio de favorecimento da vida humana⁴³⁴, emergente do art. 24º da CRP

O segundo argumento em abono da gestação por conta de outrem é o de que só este contrato faculta o acesso à maternidade das mulheres que não conseguem completar uma gravidez com sucesso, evitando que elas sejam discriminadas relativamente àquelas que, graças às técnicas de PMA, acabam por gerar crianças que nem sequer conseguiriam conceber pela prática de relações sexuais. E na verdade o art. 36º, nº 1, da CRP, reconhece um direito de constituir família em condições de plena igualdade, que abarca o direito de procriar.

No entanto, os dois argumentos em equação acabam por não ser particularmente aptos para a resolução do problema da admissibilidade ou inadmissibilidade da maternidade de substituição. A criação de vida humana e a procriação não são valores absolutos. Não se pode pensar pura e simplesmente que é melhor existir do que nunca existir, que é melhor ser concebido e nascer do que nunca ter sido concebido e nunca ter nascido. A concepção, nomeadamente quando decorre da aplicação de uma técnica de PMA, deve ser um acto reflectido, sensível aos sentimentos e necessidades da pessoa que se virá a formar e a nascer. É neste sentido que se compreende o art. 67º, nº 2, al. d), da CRP, preceito que encarrega o Estado de “organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma

⁴³⁴ Em Israel, a maternidade de substituição é admitida, fenómeno que é justificado pelo facto de a procriação ser aí entendida “não apenas como um dever religioso, mas inclusive como uma obrigação patriótica” (cf. VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe* pp. 107-108).

maternidade e paternidade *conscientes*". E, concretamente sobre o argumento que invoca uma exigência de igualdade no acesso à maternidade, lembre-se que o direito de procriar está limitado pelo interesse da futura criança.

Deste modo, resta avaliar a consistência do argumento da autonomia privada, autonomia que a Constituição da República Portuguesa tutela ao declarar que todos têm direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26º, nº 1)⁴³⁵ ou à liberdade (art. 27º, nº 1)⁴³⁶. Só que o exercício da liberdade contratual está balizado pelos princípios fundamentais do direito, que penetram em conceitos indeterminados. É assim que os negócios jurídicos são nulos se contrariarem a ordem pública ou os bons costumes, como resulta do art. 280º, nº 1, do Código Civil.

Entre nós, é nítida a repulsa pelo contrato de gestação a título oneroso⁴³⁷. De facto, a gestação e entrega de uma pessoa, a troco de dinheiro, atenta contra o valor da dignidade humana: a gestação é tida como um serviço qualquer, ignorando-se totalmente a sua natureza íntima, e a criança é equiparada a um objecto, ao resultado de uma actividade.

O contrato de gestação a título gratuito não enfrenta idêntico grau de oposição, apesar de dar azo frequentemente a situações de substituição intrafamiliar, que escapam aos quadros tradicionais de concepção do parentesco⁴³⁸. Lembre-se apenas o exemplo da

⁴³⁵ Cf. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição* pp. 611-616.

⁴³⁶ Cf. CAPELO DE SOUSA, *O direito geral* pp. 256 e s., em particular p. 257, nota 597, e p. 281.

⁴³⁷ Cf., nomeadamente, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma* pp. 17 e s.; VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe* p. 126; SOUSA DINIS, *Procriação* p. 12. Noutro sentido, cf. FERNANDO ARAÚJO, *Procriação assistida* pp. 29 e s., que aduz argumentos relativizadores da proibição do "aluguer do útero".

⁴³⁸ Cf., sobre as consequências da substituição intrafamiliar, ALICIA BENEDETTA FARAONI, *La maternità surrogata* (citada, *supra*, na nota 421) pp. 249-252.

mulher que gera uma criança para a sua filha: a mãe de gestação da criança será concomitantemente avó.

A falta de uma contrapartida económica para a mãe de gestação, que indicia o altruísmo da sua atitude, leva os autores a defenderem a plena validade do contrato nos casos em que a mãe de recepção seja a mãe genética, por não haver colisão com aquele que seria o critério exclusivo ou predominante de estabelecimento da filiação (o critério biológico)⁴³⁹; ou a pugnar, ainda que *de lege ferenda*, pela validade de todos os contratos de gestação a título gratuito, de forma a que se evite uma discriminação dos casais compostos por mulheres impossibilitadas de concluir uma gestação com sucesso, que não poderiam ter filhos, perante os casais inférteis, que já poderiam ter filhos mediante o recurso às técnicas de procriação assistida⁴⁴⁰.

Embora preveja a invalidade de todos os negócios de maternidade de substituição, incluindo expressamente os gratuitos, a LPMA não deixa de atender à especificidade da gestação não remunerada: o art. 39º só estabelece sanções penais para a maternidade de substituição a título oneroso.

Não obstante a menor censura moral que enfrentam os contratos gratuitos de gestação por conta de outrem ou até a simpatia pública de que por vezes gozam, um ilustre cultor do Direito da Filiação⁴⁴¹ há muito que se pronuncia pela sua invalidade, apresentando fundamentalmente as duas seguintes razões: ao

⁴³⁹ Cf. FRANCISCO AGUILAR, *Dignidade* pp. 682 e s.; TIAGO DUARTE, *In vitro* pp. 86 e s.

⁴⁴⁰ Cf. SOUSA DINIS, *Procriação* pp. 12-13. Considerando que a maternidade de substituição "pode ser classificada como um *demerit good*", VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe* pp. 128, 129 e 141, manifesta-se também favorável, *de iure constituendo*, à validade dos contratos de gestação a título gratuito.

⁴⁴¹ Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Mãe há só uma* pp. 60 e s. Com base em razões semelhantes, SOUSA DINIS, *Procriação* p. 13, aceita, *de iure condito*, a proibição dos contratos de gestação gratuitos.

estipularem a entrega (de facto e de direito) da criança que venha a nascer a alguém que não é a mãe de gestação, tais contratos violam o princípio da taxatividade dos meios de regular o destino dos menores, que é um dos princípios básicos da regulamentação dos estados de família; além disso, o consentimento da mãe de gestação quanto à entrega da criança, sendo prestado antes da concepção, ofende o art. 1982º, nº 3 (que prevê que o consentimento para a adopção só pode ser dado pela mãe do adoptando decorridas seis semanas após o parto), aplicável analogicamente ao consentimento estruturante do contrato de gestação.

Salvo o devido respeito, os dois motivos apontados não são decisivos: na eventualidade de coincidência entre a mãe genética e a mãe de recepção, é discutível quer a existência de uma violação das regras legais de regulação do destino dos menores, dado o predomínio do critério biológico no estabelecimento da filiação (que, por isso, tende a orientar a definição da titularidade dos direitos e deveres parentais), quer uma aplicação analógica do regime da prestação do consentimento da mãe do adoptando à prestação do consentimento da mãe de gestação, já que o regime da adopção pressupõe que os adoptantes não sejam simultaneamente progenitores biológicos...

Seja como for, o contrato de gestação a título gratuito não pode deixar de ser sempre nulo, por impor a uma das partes que ela suporte “uma gestação integral necessariamente perturbadora da condição da mulher”⁴⁴². Há uma intensa instrumentalização do corpo de uma pessoa para que outra pessoa venha a receber um filho.

Em suma, encontra inteira justificação constitucional a solução da LPMA: do princípio da dignidade da pessoa humana extrai-se a inadmissibilidade da maternidade de substituição.

⁴⁴² Era o que escrevia, em 2002, PAMPLONA CORTE-REAL, *Procriação* p. 358. Entretanto, em 2008, PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* p. 144, declara aceitar a “pertinência jurídica do contrato de gestação para outrem”.

Há, porém, um problema a resolver quanto ao contrato de gestação a título oneroso. O que acontece se as partes cumprirem o que foi estipulado? O que acontece se a criança tiver nascido para ser entregue à mãe de recepção? O contrato é nulo e o art. 289º, nº 1, associa à nulidade a obrigação de restituição de tudo o que tiver sido prestado. Mas, se devem ser restituídas as quantias pagas a título de retribuição pelo serviço de gestação por conta de outrem, isto não significa que à mãe de gestação seja absolutamente vedado o direito a uma compensação pelas despesas e danos decorrentes da celebração e cumprimento de um contrato nulo, se estiverem preenchidos os requisitos da responsabilidade civil pré-contratual (cf. art. 227º) e não houver motivo para excluir a indemnização com base em culpa da lesada (cf. art. 570º)⁴⁴³.

12.10. A procriação assistida *post mortem*

1. Será permitida, à luz do nosso ordenamento, a fecundação *in vitro* (IIU ou ICSI), em benefício de uma mulher, mediante o uso de esperma do outro membro do casal, entretanto falecido? À primeira vista, a resposta deve ser negativa, tendo em conta a biparentalidade tendencial, não meramente genética, que funda o nosso sistema de filiação, e que obsta, aliás, ao acesso à procriação das pessoas que não estejam casadas nem vivam em união de facto. A programação consciente da vinda de um filho que nascerá já órfão de pai representa uma secundarização do interesse da criança relativamente ao interesse dos progenitores⁴⁴⁴

⁴⁴³ O que, sendo raro, não é impossível. Diferentemente, ALICIA BENEDETTA FARAONI, “La maternità surrogata”, capítulo de *Relazione affettive* p. 649: exclui liminarmente qualquer ressarcimento, ainda que haja boa fé da mãe portadora, alegando que “ignorantia legis non excusat”.

⁴⁴⁴ Cf. ELOY AZEVEDO, *Procriação* p.100; TERRÉ/FENOUILLET, *La famille* p. 803.

– interesse, indevidamente privilegiado, que tanto poderá ser o do defunto (desejo de imortalidade ou vontade de resolver problemas sucessórios) como o do membro sobrevivente do casal (tentativa de obter consolo ou evitar a solidão).

II. A LPMA estabelece que, após a morte do marido ou do homem que vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sêmen do falecido, ainda que este haja consentido na inseminação (art. 22º, nº 1). A proibição estende-se à fertilização *in vitro* posterior à morte do membro do casal beneficiário que depositou o seu sêmen ou ovócitos (art. 26º) e à utilização *post mortem* de outras técnicas de PMA (art. 47º).

12.11. O destino dos embriões excedentários

I. A fertilização *in vitro* produz um efeito colateral negativo: a criação de embriões que excedem o número daqueles que clinicamente podem ser implantados numa mulher ou daqueles que o casal aceita que venham a ser transferidos para o útero ou para as trompas da mulher. Surge assim uma questão eticamente muito sensível, que para alguns⁴⁴⁵ ilustra o carácter indesejável da utilização desta categoria de técnicas. Qual o destino a dar aos embriões excedentários? Devem ser conservados para serem usados pelo casal originariamente beneficiário ou por outro casal? Devem ser destruídos, mantidos indefinidamente num estado de criopreservação⁴⁴⁶ ou utilizados para fins de investigação científica?

⁴⁴⁵ Cf. a Declaração de voto do Conselheiro J. P. Ramos Ascensão, ao Parecer nº44/CNECV/04 (citado, *supra*, na nota 354): “a PMA, desde logo, é ética e juridicamente reprovável, na medida em que só excepcionalmente é dissociável de um elevado desperdício de embriões” (parte III).

⁴⁴⁶ “Os embriões, a partir de cinco ou mais anos de criopreservação, e alguns antes, são quase todos moribundos, impróprios para transferência intra-uterina”

A solução está em aberto, porque depende do estatuto que for reconhecido ou concedido ao embrião humano⁴⁴⁷⁻⁴⁴⁸. Designadamente, se se entender que o embrião não passa de um mero aglomerado de células humanas, não chocará a possibilidade de ser destruído ou usado para fins de investigação científica. Mas se se considerar que o embrião é um ente vivo da espécie humana que irá ser uma pessoa, então o único destino configurável será a sua afectação a um projecto parental.

II. Na dúvida, *pro* embrião⁴⁴⁹. É de seguir a solução que mais protege e dignifica o embrião. Por isso, há que encarar a sua implantação *post mortem* como um desvio lícito ao princípio

(nº 4 da Declaração de voto do Conselheiro Daniel Serrão, ao Parecer nº 44/CNECV/04, citado, *supra*, na nota 354).

⁴⁴⁷ Sobre este assunto, cf., em particular as reflexões de DANIEL SERRÃO, *Livro Branco. Uso de embriões humanos em investigação científica*, Lisboa, Ministério da Ciência e do Ensino Superior, 2003, obra que foi consultada em <http://www.portugal.gov.pt>; o Parecer nº 47/CNECV/05, de Novembro de 2005, sobre a investigação em células estaminais (disponível em <http://www.cneecv.gov.pt>), que, apesar de aludir à existência de perspectivas diferentes sobre o estatuto ontológico do embrião, entende que “a destruição de embriões criopreservados com o fim específico de obtenção de células estaminais destinadas a investigação constitui uma instrumentalização contrária à sua dignidade”. A conclusão do Parecer tem mais força desde a altura em que investigadores norte-americanos fizeram o anúncio de que é possível obter células estaminais sem destruição de embriões (cf., nomeadamente, jornal “Expresso”, de 26 de Agosto de 2006, caderno principal, p. 14).

⁴⁴⁸ E do próprio conceito de embrião, pois há quem considere que não há embrião, mas sim pré-embrião, antes do 14º dia da fertilização. Entre nós, esta tese foi sustentada, nomeadamente, pelo Dr. Mário Sousa, especialista em PMA, médico e investigador no Hospital de São João, no Porto, numa entrevista dada a um jornal (semanário “Expresso”, de 31 de Julho de 2004, caderno principal, p. 20).

⁴⁴⁹ Cf. PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal* cit., pp. 40-41 (“optar na dúvida pela vida “ é a única posição conforme com a garantia constitucional da inviolabilidade da vida humana); RUI MEDEIROS/JORGE MIRANDA, *Constituição* pp. 517-518, 520-524.

da biparentalidade, em contraste com o juízo que merece a fecundação *in vitro*, mediante o uso de esperma do outro membro do casal já falecido⁴⁵⁰. E, na falta de afectação ao projecto parental do casal originariamente beneficiário, afigura-se desejável a implantação do embrião num membro de outro casal heterossexual, desde que seja legalmente combatido o risco de a possibilidade de “adopção embrionária” estimular a tendência para criar embriões excedentários⁴⁵¹. Na ausência de casais heterossexuais interessados na recepção do embrião, este poderá ser implantado numa pessoa só ou num dos membros de casal homossexual feminino.

III. A LPMA não fixa um número máximo de ovócitos a inseminar em cada processo, mas consagra o princípio geral de que apenas deve ser criado o número considerado necessário para o êxito do processo de fertilização *in vitro*, “de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado” (art. 24º, nº 1).

O art. 25º da LPMA regula o destino dos embriões excedentários. Os embriões com condições de mínima viabilidade devem ser criopreservados, com o propósito de serem transferidos para o casal de beneficiários originários no prazo de três anos (nºs 1 e 4). Decorrido o prazo de três anos, podem ser utilizados para PMA em favor de outrem, com o consentimento dos beneficiários

⁴⁵⁰ Igualmente, TIAGO DUARTE, *In vitro* p. 99, nota 208.

⁴⁵¹ Alerta para este risco GUILHERME DE OLIVEIRA, “Aspectos jurídicos da procriação assistida”, *ROA* nº 49, Dezembro de 1989, p. 785: “Conhecidas as dificuldades de praticar a adopção por falta de crianças nas condições legais e sociais idóneas, poderia ser tentador procurar as «adopções pré-natais» de embriões excedentários, contrariando, afinal, o preceito básico de evitar a superfecundação *in vitro*.”

A “tentação” pode ser repelida mediante a fixação de um número máximo de ovócitos a inseminar por cada implantação e a previsão da punibilidade do acto deliberado de criação de embriões excedentários.

originários (nº 3). No entanto, somente se prevê a transferência embrionária para um casal infértil (nº 2). Os embriões “que não tiverem a possibilidade de ser envolvidos num projecto parental” são susceptíveis de serem utilizados para fins de investigação científica, nos termos do art. 9º da LPMA (nº 5).

O art. 22º, nº 3, da LPMA entende ser lícita a transferência de embrião para o membro feminino do casal de beneficiários originários, após a morte do membro masculino, destinada a “permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão”.

13. O estabelecimento da filiação, nos casos de procriação medicamente assistida homóloga e parcialmente heteróloga

13.1. O estabelecimento da filiação, na procriação medicamente assistida homóloga

I. É preciso distinguir consoante a procriação assistida homóloga tenha sido ou não consentida pelos membros do casal⁴⁵². Não se considera juridicamente fixada a filiação entre o filho e o membro do casal que não tenha consentido no uso da técnica de PMA. A filiação é estabelecida, nos termos gerais⁴⁵³, relativamente ao membro do casal que tenha consentido no uso da técnica de procriação. Isto é, por declaração de maternidade, presunção de paternidade, perfilhação ou reconhecimento judicial⁴⁵⁴.

⁴⁵² Cf., *supra*, Parte I, nº 12.4. III.

⁴⁵³ Cf., *supra*, Parte I, nºs 4 e s.

⁴⁵⁴ Na acção de investigação da paternidade, o autor tem de provar que o pretense pai consentiu no uso da técnica de PMA de que resultou o nascimento, e não a chamada coabitação causal (cf., *supra*, Parte I, nº 6.6. III). De qualquer modo, o autor beneficiará das presunções constantes do art. 1871º, nº 1 (v.g., a da alc.).

II. Sempre que nasce uma criança mediante o uso de uma técnica de PMA é necessário proceder à determinação jurídica da respectiva filiação, independentemente de aquele uso ter sido ou não conforme às regras e aos princípios do ordenamento jurídico.

Se houver procriação homóloga *post mortem* especificamente consentida pelo membro masculino do casal que faleceu, a filiação será estabelecida por reconhecimento judicial, nos termos gerais⁴⁵⁵⁻⁴⁵⁶, a não ser que se trate de implantação de embrião

⁴⁵⁵ Cf., *supra*, Parte I, n.º 6.6, com a adaptação indicada, *supra*, na nota 454.

⁴⁵⁶ Mas quais são os direitos sucessórios do filho póstumo?

O art. 2033.º, n.º 2, al. a), atribui capacidade testamentária ou contratual aos nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão. Ou seja, o filho sucede se tiver sido contemplado com uma liberalidade testamentária ou contratual, na qualidade de descendente do membro sobrevivente do casal.

O art. 2033.º, n.º 1, atribui capacidade sucessória geral a todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, o que não viabiliza o reconhecimento de direitos sucessórios legais ao filho nascido por inseminação *post mortem*, que é concebido após a abertura da sucessão (cf., no entanto, PAMPLONA CORTE-REAL, *Procriação* p. 361: no caso de a inseminação *post mortem* vir a ser permitida por uma futura lei, o prestigiado professor sugere que se aplique o disposto no art. 2033.º, n.º 2, al. a), admitindo-se “extensivamente a capacidade sucessória de concepturos nascidos por inseminação *post mortem*, *maxime* como filhos do dador falecido e na sucessão legal, nos mesmíssimos termos”).

Apesar de o art. 2033.º, n.º 1, consagrar, indistintamente, a capacidade sucessória de pessoa já concebida à data da morte do *de cuius*, OLIVEIRA ASCENSÃO (*Procriação* p. 672) afirma que não caberá a qualidade de sucessível legítimo e legitimário ao filho resultante de uma transferência póstuma de embriões, já existentes no momento da abertura da sucessão, quando o respectivo nascimento não tiver ocorrido dentro dos 300 dias subsequentes à abertura da sucessão. Contra, TIAGO DUARTE, *In vitro* p. 114, nota 237, para quem o filho será herdeiro legal, independentemente do tempo que mediar entre a abertura da sucessão e o nascimento.

Noutra obra (*Direito da Família e das Sucessões*, vol. II, *Direito da Filiação. Filiação biológica, adoptiva e por consentimento não adoptivo. Constituição*,

produzido antes do falecimento de pessoa casada com a mãe, caso em que se aplica a presunção “*pater is est*” (art. 1826.º)⁴⁵⁷.

O art. 23.º da LPMA prevê especificamente que, se após a morte do marido ou homem com quem vivia em união de facto,

efeitos e extinção, Lisboa, AAFDL, 2005, p. 61), seguimos a posição do professor Oliveira Ascensão, invocando o seguinte argumento: “No Código Civil, o momento da concepção está associado ao da gestação ou gravidez, como se depreende dos arts. 1798.º a 1800.º; a previsão da capacidade sucessória do nascituro é compreensível unicamente no pressuposto de que as dúvidas em torno da concretização da sua vocação sucessória serão rapidamente dissipadas – dentro de um prazo curto, como é o do período legal de gestação.” Todavia, o princípio da não discriminação com base no nascimento resultante da utilização de técnicas de PMA (cf., *supra*, Parte I, n.º 12.4. III) é capaz de não legitimar uma interpretação restritiva que negue a qualidade de sucessível legal ao filho, resultante de uma implantação *post mortem* de embrião já existente no momento da abertura da sucessão, só porque nasceu decorridos mais de 300 dias contados a partir da morte do pai. Muito claramente, contra a mencionada interpretação restritiva, PAULO NASCIMENTO, “Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios”, em Berenice Dias/Duarte Pinheiro, *Escritos* pp. 239-240: na situação estabelecida no art. 22.º, n.º 3, da LPMA, havendo um embrião no momento da abertura da sucessão, “a criança a nascer será um sucessível legítimo e legítimo do falecido, por estar literalmente prevista no art. 2033.º/1”.

Em contrapartida, PAULO NASCIMENTO, *ob. cit.*, p. 241, exclui a vocação legal do filho gerado após a abertura da sucessão, argumentando com a ilicitude da inseminação *post mortem* e com razões de segurança jurídica e estabilidade das posições adquiridas, “nomeadamente as que se prendem com a *ratio* do art. 1819.º/2”. Mas, segundo PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* pp. 139-140, reconhecida a filiação relativamente ao pai falecido (há inseminação ou implantação *post mortem* de embrião), o princípio de não discriminação parece impor “a plena aquisição do estado jurídico de filho, sem qualquer afectação do mesmo pelo nascimento ulterior à morte daquele”. Igualmente, REMÉDIO MARQUES, *Procriação* pp. 41-42; SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspectos sucessórios da Procriação medicamente assistida homóloga «post mortem»*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 158-169, 180-181.

⁴⁵⁷ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 p. 92.

a mulher for inseminada com sémen do falecido, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido, salvo quando, à data da inseminação, a mulher esteja casada ou viva há pelo menos dois anos em união de facto com homem, que, nos termos do art. 14º da LPMA, tenha dado o seu consentimento a tal acto. Com o intuito de evitar situações de orfandade⁴⁵⁸, a ressalva atribui a paternidade ao marido ou companheiro vivo no momento da inseminação, o que representa uma concretização de filiação por consentimento adoptivo⁴⁵⁹. Ao abrigo dos arts. 26º e 47º da LPMA, o art. 23º cobre outras técnicas de PMA *post mortem*.

III. Se houver maternidade de substituição puramente gestacional com células reprodutoras inteiramente provenientes do casal de recepção, a filiação deveria ser estabelecida em relação aos seus membros, de harmonia com as regras gerais⁴⁶⁰.

Contudo, o art. 8º, nº 3, da LPMA declara que a mulher que suportar uma gravidez de substituição é havida, para todos os efeitos legais, como mãe da criança que vier a nascer. O diploma segue uma lógica estritamente obrigacional, que, aparentemente, coincide com a lógica subjacente ao sistema português de estabelecimento da maternidade. Numa visão puramente obrigacional, a invalidade obsta à produção das consequências pretendidas pelos contraentes. Se as partes do contrato de maternidade de substituição queriam que a qualidade jurídica de mãe coubesse à mãe de recepção, a nulidade impede a relevância da

⁴⁵⁸ Cf., *supra*, Parte I, nº 12.10. I.

⁴⁵⁹ Cf., *infra*, Parte I, nºs 14-15. À luz do art. 23º, nº 2, da LPMA, que manda aplicar o disposto no art. 1839º, nº 3, a paternidade constitui-se por presunção relativamente ao marido ou companheiro da mãe que estava vivo no momento da inseminação, não podendo essa presunção ("pater is est", no caso do marido, e atípica, no caso do companheiro) ser impugnada com fundamento no carácter heterólogo da PMA.

⁴⁶⁰ Cf., *supra*, Parte I, nºs 4 e s.

vontade que manifestaram. Todavia, a constituição do vínculo de filiação não está sujeita às regras legais sobre os negócios jurídicos. O que será fulcral é o interesse da criança, cuja protecção anima as normas atinentes à filiação⁴⁶¹.

Numa primeira análise, o que se lê na LPMA corresponde ao que é estatuído nas normas gerais sobre o estabelecimento da maternidade: o art. 1796º, nº 1, prevê que a filiação materna resulta do facto do nascimento. No entanto, a correspondência assinalada é totalmente formal. Quando aludiu ao facto do nascimento, num preceito com redacção de 1977, o legislador do Código Civil teve em vista unicamente as situações em que a mãe de gestação é a mãe biológica. O parto foi mencionado enquanto sinal de ligação genética incontestável entre duas pessoas, a parturiente e o recém-nascido⁴⁶².

O critério biológico é decisivo⁴⁶³: para todos os efeitos (designadamente, os do art. 1816º, nº 1), seria de supor que o filho nasceu da mãe genética e não da mãe de gestação⁴⁶⁴. A preponderância do critério biológico ajusta-se ao peso do interesse da criança na configuração do direito fundamental de constituir família: dependendo o poder paternal da constituição do vínculo de filiação, é de esperar um melhor desempenho das responsabilidades parentais por aqueles que são os pais genéticos.

⁴⁶¹ Cf., *supra*, Parte I, nº 1 III.

⁴⁶² Cf. PAULA MARTINHO DA SILVA, *Procriação* pp. 75-76: "o legislador nunca imaginou, aquando da elaboração de normas sobre esta matéria, que a maternidade genética pudesse ser dissociada da maternidade gestadora!"

⁴⁶³ Cf., *supra*, Parte I, nº 3.

⁴⁶⁴ No sentido da maternidade jurídica da mãe de recepção que seja simultaneamente mãe genética, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Procriação* p. 668; TIAGO DUARTE, *In vitro* pp. 86 e s.; FRANCISCO AGUILAR, *Dignidade* pp. 682 e s.; VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe* p. 132.

Assim sendo, de *iure condendo* e até numa perspectiva constitucional, afigura-se questionável a solução da LPMA, que imputa sempre à mãe de gestação a maternidade jurídica de uma criança nascida na sequência de um contrato de maternidade de substituição⁴⁶⁵. Se a mãe de recepção for a mãe genética, como justificar o entendimento de que a mãe de gestação é a mãe legal da criança? Eventualmente, em nome da invalidade do contrato e da necessidade de sancionar as partes. No entanto, o aspecto primordial não será o interesse da criança? O que protege mais o menor? A constituição do vínculo de filiação materna relativamente a alguém que desejou a criança e que tem com ela laços de sangue? Ou a constituição do vínculo quanto a alguém que não tem com ela nenhuma ligação biológica e que só quis dar à luz a criança para a entregar a outrem?

Nos casos de maternidade de substituição exclusivamente gestacional, atribuir à mãe portadora a qualidade legal de mãe pode representar um factor de criação de uma situação de risco para a criança, dada a escassa motivação da mãe forçada para a prestação de cuidados parentais. É claro que nada impede que a mãe de substituição, descontente com a sua qualidade de mãe jurídica, decida livremente dá-la em adopção à mãe de recepção, prestando o consentimento adequado para o efeito (decorridas seis semanas após o parto)⁴⁶⁶. Mas, entretanto ou em vez disso, conhecendo a natureza humana, terá sido devidamente prevenida a hipótese de uma situação de abandono da criança?

⁴⁶⁵ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Lei n° 32/06* pp. 997-999, que censura a estatuição do art. 8º, n° 3, da LPMA, no caso de o óvulo ser da beneficiária. Na visão de PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* p. 143, não parece aceitável a solução contida no mesmo preceito, por poder colidir com o interesse superior da criança, "único critério relevante".

⁴⁶⁶ Cf. CAPELO DE SOUSA, *O direito geral* pp. 226-227, nota 466.

13.2. O estabelecimento da filiação, na procriação assistida parcialmente heteróloga

I. Havendo procriação assistida parcialmente heteróloga, a filiação será estabelecida em relação ao beneficiário que tiver contribuído com as respectivas células reprodutoras, nos termos das regras gerais sobre o estabelecimento da filiação⁴⁶⁷, ainda que o uso da técnica de procriação não tenha sido conforme às regras e aos princípios do ordenamento jurídico.

Na hipótese de procriação assistida parcialmente heteróloga em benefício de casal heterossexual, a filiação será estabelecida, nos termos gerais, em relação àquele que tiver contribuído com as suas células reprodutoras e tiver consentido no uso da técnica de procriação; o outro membro do casal poderá assumir a qualidade de pai jurídico se se observarem as condições da filiação por consentimento não adoptivo⁴⁶⁸.

II. Na hipótese de procriação assistida em benefício de uma só pessoa realizada com o recurso às respectivas células reprodutoras, a filiação será estabelecida em relação a ela, nos termos gerais, e unicamente em relação a ela. O dador não será tido como pai⁴⁶⁹.

Na hipótese de PMA em benefício de casal homossexual em que um dos membros tenha contribuído com células reprodutoras, a filiação será estabelecida apenas quanto a este. Em nome da regra da biparentalidade heterossexual⁴⁷⁰, não será considerado pai jurídico o membro do casal que não tenha uma ligação biológica com a criança. E também não será pai jurídico o dador.

⁴⁶⁷ Cf., *supra*, Parte I, n°s 4 e 5.

⁴⁶⁸ Cf., *infra*, Parte I, n°s 14 e 15.

⁴⁶⁹ Cf., *supra*, Parte I, n° 12.4. III.

⁴⁷⁰ Cf., *supra*, Parte I, n° 12.6.

Secção V – Constituição da filiação por consentimento não adoptivo

Cf., *supra*, bibliografia da secção IV, e: Guilherme de Oliveira, *Paternidade* 335-368; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF II/1* 143-144; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC 1839°* (9-11); Guilherme de Oliveira, *Filiação 1839° VII*; Joana Cabral Pereira, *Inseminação* 151-175; Ferreira-Pinto, *Dicionário* 312-313, 332-334; Costa Pimenta, *Filiação* 104-106.

14. Noção de filiação por consentimento não adoptivo

I. O vínculo de filiação por consentimento não adoptivo define-se por exclusão de partes: é a modalidade de filiação que não é biológica nem adoptiva⁴⁷¹. Demarca-se da filiação biológica, por ser independente dos laços de sangue. Demarca-se da filiação adoptiva, por se não constituir mediante sentença de adopção, apesar de pressupor também a vontade daquele que virá a assumir uma posição juridicamente equivalente à de progenitor.

II. A identificação da filiação por consentimento não adoptivo deve muito à análise doutrinária do art. 1839°, nº 3. Ao proibir a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu, a disposição legal atribui a paternidade ao marido da mãe que foi sujeita a inseminação,

⁴⁷¹ De acordo com PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* p. 105, “não tem qualquer cabimento a referência a uma modalidade diversa de filiação, constituída por um consentimento dito não adoptivo (ideia de Duarte Pinheiro)”. E o ilustre Professor reconduz a “dita filiação por consentimento não adoptivo a uma mera técnica de PMA”. Contudo, aquilo que “baptizamos” com a expressão filiação por consentimento não adoptivo não é uma técnica de PMA, mas o resultado do recurso a uma técnica de PMA; e não é, como se percebe no texto principal, nem um vínculo biológico nem um vínculo adoptivo.

mesmo que o esperma seja de terceiro, o que representa um afastamento do critério biológico da filiação, e sem que o vínculo de filiação tenha sido constituído por sentença, como acontece na adopção⁴⁷².

Uma parte da doutrina opõe-se a esta interpretação, alegando que se está perante uma simples proibição do *venire contra factum proprium*. Deste modo, o filho resultante da inseminação poderia impugnar a paternidade do marido da mãe, porque ele não está entre as pessoas que consentiram no acto de procriação assistida⁴⁷³.

Ora, o art. 1839°, nº 3, é “uma inerência da *definitividade* virtual dos chamados *estados de família*”⁴⁷⁴: a interdição da impugnação da paternidade estende-se, portanto, a todas as pessoas referidas no art. 1839°, nº 1, incluindo o filho nascido do acto de PMA, e ao próprio Ministério Público (cf. art. 1841°, nº 1).

Num domínio particularmente marcado pelo interesse público como é o da constituição da filiação, afigura-se pouco consistente a escolha de um caminho interpretativo assente na figura do abuso do direito. Com maior facilidade se inscreve no espírito do Direito da Filiação o propósito de uma definição clara e estável do vínculo de filiação do que a preocupação circunscrita de manter

⁴⁷² Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Procriação* pp. 660-661; PAMPLONA CORTE-REAL, *Procriação* pp. 356-357; TIAGO DUARTE, *In vitro* pp. 56, 59 e 60.

⁴⁷³ Cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* pp. 288-289; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF II/1* pp. 143-144; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC* art. 1839° (9); ANTUNES VARELA, *Inseminação* ano 127°, p. 359; FRANCISCO AGUILAR, *Dignidade* pp. 676 e s.; JOANA CABRAL PEREIRA, *Inseminação* p. 156; COSTA PIMENTA, *Filiação* pp. 104-105; FERREIRA-PINTO, *Dicionário* pp. 332-334. O último autor afirma que, além de ser permitida a impugnação da paternidade pelo filho, o terceiro dador não está impedido de provocar a impugnação da paternidade presumida por intermédio do Ministério Público.

⁴⁷⁴ PAMPLONA CORTE-REAL, *Procriação* pp. 356-357.

tal vínculo só para reprovar o comportamento contraditório de uma certa pessoa.

Há um interesse público forte na constituição do vínculo de filiação, em especial relativamente ao filho menor, que justifica, por vezes, a relevância pura e simples da vontade de ser pai. Quando não se confirma ou é pouco provável que se venha a confirmar a expectativa ou presunção de maior aptidão dos pais biológicos para o exercício do poder paternal, ou quando os progenitores faleceram ou são desconhecidos, se há outrem que queira assumir a responsabilidade parental, com reais vantagens para o menor, a lei abdica do critério biológico. Torna-se então viável a constituição de um vínculo de filiação adoptiva ou de filiação por consentimento não adoptivo.

Na procriação assistida heteróloga, não é razoável insistir no critério biológico, atribuindo ou impondo situações jurídicas paternais a alguém que é um mero dador de material genético. O vínculo de filiação deve ser, em alternativa, constituído em relação ao beneficiário da PMA que não contribuiu, para o processo, com as suas células reprodutoras, desde que ele tenha consentido validamente na formação desse vínculo. Tanto mais que ele teve um papel causal determinante no nascimento. Foi a sua decisão que desencadeou o processo de procriação.

III. O consentimento para a constituição da filiação não adoptiva pressupõe uma dupla intenção: uma intenção dirigida à admissão da procriação heteróloga e uma intenção ulterior de constituição do vínculo de filiação⁴⁷⁵.

O consentimento para a constituição da filiação não adoptiva insere-se num negócio jurídico que é uma fonte de relação jurídica familiar inominada. Por isso, aquele consentimento é,

⁴⁷⁵ Cf., a propósito da inseminação heteróloga da mulher casada, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Procriação* pp. 662-663.

subsidiariamente, regido pelos princípios subjacentes às regras atinentes ao consentimento em outros negócios que são fonte de relações jurídicas familiares, como o casamento (cf., entre os arts. 1600º e 1645º, normas sobre impedimentos dirimentes absolutos, falta da declaração de vontade e falta ou vícios da vontade), ou em actos não negociais constitutivos da relação de filiação nos quais o aspecto volitivo é particularmente valorizado, como a perfilhação (cf. arts. 1860º-1862º) e a adopção (cf., quanto ao consentimento do adoptante, os arts. 1990º e 1991º).

Mas em primeira linha conta o art. 14º da LPMA, sobre o consentimento de todos os beneficiários de PMA, quer tenham ou não contribuído com as suas células reprodutoras. A utilização das técnicas de PMA não pode ser feita sem o consentimento livre e esclarecido dos beneficiários, prestado de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável (nº 1), após informação escrita prévia “de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas” (nº 2). O consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA (nº 4).

IV. O vínculo de filiação por consentimento não adoptivo constitui-se, em geral, relativamente ao beneficiário de procriação assistida, total ou parcialmente heteróloga, que não tenha contribuído para o nascimento com as suas células reprodutoras, por declaração de maternidade, presunção de paternidade, perfilhação ou reconhecimento judicial. Na ausência de um mecanismo legal autónomo de constituição do vínculo de filiação por consentimento não adoptivo, aplicam-se, com as devidas adaptações, sempre, os modos de estabelecimento da filiação.

15. Concretizações de filiação por consentimento não adoptivo

I. O art. 1839º, nº 3, corresponde a uma concretização clássica da filiação por consentimento não adoptivo.

Antes da publicação da LPMA, afigurava-se defensável a extensão do regime do art. 1839º, nº 3, a qualquer técnica de procriação medicamente assistida de que fosse beneficiário um casal heterossexual, que estivesse casado, desde que a gestação se fizesse através do elemento feminino do casal⁴⁷⁶.

II. Outras concretizações legais da filiação por consentimento não adoptivo estão previstas nos arts. 20º e 23º, nº 2, da LPMA.

⁴⁷⁶ Cf. DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões*, vol. II (citado *supra*, na nota 456), p. 66. Embora rejeitassem a existência de um terceiro tipo de filiação, vários juristas ilustres propunham a aplicação analógica do mencionado artigo quando, mediante o consentimento dos cônjuges, tivesse sido implantado no cônjuge do sexo feminino um óvulo fecundado de outra mulher: cf., p.e., CASTRO MENDES/TELXEIRA DE SOUSA, *DF* pp. 269 e 289; FERREIRA-PINTO, *Dicionário* pp. 312-313.

Em *Procriação*, pp. 356-357, PAMPLONA CORTE-REAL entendeu que estava em causa uma norma especial, no âmbito das regras de estabelecimento da filiação, admitindo a aplicação analógica do artigo às situações de maternidade heteróloga. Outra era a opinião de TIAGO DUARTE (*In vitro* p. 70): considerava o art. 1839º, nº 3, uma norma excepcional, por afastar a regra geral em matéria de estabelecimento de filiação, que é o critério biológico, acabando, consequentemente, por negar a aplicação analógica do preceito à dação de óvulos. Se tivermos em conta a interpretação do art. 1839º, nº 3, que leva à detecção de uma terceira modalidade de filiação (cf., *supra*, Parte I, nº 14), que é defendida também pelo último autor, a primeira orientação aparentava ser mais coerente. Se o biologismo não obstava ao reconhecimento de um terceiro tipo de paternidade, por que motivo havia de obstar ao reconhecimento de um terceiro tipo de maternidade (a maternidade da mulher receptora que consentiu na implantação do óvulo, que não é nem genética nem adoptiva)?

Num texto subsequente (*Anexo* p. 56), PAMPLONA CORTE-REAL mudou de posição, passando a defender que “o art. 1839º, nº 3 é, sem dúvida, uma norma excepcional, insusceptível por isso de aplicação analógica”, pelo que afinal não seria possível a extensão do preceito à dação de ovócitos.

O art. 20º da LPMA refere-se à determinação de paternidade no caso de nascimento resultante de inseminação artificial heteróloga, distinguindo entre a situação do homem casado e a do homem que vive em união de facto com a mulher inseminada.

Sendo a mulher inseminada casada, presume-se a paternidade do marido (art. 20º, nº 1, da LPMA). A paternidade presumida pode ser impugnada pelo marido se for provado que não houve consentimento (válido) ou que o filho não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado (art. 20º, nº 5, da LPMA).

Se a mulher viver em união de facto com pessoa de sexo oposto e o companheiro tiver consentido na inseminação, a criança é havida como filha do membro masculino da união de facto (art. 20º, nº 1, da LPMA). Na nossa interpretação, o vínculo de paternidade virá a ser constituído por perfilhação, por presunção atípica assente no documento de prestação do consentimento à inseminação ou por reconhecimento judicial. Se o unido de facto reconhecer a sua paternidade por uma das formas mencionadas no art. 1853º⁴⁷⁷, está-se perante uma perfilhação. Se o unido de facto se tiver limitado a consentir na inseminação da companheira, presume-se a paternidade daquele se for exibido no acto de registo do nascimento o documento comprovativo de que o mesmo prestou o seu consentimento, nos termos do art. 14º da LPMA (art. 20º, nºs 1, 2 e 3, da LPMA). A presunção é atípica, não se identificando com a presunção “pater is est”, porque não é suficiente a ligação parafamiliar entre duas partes: é indispensável um documento no qual o membro masculino da união de facto tenha manifestado o seu consentimento na inseminação da companheira. A presunção da LPMA demarca-se também da presunção do art. 1871º, nº 1, al. c), já que esta última não estabelece por si só a paternidade.

⁴⁷⁷ Ou a forma de declaração prestada perante o funcionário de unidade de saúde no momento do registo de nascimento (desde que a unidade tenha competência para lavrar o registo): cf., *supra*, Parte I, nº 6.5. I.

O vínculo de paternidade constituído por perfilhação ou presunção de paternidade pode ser impugnado pelo membro masculino da união de facto se for provado que não houve consentimento (válido) ou que o filho não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado (art. 20º, nº 5, da LPMA).

Na falta de perfilhação pelo unido de facto ou de documento que sirva de base à presunção atípica da paternidade, o art. 20º, nº 4, da LPMA dispõe que se lavra o registo de nascimento apenas com a maternidade estabelecida, “caso em que, com as necessárias adaptações, se aplica o disposto nos artigos 1864º a 1866º do Código Civil, apenas com vista a determinar a existência de consentimento sério, livre e esclarecido, prestado por qualquer meio, à inseminação e consequente estabelecimento da paternidade de quem prestou o consentimento”. Ou seja, continuando a não haver perfilhação (cf. 1865º, nº 3), o “consentimento sério, livre e esclarecido, prestado por qualquer meio, à inseminação” chegará para ser fixada a paternidade do unido de facto numa acção de investigação.

O art. 23º, nº 2, da LPMA, prevê um caso de filiação por consentimento não adoptivo decorrente de inseminação *post mortem*. Se após a morte do marido ou homem com quem vivia em união de facto, a mulher for inseminada com sémen do falecido, a criança que vier a nascer não é havida como filha do falecido quando, à data da inseminação, a mulher esteja casada ou viva há pelo menos dois anos em união de facto com homem, que, nos termos do art. 14º da LPMA, tenha dado o seu consentimento a tal acto. A paternidade é atribuída ao marido ou companheiro vivo no momento da inseminação.

Mas as hipóteses de filiação por consentimento não adoptivo são mais numerosas. O que se dispõe no art. 20º da LPMA aplica-se, com as devidas adaptações, à fertilização *in vitro* com recurso a sémen ou ovócitos de dador (art. 27º da LPMA). O que se prevê no art. 23º, nº 2, da LPMA, aplica-se, com as devidas adaptações à fertilização *in vitro* com recurso a sémen ou ovócitos de quem

veio a falecer (art. 26º da LPMA). E, por força do art. 47º da LPMA, os mencionados arts. 20º e 23º, nº 2, aplicam-se também, com as devidas aplicações, à ICSI, à GIFT, à ZIFT, à TET⁴⁷⁸ e a “outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias”.

Por conseguinte, a relação de filiação por consentimento não adoptivo pode surgir na sequência do recurso a qualquer técnica de PMA heteróloga (e não apenas à inseminação heteróloga) e traduzir-se num vínculo de paternidade ou/e maternidade.

Sendo necessário efectuar o reconhecimento judicial da paternidade ou maternidade do beneficiário da procriação assistida que não contribuiu com os seus gâmetas, o autor da acção pode invocar as presunções legais dos arts. 1816º, nº 1, e 1871º, nº 1, ou provar que o pretense pai/mãe tinha a dupla intenção que corresponde à constituição por filiação por consentimento não adoptivo.

Havendo “adopção embrionária” ou transferência de embriões excedentários com origem noutra casal, a filiação pode constituir-se em relação ao casal heterossexual “adoptante” ou beneficiário da transferência⁴⁷⁹, ou unicamente em relação à pessoa que recebeu o embrião, se o beneficiário tiver sido uma mulher só ou um membro de casal homossexual feminino⁴⁸⁰.

No caso de maternidade de substituição em que nem a mãe de recepção nem a mãe de gestação tenha contribuído com o óvulo, entendemos que a filiação se deveria constituir quanto à mãe de recepção. A mãe genética é uma mera dadora do material

⁴⁷⁸ Tais siglas foram usadas pela primeira vez, *supra*, na Parte I, nº 12.2.

⁴⁷⁹ Ainda que a transferência dos embriões seja feita após a morte do membro masculino do casal beneficiário. O falecido será o pai jurídico. No contexto, bastará o elemento volitivo, o desejo de assumir a paternidade de um filho póstumo.

⁴⁸⁰ Há que aceitar a relevância da vontade de ser pai, sem prejuízo da regra da biparentalidade estritamente heterossexual (cf., *supra*, Parte I, nº 12.6.): a filiação é apurada apenas quanto a uma pessoa, mesmo que ela integre um casal homossexual e que os seus dois membros manifestem intenção parental.

biológico e a mãe de gestação limita-se a agir como simples dadora de um serviço.

Na maternidade de substituição genética, a mãe de gestação continua a ser mera dadora, embora dadora a dois títulos – do óvulo e do serviço de gestação. Se, p.e., a mãe de recepção declarar a maternidade como sendo sua e se, decorridos dois anos sobre a data do nascimento da criança (prazo a partir do qual não é admitida a averiguação oficiosa da filiação), a mãe de gestação não reivindicar para si a qualidade de mãe jurídica, o interesse do menor parece justificar a fixação da maternidade relativamente à mãe de recepção⁴⁸¹.

Como sabemos, diferente é a visão da LPMA, cujo art. 8º, nº 3, elege a gestação como critério de maternidade jurídica⁴⁸².

⁴⁸¹ Cf. DARIO MANNA, "Diritti e responsabilità della madre surrogata", capítulo de *Relazione affettive* pp. 681-683: independentemente da licitude ou ilicitude da gestação por conta de outrem, o autor entende que o critério de maternidade deve ser o do interesse do menor. Posição *sui generis* é a de LILIANA ROSSI CARLEO ("Maternità surrogata e status del nato", *Famiglia* 2002/2, pp. 403-404), que hesita entre dois caminhos: a atribuição da maternidade a uma única mulher, com base no critério do interesse do menor, tendo em conta as circunstâncias concretas, ou a identificação de duas mães jurídicas, a de gestação e a de recepção, numa construção que, superando o princípio da unidade do *status*, tutelaria um novo modelo de família alargada.

⁴⁸² A opção repercute-se negativamente no domínio da constituição do vínculo de paternidade. A LPMA não parece favorecer a definição da filiação paterna da criança cujo nascimento foi causado por um contrato de maternidade de substituição; e muito menos parece favorecer a constituição do vínculo de filiação ascendente quanto a duas pessoas que vivam em comum. Por um lado, determina que a mãe de gestação é a mãe legal (art. 8º, nº 3) e que o dador de sêmen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer (art. 21º). Por outro lado, no caso de inseminação com sêmen de dador, admite a fixação da paternidade somente quanto àquele que, sendo marido da mulher inseminada ou que viva com ela em união de facto, tenha consentido na inseminação, enquanto beneficiário da técnica de procriação medicamente assistida heteróloga (art. 20º). Ou seja, seguindo a lógica da LPMA, a criança, em regra, não terá pai. Se quem tiver contribuído com as células reprodutoras

masculinas for terceiro, ele nada mais é do que um mero dador. Se os gâmetas pertencerem ao companheiro ou marido da mãe de gestação, os gâmetas foram cedidos por alguém que agiu como simples dador. É verdade que se a mãe de gestação for casada vigorará a presunção de que é pai o respectivo marido (art. 1826º, nº 1, do Código Civil). Não obstante isto, a paternidade presumida é impugnável (art. 1839º), ainda que o marido da mãe de gestação tenha contribuído com o seu sêmen ou tenha consentido na inseminação heteróloga desta, uma vez que, na primeira situação, ele agiu como mero dador, enquanto que, na segunda situação, o consentimento prestado não revela a vontade de vir a assumir a paternidade, vontade que é indispensável na constituição dos laços de filiação não biológica.

Se o membro masculino do casal de recepção tiver contribuído com o seu sêmen, rejeitada, por lei, a maternidade da mãe de recepção, terá ele razões para perfilhar? Admitindo que queira perfilhar, se a mãe de gestação for casada, a perfiliação pressupõe a prévia impugnação da paternidade presumida do marido da mãe de gestação, impugnação para a qual o membro masculino do casal de recepção carece de legitimidade, tendo de requerer ao Ministério Público que a faça (arts. 1839º e 1841º). E se não perfilhar, mesmo quando a mãe de gestação não seja casada, torna-se dúbia a possibilidade de ser constituída a sua paternidade mediante uma decisão em acção de investigação.

O critério biológico é preponderante no campo da procriação derivada de acto sexual. O risco do nascimento de filho resultante de acto sexual corre totalmente por conta daqueles que o praticam. Em contraste, fora da procriação derivada de acto sexual, salvo disposição em contrário, o critério geral é o volitivo: para que se decrete a adopção, é indispensável a vontade do adoptante (cf., p.e., o art. 1990º, nº 1, al. a)); para que se forme um vínculo de filiação associado ao uso de uma técnica de procriação medicamente assistida, exige-se o consentimento daquele que juridicamente virá a ser o progenitor (cf. art. 1839º, nº 3; e art. 14º da LPMA). Mais: esse consentimento tem de ser livre e esclarecido (cf., novamente, o art. 14º da LPMA). Só que, na maternidade de substituição, a contribuição voluntária com material biológico pelo membro masculino do casal de recepção, apesar de manifestar uma intenção de aderir a um projecto parental, foi efectuada na convicção de que a mãe de recepção será a mãe jurídica, convicção que é errónea se se aplicar a LPMA, já que o respectivo art. 8º considera que é mãe legal a mãe de gestação. Portanto, se não for afastada a solução que o diploma prescreve para a maternidade, o consentimento do membro masculino do casal de recepção estará provavelmente viciado por erro. O erro-vício desqualifica o consentimento enquanto elemento constitutivo do vínculo de filiação. Se o membro masculino do casal de recepção tivesse conhecimento da realidade normativa ou não teria contribuído com os seus gâmetas ou a sua contribuição nada mais significaria do que uma dação...

III. O vínculo de paternidade que tenha sido constituído relativamente ao marido que consentiu no adultério da mulher não representa um caso de filiação por consentimento não adoptivo. A filiação presumida do marido da mãe é impugnável. A paternidade do filho adúlterino será estabelecida relativamente ao pai biológico, nos termos gerais⁴⁸³.

Capítulo II – Efeitos da Filiação

Secção I – Generalidades

16. As condições de eficácia da filiação

Em princípio, a filiação não produz efeitos enquanto não tiver sido legalmente constituída e registada.

⁴⁸³ Cf. nomeadamente, *supra*, Parte I, n.ºs 6.4. III (perfilhação, após cessação da presunção de paternidade, por força do art. 1832º), 6.5. II (perfilhação, depois da ilisão da presunção de paternidade e do cancelamento do registo feito com base nela) e 6.6. I (rectificação, declaração de nulidade ou anulação do registo de nascimento com paternidade contrária à que se pretende reconhecer judicialmente).

GUILHERME DE OLIVEIRA (*Paternidade* pp. 355-356) aplica, por analogia, o art. 1839º, n.º 3, à constituição da paternidade do filho nascido de adultério da mulher consentido pelo marido, desde que este não tenha feito qualquer reserva contra uma fecundação possível. À analogia se opõe um argumento histórico (como explica COSTA PIMENTA, *Filiação* p. 106): o legislador não prevê o adultério consentido no art. 1839º, n.º 3, apesar de ter ponderado a inclusão dessa hipótese (cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Paternidade* p. 355: num documento de trabalho particular da comissão encarregada da Reforma de 1977, o preceito abrangia quer a inseminação quer o adultério). O *risco do nascimento* de filho resultante de acto sexual corre totalmente por conta daqueles que o praticam. Abstraindo da adopção, o elemento biológico prevalece sobre o elemento volitivo, na filiação decorrente de cópula.

16.1. A constituição legal do vínculo

I. A filiação tem de se encontrar legalmente constituída. Este princípio que vem expressamente enunciado no regime da filiação biológica, no art. 1797º, n.º 1 (“os poderes e deveres emergentes da filiação ou do parentesco nela fundados só são atendíveis se a filiação se encontrar legalmente estabelecida”), vale para todas as modalidades de filiação. P.e., o mero nascimento de uma criança não desencadeia os efeitos da filiação entre ela e aqueles que são os pais biológicos ou por consentimento não adoptivo, se não tiver havido declaração de maternidade, vigência de presunção de paternidade, perfilhação ou reconhecimento judicial. E se uma criança estiver entregue a alguém que não seja o pai biológico, para que entre ela e o sujeito que a tem sob a sua guarda (de facto) se produzam os efeitos da filiação, é preciso que seja decretada a adopção por sentença transitada em julgado.

II. Há, é claro, excepções à regra da ineficácia da filiação que não chegou a ser legalmente constituída: cf. art. 1603º.

16.2. O registo

I. Para que opere a generalidade dos efeitos da filiação, não basta a constituição do vínculo; é preciso também o registo.

A declaração de maternidade, a perfilhação, a sentença da acção de reconhecimento da maternidade ou paternidade e a sentença de adopção, transitadas em julgado, a paternidade presumida, típica ou atípica, têm de ser registadas.

Em regra, qualquer uma das três modalidades de filiação só pode ser invocada depois de registada: cf. arts. 1º, n.º 1, als. b) e c), e 2º do CRC.

II. Excepções: impedimentos dirimentes relativos (cf. art. 1603º); prova da própria filiação para constituição do vínculo.

17. O momento de produção dos efeitos da filiação

17.1. O momento de produção dos efeitos da filiação biológica

A filiação biológica legalmente estabelecida produz efeitos desde o momento do nascimento do filho (art. 1797º, nº 2).

17.2. O momento de produção dos efeitos da filiação adoptiva

A adopção constitui-se *ex novo* por sentença (art. 1973º, nº 1), pelo que os efeitos da filiação adoptiva produzem-se a partir do trânsito em julgado da decisão judicial⁴⁸⁴.

Isto não obsta a que, antes da adopção, o menor possa ser colocado à guarda da pessoa que se candidatou a adoptante, na sequência de confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção (cf. art. 8º do DL nº 185/93, de 22 de Maio).

17.3. O momento de produção dos efeitos da filiação por consentimento não adoptivo

A filiação por consentimento não adoptivo produz efeitos desde o momento do nascimento do filho.

Aplica-se analogicamente o art. 1797º, nº 2, dada a semelhança juridicamente relevante que a lei reconhece existir, implicitamente, no plano da eficácia, entre a filiação biológica e a filiação por consentimento não adoptivo (cf. art. 1839º, nº 3).

18. O princípio da não distinção quanto aos efeitos da filiação

18.1. Proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento

Cf. art. 36º, nº 4, da CRP.

18.2. Proibição da discriminação dos filhos nascidos em resultado da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida

Imposta pelo princípio geral da igualdade, previsto no art. 13º, nº 1, da CRP.

Cf. arts. 3º e 15º, nº 5, da LPMA.

18.3. Tendencial sujeição das outras modalidades de filiação ao regime de eficácia previsto para a filiação biológica

A filiação biológica produz efeitos (cf. arts. 1874º e s.), que, em princípio, se estendem às demais modalidades de filiação.

Pela adopção plena o adoptado é equiparado a filho biológico do adoptante (art. 1986º, nº 1).

À filiação por consentimento não adoptivo aplica-se analogicamente o regime dos efeitos da filiação biológica, pelos motivos indicados, *supra*, na Parte I, nº 17.3.

O principal efeito da adopção restrita é a atribuição do poder paternal ao adoptante, que é também um efeito da filiação biológica.

18.4. Particularidades da adopção restrita

I. A adopção restrita comporta alguns desvios importantes ao regime padrão de efeitos da filiação.

A adopção restrita apresenta particularidades no domínio do nome e da nacionalidade⁴⁸⁵.

O adoptante que seja titular das responsabilidades parentais enfrenta maiores limitações no domínio da administração dos bens do adoptado⁴⁸⁶.

Observa-se uma duplicação de deveres paternofiliais (que se não confundem com as responsabilidades parentais): há deveres entre o adoptado e a sua família biológica (art. 1994º) e entre o adoptado e o adoptante⁴⁸⁷.

A subsistência dos laços do adoptado com a família biológica (art. 1994º) parece constituir um limite à capacidade de decisão do titular das responsabilidades parentais (que é o adoptante) quanto aos contactos sociais do filho adoptivo⁴⁸⁸.

II. Qual o sentido actual da adopção restrita no direito português?

II.a) Em 2002, as adopções restritas representaram cerca de 2,5% do total das adopções registadas⁴⁸⁹.

Os números revelam uma nítida preferência prática conferida à adopção plena em detrimento da adopção restrita, o que não surpreende se se tiver em consideração a própria preferência que a lei dá à adopção plena, quando formula o conceito de adopção (art. 1586º): a aproximação da adopção à filiação biológica sugere um vínculo total e exclusivo, contrário à conservação dos laços entre o adoptado e a sua família natural.

⁴⁸⁵ Cf., *infra*, Parte I, nºs 21.1. VI e 21.2. II.

⁴⁸⁶ Cf., *infra*, Parte I, nº 23.6. V.

⁴⁸⁷ Cf., *infra*, Parte I, nº 20.7. III.

⁴⁸⁸ Cf., *infra*, Parte I, nº 23.2. III e IV.

⁴⁸⁹ Segundo dados provisórios do Ministério da Justiça, apurados em 04/06/2003, relativos aos actos de registo civil praticados durante o ano de 2002 (consultados em <http://www.gplp.mj.pt>), foram averbadas 14 adopções restritas num total de 363.

Não estará na altura de extinguir um instituto que a Reforma de 1977 não quis abolir⁴⁹⁰?

II.b) Apesar de ser pouco frequente, a adopção restrita deve ser mantida e divulgada⁴⁹¹.

- Corresponde à chamada “open adoption”, muito difundida nos Estados Unidos⁴⁹², não sendo de excluir a sua utilização acrescida por força de um fenómeno mimético.
- Facilita o consentimento dos pais biológicos para a adopção (por não implicar um corte absoluto dos laços entre eles e o adoptado).
- É um eventual instrumento de uma nova cultura da adopção, em que o instituto não seja uma imitação da filiação biológica, uma filiação de segunda ou um “mal menor”, mas uma forma normal de uma pessoa adulta assumir a responsabilidade pela satisfação das necessidades de um menor⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Cf., nomeadamente, ASCENSÃO SILVA, *Adopção* pp. 56, 57-60, que questiona o sentido da manutenção da adopção restrita.

⁴⁹¹ Cf. ELIANA GERSÃO, *Adopção* p. 846, que considera que a figura foi indevidamente remetida para uma “zona de penumbra e de esquecimento”. Cf., no entanto, PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* pp. 115-117, que, contrastando os efeitos da adopção restrita com os da adopção plena, conclui que a primeira modalidade de adopção só parece legítima “se corresponder, v.g., a um estado intermédio a caminho sempre da adopção plena, à laia de uma sorte de confiança judicial, administrativa ou de uma medida de promoção e protecção. A não ser assim, criar-se-ia uma situação de desigualdade, tão insustentável constitucionalmente como a extinta discriminação entre filhos nascidos do e fora do casamento”.

⁴⁹² Cf. LAROCHE-GISSEROT, *L'adoption*; sobre a adopção aberta, cf. também CLARA SOTTOMAYOR, *Adopção plena* pp. 234-241.

⁴⁹³ Cf. CLARA SOTTOMAYOR, *Adopção plena* pp. 235-236.

19. Ordem subsequente

Passa-se a analisar primeiramente os efeitos gerais da filiação e depois os efeitos respeitantes a menor não emancipado (responsabilidades parentais). Desde já se esclarece que cabem nos efeitos gerais da filiação os decorrentes de impedimento ao casamento entre pais e filhos, que não serão tratados agora mas no âmbito do Direito Matrimonial⁴⁹⁴.

Secção II – Efeitos gerais da filiação

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 329-337, 426; Leite de Campos, *DFS* 367-370; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1874º-1876º, 1988º, 1995º e 2000º; Moitinho de Almeida, *Filiação* 139-145; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* II/1 299-301, 307.

20. Deveres paternofiliais

20.1. A enumeração legal de deveres paternofiliais

I. A relação de filiação implica deveres que se não confundem com as responsabilidades parentais.

Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência (art. 1874º, nº 1).

Esta enumeração socorre-se de conceitos indeterminados, tal como a enumeração legal de deveres conjugais (cf. art. 1672º).

Assim sendo, a concretização dos deveres paternofiliais varia em razão das circunstâncias, embora seja possível dar uma ideia do respectivo conteúdo⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ Cf., *infra*, Parte III, nº 3.2. II.

⁴⁹⁵ Cf., *infra*, Parte I, nºs 20.2., 20.3. e 20.4.

II. Os deveres paternofiliais perduram ao longo de toda a relação de filiação, não cessando com a maioridade ou a emancipação do filho. Contudo, a sua projecção não é uniforme. Estão “encobertos” durante a menoridade do filho pelas responsabilidades parentais. Evidenciam-se na altura da “segunda adolescência”⁴⁹⁶. Perdem intensidade quando o filho sai de casa dos pais para organizar a sua própria vida de um modo independente. E ressurgem, com força, sobretudo ao serviço dos pais, quando estes envelhecem.

20.2. O dever de respeito

O dever de respeito obriga cada sujeito da relação de filiação a não violar os direitos individuais do outro. Esses direitos individuais compreendem quer direitos de personalidade quer direitos patrimoniais.

O dever paternofilial de respeito é mais intenso do que o dever geral de respeito.

20.3. O dever de auxílio

Do dever em apreço decorrem obrigações de ajuda e protecção, relativos quer à pessoa quer ao património dos pais e dos filhos.

São obrigações com especial relevo nos momentos de crescimento, doença e velhice.

⁴⁹⁶ Ao completarem os 18 anos, os filhos adquirem plena capacidade de exercício, mas normalmente não têm recursos económicos para ter uma vida autónoma nem a formação necessária para os angariar. Por isso, continuam a viver com os pais e a ser sustentados por estes, iniciando um período que pode ser designado como “segunda adolescência” (cf. L.-F. RAGEL SÁNCHEZ, “Reflexiones sobre los deberes paternofiliales”, em *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*, tomo III, Madrid, Thomson/Civitas, 2003, p. 4896).

20.4. O dever de assistência

Trata-se de um dever estruturalmente patrimonial, que impõe prestações susceptíveis de avaliação pecuniária. Nele cabe a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar (art. 1874º, nº 2).

I. A obrigação de alimentos é absorvida pelo dever de contribuir para os encargos da vida familiar, durante a vida em comum, só adquirindo autonomia no caso de não haver comunhão de habitação entre os pais e os filhos. Neste caso, vigoram as regras gerais⁴⁹⁷, o que significa que tanto podem estar vinculados à prestação de alimentos os pais como os filhos⁴⁹⁸ (cf. arts. 2003º, 2004º, 2009º, nº 1, als. b) e c)).

No âmbito da obrigação alimentar se inscreve o dever paternal de pagamento das despesas com o sustento, segurança, saúde e educação do filho maior ou emancipado que, sem culpa grave, não tenha completado a sua formação profissional⁴⁹⁹ – art. 1880º. Apesar da secção em que se inclui o preceito, não se está diante um prolongamento das responsabilidades parentais⁵⁰⁰.

A lei consagra um processo especial para os alimentos devidos a menores: cf. arts. 186º-189º da OTM.

⁴⁹⁷ Sem prejuízo das particularidades associadas à adopção restrita: cf., *infra*, Parte I, nº 20.7. III. c) (obrigação de alimentos do adoptado) e art. 2000º, nº 2 (obrigação de alimentos do adoptante).

⁴⁹⁸ Cf., p.e., FRANÇA PITÃO (*União* p. 136) que chama a atenção para o facto de os deveres filiais atingirem a sua maior plenitude na velhice ou na incapacidade dos pais, podendo inclusivamente os filhos estarem obrigados a prestar-lhes alimentos.

⁴⁹⁹ NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, *Alimentos* pp. 206-207. Sobre os pressupostos e a cessação deste dever paternal para com os filhos maiores ou emancipados, cf. REMÉDIO MARQUES, *Alimentos* pp. 295-313.

⁵⁰⁰ Cf. FÁTIMA DUARTE, *Poder paternal* p. 70.

A violação da obrigação legal de alimentos é criminalmente punível nos termos do art. 250º do CP.

II. A obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar

A obrigação destina-se a ocorrer a necessidades dos membros do agregado familiar que vivam em economia comum. Relevam apenas as necessidades que se coadunam com a condição económica e social de um determinado núcleo familiar em concreto.

Cabem entre os encargos da vida familiar, p.e., as despesas com a vida na residência familiar (renda ou prestação do empréstimo relativa ao imóvel; gastos com a electricidade, gás, água e telefone; salário da empregada doméstica; compra de electrodomésticos e outros objectos para o lar, etc.), e as despesas com a alimentação, higiene e saúde.

Tal como sucede com a obrigação conjugal paralela (cf. art. 1676º, nº 1), a obrigação paternofamiliar de contribuir para os encargos da vida familiar depende das possibilidades individuais de cada sujeito.

A contribuição pode consistir, p.e., em trabalho despendido no lar comum (pelo próprio filho menor⁵⁰¹).

20.5. Conexão com o Direito Tutelar

O incumprimento ou a impossibilidade de cumprimento dos deveres paternofiliais de respeito, auxílio e assistência pode ser suprido com a aplicação de medidas de protecção de crianças, jovens e idosos (cf., *infra*, Parte II).

⁵⁰¹ Cf. NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, *Alimentos* p. 198.

20.6. Caracteres dos deveres paternofiliais e das situações jurídicas activas correspondentes

I. Aos deveres paternofiliais correspondem, no lado activo, direitos subjectivos que se demarcam dos direitos subjectivos comuns por serem “direitos de entreajuda”, direitos que têm de ser exercidos de forma a criar, manter e reforçar o sentimento de pertença a um mesmo grupo (de índole familiar).

II. São direitos com acentuada funcionalidade, natureza estatutária, durabilidade virtual, carácter *erga omnes*, tipicidade e tutela reforçada.

20.7. Articulação dos deveres fundados em diversas relações familiares a que esteja vinculado o mesmo titular

I. Princípio do cumprimento dos deveres segundo a lógica das regras da colisão de direitos (cf. art. 335°).

II. A vinculação cumulativa a deveres paternofiliais e a deveres conjugais.

II.a) O art. 2009°, n° 1 (al.a), em contraste com as als. b) e c)), que regula uma obrigação que cabe no dever de assistência, sugere uma posição hierarquicamente superior dos deveres conjugais.

II.b) Mas na medida do possível, há que assegurar a satisfação dos deveres paternofiliais e dos deveres conjugais (cf., *supra*, Parte I, n° 20.7. I)⁵⁰².

⁵⁰² A tentativa de conferir à ordem constante do art. 2009°, n° 1, o cariz de uma hierarquia rígida claudica perante o disposto no art. 2016°-A, n° 2.

Aliás, a posição do filho menor é particularmente assegurada, porque o progenitor é titular de uma situação jurídica complexa (as responsabilidades parentais) cuja intensidade supera a dos meros deveres conjugais ou paternofiliais.

II.c) Os deveres conjugais contemplam o cumprimento dos deveres paternais quanto aos filhos comuns do casal que residem com os pais.

Cf. a referência aos interesses dos filhos como factor orientador da escolha da residência da família (art. 1673°, n° 1), a obrigação de assunção em conjunto das responsabilidades inerentes à vida da família que os cônjuges fundaram (art. 1674°) e o dever de contribuir para os encargos da vida familiar (art. 1676°).

II.d) Há também aspectos dos deveres conjugais que permitem a sua harmonização com os deveres filiais ou exclusivamente paternais de um dos cônjuges.

— Em princípio, os contactos de um cônjuge com os seus pais ou filhos não podem ser impedidos pelo outro, sob pena de violação do dever conjugal de respeito.

— A obrigação de socorro e auxílio mútuos pode impor a um cônjuge que ajude o outro a cumprir os seus deveres paternais ou filiais.

— O dever de contribuir para os encargos da vida familiar “incumbe a ambos os cônjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um” (art. 1676°, n° 1), fórmula que não exclui a delimitação deste dever em função dos compromissos filiais e paternais dos cônjuges.

III. Os deveres filiais daquele que foi adoptado restritamente.

III.a) O adoptado continua sujeito a deveres para com os seus pais biológicos (art. 1994°).

III.b) Paralelamente, há deveres entre o adoptado e o adoptante que se não esgotam nas responsabilidades parentais.

Os deveres paternofiliais entre o adoptado e o adoptante mantêm-se após a maioridade ou emancipação do adoptado: a adopção restrita não caduca com a maioridade ou emancipação do adoptado; o art. 2000º prova que o dever de assistência subsiste, não havendo razões para pensar que a situação seja diferente no que toca aos deveres de respeito e auxílio.

III.c) Na medida do possível, há que assegurar a satisfação dos deveres filiais do adoptado quer perante o adoptante quer perante os pais biológicos (cf., *supra*, Parte I, nº 20.7. I).

Contudo, a obrigação de alimentos do adoptado perante os pais biológicos tem prioridade sobre idêntica obrigação perante o adoptante: os pais biológicos estão na segunda classe dos credores (cf. art. 2009º, nº 1, al. b)), enquanto o adoptante ocupa uma classe subsequente (cf. art. 2000º, nº 1)⁵⁰³.

21. Outros efeitos gerais da filiação

21.1. O nome do filho

I. O nome completo de uma pessoa é fixado no momento do registo do nascimento (cf. art. 102º, nº 1, al. a), do CRC). O nome do registando é indicado por quem declarar o nascimento ou, quando este não proceda a tal indicação, pelo funcionário perante quem foi apresentada a declaração (art. 103º, nº 1, do CRC). Deve compor-se, no máximo de seis vocábulos gramaticais, simples ou compostos, dos quais só dois podem corresponder ao nome próprio e quatro a apelidos (art. 103º, nº 2, proémio, do CRC).

⁵⁰³ Sobre a obrigação de alimentos na adopção restrita, cf. REMÉDIO MARQUES, *Alimentos* pp. 133-137.

II. O nome está sujeito ao princípio da imodificabilidade: em regra, uma vez inscrito no assento de nascimento só pode ser alterado mediante autorização do conservador dos Registos Centrais (art. 104º, nº 1, do CRC). No entanto, são admitidas modificações não dependentes de autorização fundadas em vicissitudes subsequentes no campo da constituição e da extinção do vínculo de filiação: estabelecimento da filiação, constituição da adopção, revisão da sentença de adopção e revogação da adopção restrita (art. 104º, nº 2, al. a), do CRC). Outra situação excepcional de alteração do nome não dependente de autorização do conservador dos Registos Centrais, conexas com a matéria da filiação, é a que resulta do exercício dos direitos previstos no art. 1876º (cf., expressamente, art. 104º, nº 2, al. e), do CRC). As referidas alterações ao nome são averbadas ao assento de nascimento (cf. arts. 69º, nº 1, al. m), e 104º, nºs 3 e 8, do CRC).

III. A filiação do registando é determinante para a composição do seu nome: a irmãos não pode ser dado o mesmo nome próprio, salvo se um deles for falecido (art. 103º, nº 1, al. d), do CRC); são escolhidos apelidos do pai e da mãe ou só de um deles (art. 1875º, nº 1)⁵⁰⁴.

Na falta de estabelecimento da filiação, ao registando não deixarão de ser atribuídos apelidos, competindo a sua escolha ao declarante do nascimento ou, se este não a fizer, ao conservador (art. 103º, nº 1, al. f), do CRC).

Encontrando-se constituído o vínculo de filiação biológica ou por consentimento não adoptivo, no momento do registo do nascimento, a escolha do nome próprio e dos apelidos do filho menor cabe aos pais (art. 1875º, nº 2). O declarante do

⁵⁰⁴ Cf. ainda art. 103º, nº 1, al. e), do CRC: "Os apelidos são escolhidos entre os que pertençam a ambos ou só a um dos pais do registando ou a cujo uso qualquer deles tenha direito, podendo, na sua falta, escolher-se um dos nomes por que sejam conhecidos".

nascimento deverá, portanto, indicar como nome do registando aquele que for determinado pelos pais da criança.

Se a filiação estiver constituída quanto a ambos os pais, a decisão relativa ao nome do filho incumbe aos dois em conjunto, independentemente da titularidade das responsabilidades parentais⁵⁰⁵. A faculdade de escolha do nome é regulada no domínio dos efeitos gerais da filiação, não integrando o conteúdo das responsabilidades parentais.

Na falta de acordo entre os pais, o tribunal fixará o nome, de harmonia com o interesse do filho⁵⁰⁶. A decisão judicial sobre o nome do menor compete ao tribunal de família (art. 82º, nº 1, al. 1), da LOFTJ) e é proferida no âmbito de um processo tutelar cível, que segue a forma de acção tutelar comum (arts. 146º, al. 1), e 210º, da OTM).

Em qualquer caso, o interesse do filho é um elemento que condiciona a composição do seu nome. Deste modo, não é atendível o acordo dos pais (ou a decisão de um deles, se a filiação não estiver constituída quanto ao outro) que se traduza na escolha de um nome próprio composto por vocábulos indignos ou aviltantes para a pessoa que os use⁵⁰⁷; e, havendo desacordo, o juiz não terá forçosamente de seguir uma das soluções que eram desejadas pelos pais, quando qualquer delas implicar nomes próprios susceptíveis de tornar o menor alvo de escárnio de terceiros⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ Cf. Parecer da PGR nº 21/81, de 28/5/1981, DR II série, nº 295, de 24/12/1981, p. 10345, e BMJ 312, p. 121.

⁵⁰⁶ Contra a solução de atribuir a decisão ao juiz em matéria do nome próprio e dos apelidos do filho menor, na falta de acordo dos pais, cf. LEITE DE CAMPOS, DFS p. 369, considerando que conviria deixar a escolha à família, “embora alargada para além do pai e da mãe”.

⁵⁰⁷ Cf., ac. do STJ de 09/07/2002, proc. 02B331, <http://www.dgsi.pt>

⁵⁰⁸ Cf. MOITINHO DE ALMEIDA, *Filiação* pp. 142-143.

Se a maternidade ou paternidade forem estabelecidas posteriormente ao registo do nascimento, o nome do filho poderá ser alterado, para integrar apelidos do pai e da mãe ou só um deles (art. 1875º, nº 3)⁵⁰⁹. Se a filiação estiver constituída relativamente a ambos os pais, a alteração exigirá o acordo ou uma intervenção judicial.

IV. A atribuição ao menor dos apelidos do marido da mãe.

Nos termos do art. 1876º, nº 1, quando a paternidade se não encontre estabelecida, podem ser atribuídos ao menor apelidos do marido da mãe se esta e o marido declararem, perante o funcionário do registo civil, ser essa a sua vontade.

Prevê-se aqui uma “adopção de nome”, figura distinta da adopção em sentido técnico. Há, porém, quem aluda a uma “adopção restritíssima”, limitada ao nome do menor⁵¹⁰.

A finalidade da “adopção de nome” é integrar o filho de pai desconhecido no novo lar formado pela mãe e pelo marido.

Quando só a paternidade se encontrar estabelecida (cf. art. 1851º), é analogicamente aplicável o art. 1876º, nº 1⁵¹¹: podem ser atribuídos ao menor apelidos da mulher casada com o pai.

Nos dois anos posteriores à maioridade ou à emancipação o filho pode requerer que sejam eliminados do seu nome os apelidos do marido da mãe ou da mulher do pai, ao abrigo do art. 1876º, nº 2 (aplicável analogicamente quando o filho tenha adquirido apelidos da mulher do pai).

⁵⁰⁹ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, CC V p. 324 [1875º (5)], defendem uma interpretação extensiva do art. 1875º, nº 3 que permita a alteração também do nome próprio do filho, “quando este tenha sido escolhido em atenção ao presuntivo pai, cuja paternidade mais tarde haja sido afastada”

⁵¹⁰ Cf. MOITINHO DE ALMEIDA, *Filiação* pp. 143-144, que admite a revogação da atribuição dos apelidos do marido da mãe à semelhança da revogação da adopção restrita.

⁵¹¹ Mas o preceito não é analogicamente aplicável ao casamento de pessoas do mesmo sexo. A Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, não pretendeu alterar as regras de filiação.

V. As alterações do nome na adopção plena.

A constituição do vínculo de adopção plena acarreta alterações do nome do adoptado (cf. art. 1988º). O filho adoptivo perde os apelidos de origem e é composto um novo nome com apelidos dos adoptantes, nos termos do art. 1875º. A mudança de nome reflecte a extinção das relações familiares e a constituição de novas (art. 1986º, nº 1). Assim sendo, na hipótese de adopção do filho do cônjuge, o adoptado conservará os apelidos daquele que é casado com o adoptante. A alteração do nome na adopção conjunta e na adopção singular de filho do cônjuge implica consenso.

Em princípio, o adoptado conserva o nome próprio. Excepcionalmente, a pedido do adoptante, o tribunal pode alterar o nome próprio do menor, se a modificação salvaguardar o seu interesse, nomeadamente o direito à identidade pessoal, e favorecer à integração na família⁵¹².

VI. As alterações do nome na adopção restrita.

Na adopção restrita, vigora o princípio da imodificabilidade do nome do adoptado, o que é compreensível porque não se extingue o vínculo jurídico decorrente da filiação biológica.

No entanto, o juiz poderá atribuir ao adoptado, a requerimento do adoptante, apelidos deste, compondo um novo nome em que figurem um ou mais apelidos da família natural (art. 1995º).

21.2. A nacionalidade do filho

I. A nacionalidade do filho no caso de filiação biológica ou por consentimento não adoptivo.

⁵¹² Sobre a interpretação do art. 1988º, nº 2, cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 pp. 300-301; ac. da RL de 16/3/2006, *CJ* 2006/2, p. 77; 4ª *Bienal* pp. 80-82.

Cf. art. 1º da Lei da Nacionalidade (Lei nº 37/81, de 3 de Outubro), que foi alterada pela Lei Orgânica nº 2/2006, de 17 de Abril (alargando os casos de atribuição originária da nacionalidade portuguesa previstos para indivíduos nascidos no território português que sejam filhos de estrangeiros), e os arts. 3º e seguintes do Regulamento da Nacionalidade Portuguesa, aprovado pelo DL nº 237-A/2006, de 14 de Dezembro.

Nos termos do art. 1º da Lei da Nacionalidade, a atribuição da nacionalidade portuguesa ao filho está, nomeadamente, condicionada pela nacionalidade (portuguesa) de um dos progenitores e pelo local de nascimento (em território português).

O art. 1º, nº 1, da Lei da Nacionalidade, associa a nacionalidade do filho à do progenitor nas suas três primeiras alíneas.

II. A nacionalidade do filho adoptivo.

O adoptado plenamente por nacional português adquire a nacionalidade portuguesa (art. 5º da Lei da Nacionalidade; arts. 16º e 17º do Regulamento da Nacionalidade Portuguesa).

Não se prevê que o adoptado restritamente por nacional português adquira a nacionalidade portuguesa.

21.3. A entrada e permanência no território português

I. Condições do exercício do direito de livre circulação e residência no território português por pais e filhos de cidadãos da União Europeia (bem como da entrada e residência em território português de pais e filhos de nacionais dos Estados partes do Espaço Económico Europeu e da Suíça): cf. Lei nº 37/2006, de 9 de Agosto.

II. Reagrupamento familiar.

O cidadão estrangeiro com autorização de residência válida em território português (bem como o refugiado nos termos da lei que regula o asilo) tem direito ao reagrupamento familiar com os seus filhos (incluindo os adoptivos) que se encontrem fora do

território nacional, nas condições indicadas pelos arts. 98º e s. da Lei nº 23/2007, de 4 de Julho (que aprovou o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional).

O refugiado menor não acompanhado beneficia igualmente de direito ao reagrupamento familiar com os seus pais, nas condições indicadas pelos arts. 98º e s. da Lei nº 23/2007: cf., em particular, o art. 99º, nºs 2, al. a), e 5.

Secção III – As responsabilidades parentais

22. Noções

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 337-340, 359; Pamplona Corte-Real, *DF* 99-101; Helena Bolieiro/Paulo Guerra, *Criança* 153-159; Pamplona Corte-Real, *Relatório* 119-120; Leite de Campos, *DFS* 370-371; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1877º, 1878º, 1882º, 1920º-B e 1920º-C; Eduardo dos Santos, *DF* 509-515; Fátima Duarte, *Poder paternal* 5-49; Moitinho de Almeida, *Filiação* 145; Armando Leandro, *Poder paternal* 119-123; Clara Sottomayor, *Exercício* 19-27 e *Regulação* 13-20; Rosa Martins, *Menoridade* 157-192.

22.1. Conceito de responsabilidades parentais

I. No quadro da Teoria Geral do Direito Civil, o poder paternal surge como um meio de suprimento da incapacidade de exercício dos menores não emancipados. Efectivamente, o menor não emancipado carece de capacidade genérica de exercício (art. 123º), pelo que não pode, em regra, praticar pessoalmente actos e negócios jurídicos. No exercício dos seus direitos e no cumprimento das suas obrigações, normalmente, ele tem de ser representado pelos seus pais, na qualidade de titulares do poder paternal (arts. 124º, 1878º e 1881º).

Todavia, o poder paternal é mais do que um meio de suprimento da incapacidade dos menores⁵¹³. As responsabilidades parentais não se circunscrevem ao poder de representação e ao poder-dever de administração dos bens. Englobam outras situações jurídicas, como o poder-dever de guarda, o dever de prover ao sustento e o poder-dever de dirigir a educação (cf. art. 1881º, nº 1).

As responsabilidades parentais consistem no conjunto de situações jurídicas que, normalmente⁵¹⁴, emergem do vínculo de filiação, e incumbem aos pais com vista à protecção e promoção do desenvolvimento integral do filho menor não emancipado (arts. 1877º e 1878º)⁵¹⁵.

II. A terminologia legal, poder paternal ou responsabilidades parentais⁵¹⁶, não é a mais adequada.

Aquilo que a lei designa como um poder (p.e., nos arts. 124º e 1921º) não é propriamente uma disponibilidade de meios para obter um fim⁵¹⁷. Os titulares do poder paternal não o exercem no

⁵¹³ Cf. ROSA MARTINS, *Menoridade* pp. 157-168, que se insurge contra essa orientação redutora, que padece de um “erro de perspectiva” ou de “um vício de lógica”.

⁵¹⁴ A palavra “normalmente” surge em virtude de o art. 1903º, 2ª parte, admitir o exercício de responsabilidades parentais por quem não seja pai do menor. Nos termos do Princípio 3:9 de Direito da Família Europeu Relativos às Responsabilidades Parentais, a responsabilidade parental pode caber a uma pessoa distinta do pai ou da mãe (cf. a obra citada, *supra*, na nota 132). Mas, tratando-se de uma hipótese marginal, continuaremos a exposição tendo sobretudo em conta a situação paradigmática, que é a das responsabilidades parentais incumbirem aos pais.

⁵¹⁵ Cf., porém, o art. 144º, que permite a continuação do exercício pelos pais das situações jurídicas correspondentes ao poder paternal após a maioridade do filho, quando este tenha sido declarado interdito e a tutela tenha recaído naqueles.

⁵¹⁶ Não obstante a Lei nº 61/2008, de 31/10, o primeiro termo ainda subsiste no Código Civil (cf., p.e., arts. 124º e 1921º).

⁵¹⁷ Cf. noção de poder, de MENEZES CORDEIRO, *TDC I/1* p. 344.

seu interesse exclusivo ou principal, mas no interesse dos filhos, os sujeitos sobre os quais recai o alegado poder (cf. art. 1878º, nº 1). E o termo "paternal" não significa que se esteja perante uma figura cuja titularidade caiba sempre ao *pater* e nunca à *mater*. O poder paternal pode ser exercido por ambos os pais, só pela mãe ou só pelo pai (cf., *infra*, Parte I, nº 24). É, por isso, compreensível a expressão alternativa "responsabilidades parentais".

Contudo, o termo "parental" cria um equívoco. Leva a pensar que o exercício do poder paternal/responsabilidade parental pode competir, indistintamente, a qualquer parente, quando essa competência cabe (em princípio) só aos parentes no 1º grau da linha recta ascendente. O instituto das responsabilidades parentais está (quase) exclusivamente associado à qualidade de pai⁵¹⁸, embora nem todos os pais possam exercê-lo (p.e., por estarem inibidos de o fazer, nos termos do art. 1913º, nº 1) e, em certos casos, a totalidade ou parte das situações jurídicas que aquele abrange se insiram noutra figura (p.e., o poder tutelar ou de administração dos bens do menor), que já não pressupõe uma ligação de paternidade ou maternidade.

III. As responsabilidades parentais demarcam-se da tutela, da confiança e da guarda.

A expressão "tutela" designa um meio de suprimento do poder paternal (cf., *infra*, Parte I, nº 26).

As palavras "confiança" e "guarda" caracterizam-se pela polissemia.

A expressão "confiança" é, nomeadamente, usada para múltiplas situações preparatórias de uma adopção (confiança administrativa, confiança judicial, confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção), em medidas de promoção e protecção não preparatórias de adopção (confiança

a pessoa idónea, confiança para acolhimento familiar) e para traduzir a ideia de colocação do menor sob os cuidados de uma pessoa ou entidade (cf. arts. 1906º, nº 2, e 1907º, nº 1)⁵¹⁹.

A palavra guarda designa apenas uma das situações jurídicas incluídas no poder paternal (cf., *infra*, Parte I, nº 23.2.), mas é utilizada também, num sentido amplo, abrangendo o conjunto das situações compreendidas naquele poder, ainda que sejam exercidas por alguém que não seja pai do menor nem titular do mencionado poder (cf., por exemplo, art. 5º, al. b), da Lei de Protecção).

22.2. Caracteres das responsabilidades parentais

I. As responsabilidades parentais formam uma situação jurídica familiar complexa que apresenta grande parte das características que são comuns a outras situações jurídicas familiares: carácter estatutário, indisponibilidade, funcionalidade acentuada, eficácia perante terceiros, tipicidade e tutela reforçada.

II. As responsabilidades parentais apresentam natureza estatutária, constituindo uma situação jurídica (complexa) que se funda na ligação paternofamiliar, num grupo (formado por pai e filho menor) cuja importância é expressamente reconhecida pelo Estado (cf., nomeadamente, art. 68º, nº 2, da CRP).

III. As responsabilidades parentais são indisponíveis, como resulta do art. 1699º, nº 1, al. b)⁵²⁰, e da conexão necessária que a lei estabelece entre essas responsabilidades o interesse do filho

⁵¹⁹ Sobre as diversas *confianças*, cf. DUARTE PINHEIRO, *Confiança* pp. 73-75.

⁵²⁰ O preceito obsta à alteração, por convenção antenupcial, dos "direitos ou deveres" paternos, o que abrange todas as situações jurídicas paternas, sejam activas, passivas ou mistas.

(cf. art. 1878º, nº 1). O pai não pode dispor das responsabilidades parentais porque o interesse principal subjacente à outorga legal de tais responsabilidades não lhe pertence. E o titular do interesse principal, o menor não emancipado, não beneficia de capacidade para, isoladamente ou em sintonia com o pai, alterar as regras legais.

A indisponibilidade das responsabilidades parentais reflecte-se no regime de extinção da figura. As responsabilidades parentais são intransmissíveis. Competem aos pais e apenas a eles (cf. art. 1878º, nº 1). E, prevendo a lei o exercício conjunto das responsabilidades parentais, um dos pais não pode conferir ao outro a exclusividade do exercício. A passagem do exercício conjunto das responsabilidades parentais para o exercício por um só dos pais não opera pela mera vontade destes: a mudança que se verifica normalmente em casos de divórcio e outros casos de ruptura, pressupõe uma intervenção estatal mesmo que os pais estejam de acordo (o acordo não releva sem a homologação do tribunal ou a aprovação do Ministério Público – cf., respectivamente, os art. 1905º e 1776º-A).

A característica da indisponibilidade manifesta-se ainda no art. 1882º, que consagra a irrenunciabilidade das responsabilidades parentais⁵²¹. Apesar de o preceito ressaltar o que se prescreve no Código Civil acerca da adopção, não se vislumbra aqui base para a detecção de uma eventual renúncia translativa ou transmissão consensual do poder paternal, quando os pais biológicos tenham prestado consentimento para a adopção (cf. art. 1981º, nº 1, al. c)). Com a adopção, não ocorre uma transmissão (voluntária

⁵²¹ Mas a irrenunciabilidade não obsta à delegação do exercício do poder de guarda e educação do menor: os pais podem confiar os filhos a terceiros (cf., implicitamente, o art. 1887º, nº 2, e, no caso de ruptura, o art. 1906º, nº 4, *in fine*). No sentido de uma leitura bastante mais flexível do art. 1882º e da indisponibilidade da parentalidade, cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* pp. 99-100.

ou forçada) do poder paternal, mas uma extinção do poder paternal que cabia aos pais biológicos e uma atribuição *ex novo* ao adoptante do poder paternal sobre o adoptado (o que é claro na adopção restrita, em que as condições de exercício do poder paternal são diversas daquelas a que estão subordinados os pais biológicos: cf. arts. 1997º e 1998º).

IV. A funcionalidade das responsabilidades parentais é intensa, mais marcada até do que aquela que se observa nas situações jurídicas familiares comuns (direitos paternofiliais e conjugais), que, por seu turno, se caracterizam já por uma dimensão altruísta superior à das situações jurídicas comuns (p.e, direitos de personalidade, direitos de crédito e direitos reais, predominantemente ao serviço dos interesses exclusivos dos respectivos titulares). O conteúdo legal das responsabilidades parentais é expressamente ordenado em torno do interesse do filho (cf. art. 1878º)⁵²², o que sugere que se está perante um instituto destinado à protecção e promoção do crescimento saudável do menor. As responsabilidades parentais têm de ser exercidas. O pai que omite culposamente o cumprimento de deveres decorrentes das responsabilidades parentais pode ser sancionado com a inibição do exercício destas responsabilidades (cf. 1915º, nº 1), aspecto que demarca a figura das situações jurídicas familiares activas comuns, que não são de exercício obrigatório.

⁵²² Neste contexto, HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* p. 157, esclarecem que o interesse do menor “não andarà longe do «estabelecimento das ideais ou possíveis condições sociais, materiais e psicológicas da vida de um filho, geradas pela participação responsável, motivada e coordenada de ambos os progenitores, acção essa que garanta a inserção daquele num optimizante e gratificante núcleo de vida, claramente propiciador do seu desenvolvimento emocional, físico e cívico e da obtenção da sua *cidadania social*»”.

É a específica funcionalidade das responsabilidades parentais que legitima a interferência do Estado na relação dos pais com os filhos menores. O princípio da direcção interna, parental, da vida familiar cede sempre que assim o exija o interesse do menor e isto apesar de qualquer oposição unânime dos sujeitos da relação de filiação à interferência externa. O art. 69º da CRP reconhece às crianças o direito à protecção do Estado contra o exercício da autoridade na família e impõe ao Estado o encargo de assegurar especial protecção às crianças privadas de um ambiente familiar. O art. 36º, n.º 6, da CRP, admite que, mediante decisão judicial, os filhos sejam separados dos pais, quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles. A preponderância da posição do menor na concepção das responsabilidades parentais justifica o controlo estatal da regularidade do respectivo exercício. A verificação de insuficiências da acção dos pais na prossecução do interesse do filho funda a aplicação de medidas de promoção e protecção (cf. Lei da Protecção), providências limitativas (cf. arts. 1918º e 1920º) ou até a inibição do exercício das responsabilidades parentais (cf. arts. 1913º e 1915º).

V. A funcionalidade específica das responsabilidades parentais, estruturadas em benefício de uma pessoa que se presume ser especialmente vulnerável e dependente, explica a duração do instituto, que não ultrapassa a maioridade ou emancipação do filho (cf. art. 1877º).

VI. As responsabilidades parentais emergem da relação que se estabelece entre pais e filhos menores, impondo, em primeira linha, comportamentos aos sujeitos da relação de filiação. Todavia, as responsabilidades parentais produzem efeitos *erga omnes*. O poder de representação, inserido nas responsabilidades parentais, compreende o exercício da generalidade dos direitos e o cumprimento da generalidade das obrigações dos filhos, perante terceiros. A inobservância dos poderes (-deveres) de guarda e

educação torna, normalmente, os pais responsáveis pelos danos que os filhos causarem a terceiros (cf. art. 491º). Terceiros não podem separar os filhos dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial (art. 36º, n.º 6, da CRP). Qualquer interferência injustificada de terceiros na esfera de competência parental é ilícita.

VII. O conteúdo das responsabilidades parentais é típico, coincidindo com aquele que a lei lhe assinala. Os arts. 1699º, n.º 1, al. b), e 1882º mostram que não é permitida a criação de situações jurídicas novas, nem a eliminação daquelas que a lei indica como parte das ditas responsabilidades. A tipicidade é, aliás, natural por dois motivos: dado o carácter *erga omnes* das responsabilidades parentais, os terceiros devem estar em condições de saber com segurança quais os domínios em que lhes é vedado interferir; o grau de funcionalidade das responsabilidades parentais aproxima-as de uma competência de Direito Público, figura cujo conteúdo está legalmente balizado.

VIII. O peso da vertente funcional, do interesse do filho, explica a garantia reforçada das responsabilidades parentais. Se o menor abandonar o lar ou dele for retirado, sem que tenha havido uma decisão judicial, os pais podem “reclamá-lo” (cf. art. 1887º, n.º 2), requerendo, se for necessário, a “entrega judicial do menor” (cf. arts. 191º-193º da OTM). O art. 249º do CP (na redacção da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro) pune com pena de prisão aquele que: “subtrair menor”; por meio de violência ou ameaça com mal importante determinar menor a fugir; se recusar a entregar menor à pessoa que sobre ele exercer poder paternal; 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. E o incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais pode acarretar outras consequências. Havendo incumprimento por um dos pais, o outro pode requerer ao tribunal as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do inadimplente em multa e em indemnização a favor do menor ou do requerente ou de ambos (art. 181º, nº 1, da OTM). Sendo ilícita, uma interferência injustificada de terceiros (ou do pai que não seja titular do poder paternal) na esfera de competência parental é susceptível de originar responsabilidade civil, nos termos gerais (cf. art. 483º), quer perante o pai quer perante o filho menor. E nem sequer há normas que afastem a responsabilidade civil dos pais perante os filhos por causa de danos causados no exercício do poder paternal.

22.3. Natureza jurídica das responsabilidades parentais

As responsabilidades parentais constituem uma situação jurídica complexa, que agrega situações jurídicas que podem elas próprias ser objecto de qualificação, não sendo de excluir a possibilidade de as situações componentes assumirem uma natureza que não é entre si uniforme⁵²³. Mas, a heterogeneidade das situações jurídicas em que se desdobra, embora dificulte a tarefa de quem se proponha realizar uma construção dogmática unitária⁵²⁴, não impede a determinação da natureza das responsabilidades parentais no seu todo.

⁵²³ Cf., p.e., neste sentido, CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* pp. 339-340: o poder paternal "é uma situação jurídica complexa, em que avultam poderes funcionais e alguns direitos, mas ao lado de puros e simples deveres".

⁵²⁴ Cf., nomeadamente, JORGE MIRANDA, *Poder paternal* pp. 36-38, que renuncia a uma construção unitária, distinguindo dois aspectos no poder paternal: o aspecto interno, direito subjectivo, e o aspecto externo, poder funcional.

Numa perspectiva de qualificação, há que distinguir dois períodos⁵²⁵.

I. No primeiro período, que designaremos como pré-filiocêntrico, o poder paternal estava ao serviço do interesse dos pais. Deste modo, tratava-se de um puro direito subjectivo dos pais que tinha como objecto a pessoa do filho.

II. No período actual, filiocêntrico, o poder paternal está predominantemente ao serviço do interesse do filho menor (cf. art. 1878º, nº 1)⁵²⁶, hesitando-se entre atribuir à figura a natureza de direito subjectivo peculiar (porque funcional) dos pais ou a de poder funcional (que se não confundiria com o direito subjectivo).

Na presente fase, filiocêntrica, a orientação que vê no poder paternal um direito subjectivo *sui generis*⁵²⁷ aceita a preponderância do interesse do filho, mas alega que não se pode ignorar

⁵²⁵ Sobre a evolução histórica do poder paternal, cf., entre outros, EDUARDO DOS SANTOS, *DF* pp. 509 e s.; FÁTIMA DUARTE, *Poder paternal* pp. 8 e s.

⁵²⁶ Apesar de subsistir ainda hoje, na lei (não obstante as alterações de 31 de Outubro de 2008...), aqui e ali, uma terminologia do período anterior, que "coisifica" o filho ou que o trata como um bem pertencente aos pais: cf., nomeadamente, o art. 1887º, nº 2 (reclamação do filho); e, na OTM, os arts. 191º (entrega do menor) e 199º (depósito do menor).

⁵²⁷ Cf., p.e., GOMES DA SILVA, *Curso de Direito da Família*, apontamentos de lições no ano lectivo de 1960-61, coligidos pelos alunos Jorge Liz e Vasconcelos Abreu, Lisboa, AAFDL, 1960, pp. 151-152; ANTUNES VARELA (*DF* pp. 79-80), PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA [*CC* 1878º (4)] e HÖRSTER (*A parte geral do Código Civil português. Teoria Geral do Direito Civil*, reimpressão da ed. de 1992, Coimbra, 2000, 256-257), que falam de direito-dever; CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* pp. 24 e 340, ou CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 1978, p. 369 (direito de conteúdo altruísta); OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. III, *Relações e situações jurídicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 59-60 (poder funcional que não deixa de ser um direito subjectivo).

o interesse dos pais no exercício do poder paternal: os pais não são meros funcionários; o poder paternal traduz-se também num instrumento de realização da personalidade dos seus titulares.

III. Todavia, a relevância (secundária) do interesse dos pais não basta para enquadrar o poder paternal na categoria dos direitos subjectivos. O poder paternal tem de ser obrigatoriamente exercido pelo respectivo titular. O não exercício é inadmissível e punível: o progenitor que deixar de exercer o poder paternal sujeita-se a sanções (p.e., à inibição do exercício das responsabilidades parentais). Falta o elemento "liberdade de actuação" ou "permissão", que define o direito subjectivo⁵²⁸. Por conseguinte, as responsabilidades parentais consistem num autónomo poder funcional⁵²⁹.

⁵²⁸ Cf. C. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* cit., pp. 169-170 ("por existir uma vinculação ao exercício dos poderes respectivos, não são autênticos direitos subjectivos os chamados poderes-deveres ou poderes funcionais ou «ofícios», como, p.ex., os poderes integrados no poder paternal ou na tutela") e MENEZES CORDEIRO, *TDC*, I/1 pp. 349-350 (os poderes funcionais são "obrigações específicas de aproveitamento de um bem", contrapondo-se aos direitos subjectivos, nos quais esse aproveitamento não é obrigatório, mas permitido). Diversamente, OLIVEIRA ASCENSÃO, ob. e loc. citados, *supra*, na nota 527: há dever de exercício nos poderes funcionais, mas a liberdade de actuação não é característica essencial do direito subjectivo; este ocorre desde que esteja garantida uma zona de exercício no próprio interesse; consequentemente, há poderes funcionais que não são direitos subjectivos, como os que resultam de função pública, e há poderes funcionais que são direitos subjectivos, como sucede com o poder paternal. "Ele é estabelecido para prover aos interesses do filho, mas não esquece o interesse (espiritual) do pai, que se realiza no seu exercício e não pode ser tratado como mero funcionário".

⁵²⁹ Claramente, além dos autores mencionados na nota 528, FÁTIMA DUARTE, *Poder paternal* pp. 43-44; ROSA MARTINS, *Menoridade* pp. 188-192.

III.a) Só que a qualificação em apreço não esquece a posição dos pais. Por um lado, as responsabilidades parentais são uma situação jurídica activa complexa, conferindo ao respectivo titular alguma margem de escolha quanto ao modo de exercício⁵³⁰. Por outro lado, as responsabilidades parentais reflectem-se num poder funcional de Direito Privado que não está totalmente ao serviço do menor. Tal como se distingue entre direitos subjectivos comuns e direitos subjectivos peculiares, mediante o critério da funcionalidade relativa, também há que separar os poderes funcionais que visam exclusivamente a prossecução de um interesse de outrem daqueles que, como as responsabilidades parentais, são orientados *predominantemente* para a satisfação do interesse de outrem. As responsabilidades parentais cabem na categoria de poderes funcionais com menor acento funcional: o interesse dos pais é atendível desde que não colida com o interesse do menor. O art. 36º, nº 5, da CRP, reconhece aos pais não só o dever, mas também o direito de educação e manutenção dos filhos. A regra da inseparabilidade dos filhos dos pais, constante do art. 36º, nº 6, da CRP, funda-se não só na presunção (ilidível) de que essa é a melhor solução para os menores, mas também no interesse da plena realização da personalidade dos pais. E, havendo incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais por um dos pais, o art. 181º, nº 1, da OTM, permite ao outro requerer a condenação do inadimplente em indemnização a favor do próprio requerente, o que prova que, no exercício do poder paternal, existe uma posição do titular que a lei considera ser digna de tutela⁵³¹.

⁵³⁰ Cf. MENEZES CORDEIRO, *TDC* I/1 p. 350.

⁵³¹ Tutela (indemnizatória ou outra) que, por identidade ou maioria de razão, poderá ser usada para defesa do interesse dos sujeitos a quem incumbe a responsabilidade parental contra qualquer comportamento de terceiros que se afigure injustificadamente lesivo.

III.b) A inexistência de uma delimitação legal precisa do conteúdo das responsabilidades parentais (cf., nomeadamente, o art. 1878º), a matriz pluralista da sociedade actual, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (cf. art. 26º, nº 1, da CRP), o reconhecimento do interesse dos pais e, sobretudo, a presunção de que eles realizam uma “acção insubstituível em relação aos filhos” (cf. art. 68º, nº 1, da CRP) acabam por levar à concessão de uma apreciável autonomia aos sujeitos detentores da competência parental, que estão (em regra) autorizados a agir de harmonia com as suas concepções religiosas e de vida. No entanto, esta autonomia, que abre espaço para a satisfação do interesse dos pais, não é ilimitada. Cede quando se oponha ao interesse do filho⁵³².

22.4. O registo das decisões relativas às responsabilidades parentais

I. Obrigatoriedade do registo das decisões relativas às responsabilidades parentais: cf. art. 1920º-B; art. 1º, nº 1, als. f), h), 69º, nº 1, als. e) e f), do CRC⁵³³.

Não estão sujeitas a registo as situações de delegação pelos pais a terceiros do exercício do poder de guarda e educação do menor (a que alude o art. 1887º, nº 2), nem as de delegação pelos pais a terceiro do exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente (referidas no art. 1906º, nº 4).

⁵³² Sobre o que significa interesse do menor ou do filho, cf., *supra*, Parte I, nº 1 III, e nota 522.

⁵³³ De acordo com o art. 69º, nº 3, do CRC, na redacção do DL nº 247-B/2008, de 30/12, os factos referidos na al. f) do nº 1 desse artigo (“a inibição e a suspensão do exercício do poder paternal, bem como as providências limitativas desse poder”) são averbados aos assentos de nascimento dos filhos.

II. Consequências da falta do registo: as decisões não podem ser invocadas contra terceiros de boa fé (cf. art. 1920º-C).

23. Conteúdo das responsabilidades parentais

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 341-352; Rosa Martins, *Menoridade* 176-185, 192-218, 227-237; Helena Bolieiro/Paulo Guerra, *Criança* 159-161; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1878º-1879º, 1881º, 1883º, 1885º-1900º; Eduardo dos Santos, *DF* 515-537; Ferreira-Pinto, *Dicionário* 491-497; Fátima Duarte, *Poder paternal* 49-145; Moitinho de Almeida, *Filiação* 145-154; Armando Leandro, *Poder paternal* 124-127.

23.1. Enunciado de situações jurídicas compreendidas nas responsabilidades parentais

I. Compete aos pais o poder de guarda e educação, o dever de prover ao sustento, o poder de representação e o poder de administração dos bens do menor (art. 1878º, nº 1⁵³⁴)⁵³⁵.

II. Os filhos estão vinculados ao dever de obediência perante os pais (cf. art. 1878º, nº 2).

Na relação com os pais, os filhos menores estão numa posição de subordinação, ao contrário do que ocorre na relação conjugal, em que vigora o princípio da igualdade dos direitos e deveres das partes (art. 1671º, nº 2).

⁵³⁴ Na opinião de ROSA MARTINS, *Menoridade* p. 193, a enumeração do art. 1878º, nº 1, não é taxativa.

⁵³⁵ As enumerações feitas com base no art. 1878º, nº 1, variam em função dos autores: ROSA MARTINS, *Menoridade* p. 194, aponta um poder-dever de proteger a saúde autonomizado do poder-dever de guarda dos filhos; HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* p. 160, distinguem o poder de vigilância do poder de guarda.

Contudo, não há uma subordinação rígida: de acordo com a maturidade dos filhos, os pais “devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida” (art. 1878º, nº 2, segunda parte).

23.2. O poder-dever de guarda

I. Mediante o poder de guarda, os pais velam pela segurança e saúde dos filhos⁵³⁶.

II. O poder de guarda implica que o filho viva com os pais no mesmo lar e que estes tenham aquele em sua companhia.

II.a) Os filhos menores não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres para com eles e sempre mediante decisão judicial (art. 36º, nº 6, da CRP); não podem abandonar a casa paterna ou aquela que os pais lhes destinaram, nem dela ser retirados (art. 1887º, nº 1).

II.b) O art. 1887º, nº 2, prevê que, se os menores abandonarem a casa paterna ou dela forem retirados, qualquer dos pais e, em caso de urgência, as pessoas a quem eles tenham confiado o filho possam “reclamá-lo”, recorrendo se for necessário, ao tribunal ou autoridade competente. Com este objectivo, os arts. 191º a 193º da OTM regulam o processo de “entrega judicial de menor”. O art. 249º do CP prevê o crime de “subtração do menor”⁵³⁷.

⁵³⁶ Para ROSA MARTINS, *Menoridade* p. 198, o poder-dever de guarda traduz-se em “«ter o filho em sua companhia» (art. 36º, nº 6, CRP) ou, de um modo mais geral, em lhe fixar residência e exigir que ele aí permaneça”; para HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* p. 160, o poder de guarda significa que “os pais devem manter o filho junto de si ou no local que indicarem e devem regular as relações do filho com outras pessoas”.

⁵³⁷ Cf., *supra*, Parte I, nº 22.2. VIII.

É adequada a tutela do poder de guarda do menor, mas é lamentável a terminologia legal⁵³⁸, que a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, não entendeu erradicar. Pelos vistos, um ser humano pode ser reclamado, subtraído, entregue e até... “depositado” (cf. art. 192º, nº 2, da OTM)! Efectivamente é possível ordenar o “depósito do menor” como preliminar ou incidente da acção de inibição do poder paternal (cf. art. 199º da OTM). O vocabulário utilizado evoca o sinistro período pré-filiocêntrico do poder paternal em que o filho nada mais era do que um objecto pertencente ao pai.

II.c) O art. 1883º limita o poder de guarda, enquanto comunhão de habitação: o progenitor não pode introduzir no lar conjugal o filho extramatrimonial concebido na constância do matrimónio, sem o consentimento do cônjuge.

III. O poder de guarda abarca a vigilância das acções do filho e a regulação das relações deste com outrem que não os pais.

É lícito aos pais impedir determinados relacionamentos dos seus filhos, desde que haja fundamento para considerá-los perniciosos ao interesse destes.

É, p.e., o que sucede se o filho pretender conviver com pessoas associadas ao “meio da droga”⁵³⁹.

IV. Note-se que os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e com os avós: cf. art. 1887º-A, que reconhece um direito do menor ao convívio com os avós e os irmãos e um direito destes ao convívio com o menor⁵⁴⁰.

⁵³⁸ Cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 328-331.

⁵³⁹ DUARTE PINHEIRO, *Toxicod dependência* p. 265.

⁵⁴⁰ Cf. CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação* p. 119.

A solução é extensível aos pais biológicos do adoptado restritamente, atendendo ao disposto no art. 1994°.

V. O poder-dever de guarda confere aos pais a faculdade de decidir pelo filho no que respeita aos cuidados de saúde. É a eles que incumbe autorizar intervenções ou tratamentos médicos atinentes ao menor.

Há, porém, situações em que é excepcionalmente dispensado o consentimento dos pais para o acto médico⁵⁴¹: acção estatal no cumprimento de políticas de saúde pública (p.e., vacinação obrigatória); urgências; estado de perigo do menor; casos em que o menor, pela sua idade e capacidade de discernimento, pode decidir por si próprio.

23.3. O poder-dever de dirigir a educação

I. À luz do art. 36°, nº 5, da CRP, os pais têm o direito e o dever de educação dos filhos.

O poder-dever de dirigir a educação prepara o filho para uma vida enquanto ser autónomo⁵⁴².

O art. 1885° explicita duas incumbências dos pais no âmbito do poder-dever de dirigir a educação: promover, de acordo com as suas possibilidades, o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos (nº 1); e proporcionar aos filhos adequada

⁵⁴¹ Sobre o assunto, cf. ROSA CÂNDIDO MARTINS, "A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento", em *Comemorações dos 35 anos* pp. 791-831, em particular pp. 808 e s.

Sobre uma hipótese de estado de perigo para a vida do menor, em que os pais se opunham ao internamento hospitalar da criança, cf. parecer da PGR nº 8/91, de 16/1/1992, *Pareceres da Procuradoria-Geral da República*, vol. II, Lisboa, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, s/data mas 1997, pp. 337 e s. (= DR II série, nº 216, p. 8820 (44 e s.); *BMJ* 418, pp. 285 e s.).

⁵⁴² Cf. ROSA MARTINS, *Menoridade* p. 210.

instrução geral e profissional, correspondente na medida do possível, às aptidões e inclinações de cada um (nº 2).

O art. 1886° pronuncia-se concretamente sobre a educação religiosa dos filhos, reconhecendo aos pais dos menores de 16 anos competência para decidir sobre a matéria. O art. 11°, nº 1, da Lei da Liberdade Religiosa, acrescenta que os pais têm o direito de educação religiosa dos filhos "em coerência com as próprias convicções em matéria religiosa, no respeito da integridade moral e física dos filhos e sem prejuízo da saúde destes".

II. Contido no poder-dever de educar, continua a subsistir um poder de correcção⁵⁴³.

Na perspectiva de um ilustre jurista⁵⁴⁴, parece ser "um poder de segundo grau que deve encarar-se sem carácter punitivo, dentro dos limites da autoridade amiga e responsável que a lei atribui aos pais e que, por isso, só pode ser exercido sem abusos, no interesse dos filhos e com respeito pela sua saúde, segurança, formação moral, grau de maturidade e de autonomia".

Tradicionalmente, são apontadas como medidas lícitas de correcção as repreensões, a privação de um divertimento e os castigos corporais moderados.

Mas vários países europeus proibiram todos os castigos corporais infligidos pelos pais e este tipo de medidas de correcção enfrenta agora reservas entre nós⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Doutrina dominante, segundo ROSA MARTINS, *Menoridade* p. 212. Afasta a inclusão de tal poder no conteúdo das responsabilidades parentais, CLARA SOTTOMAYOR, "«Existe um poder de correcção dos pais?» A propósito do acórdão do STJ de 05-04-2006", *Lex Familiae* nº 7, 2007, pp. 118-121.

⁵⁴⁴ ARMANDO LEANDRO, *Poder paternal* pp. 126-127.

⁵⁴⁵ Cf. SÓNIA MOREIRA, *Autonomia* pp. 169, 193 e 194; CASTANHEIRA NEVES/RAQUEL BARDOU, "O direito das crianças à protecção do Estado contra qualquer forma de violência: algumas notas sobre a questão dos castigos corporais em Portugal", em *Estudos Rui Epifânio* pp. 375-400.

O Princípio nº 3:19 (2) de Direito da Família Europeu, que, recorde-se, não tem carácter vinculativo, a propósito do conteúdo da responsabilidade parental, determina que “o menor não deve ser submetido a castigos corporais nem a outros tratamentos humilhantes”⁵⁴⁶.

O art. 152º-A (aditado pela Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro), nº 1, al. a), do CP, pune com pena de prisão quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação, pessoa menor, lhe infligir, de modo reiterado ou não, maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais.

23.4. O dever de prover ao sustento

I. O dever de manutenção dos filhos é constitucionalmente imposto aos pais (art. 36º, nº 5, da CRP).

O dever paternal de sustento ou manutenção compreende a habitação, o vestuário, a alimentação e todas as prestações conexas com as várias situações jurídicas em que se desdobram as responsabilidades parentais (v.g., prestações com a saúde e a segurança, exigidas pelo poder-dever de guarda, ou com a educação, decorrentes do poder-dever de educar).

II. No cumprimento do dever de sustento, os pais estão obrigados a proporcionar aos filhos um nível de vida idêntico ao seu⁵⁴⁷.

Os pais ficam desobrigados de prover ao sustento dos filhos nos termos do art. 1879º⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ Cf. a obra citada, *supra*, na nota 132.

⁵⁴⁷ Cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 346; FÁTIMA DUARTE, *Poder paternal* p. 96; NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, *Alimentos* pp. 197-198; REMÉDIO MARQUES, *Alimentos* pp. 154-155.

⁵⁴⁸ Cf. REMÉDIO MARQUES, *Alimentos em especial* pp. 29-30, 54-99, 132, 151-164, 187-191; ROSA MARTINS, *Menoridade* pp. 204-205.

23.5. O poder-dever de representação

I. Aos pais incumbe um poder de representação geral dos filhos menores, ainda que nascituros (cf. art. 1878º, nº 1)⁵⁴⁹.

Havendo conflito de interesses entre qualquer dos pais e o filho sujeito ao poder paternal ou entre os filhos, os filhos menores são representados por um ou mais curadores nomeados pelo tribunal (art. 1881º, nº 2).

II. O nº 1 do art. 1878º dispõe que o poder-dever de representação compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho, exceptuados os actos puramente pessoais, aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente e os actos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais.

A perfilhação é um exemplo de acto puramente pessoal, que, portanto, não pode ser praticado em nome do menor. Contudo, só tem capacidade para perfilhar o indivíduo com mais de 16 anos (art. 1850º).

O casamento, enquanto contrato pessoal, não comporta representação legal. No entanto, o menor está impedido de casar antes de completar os 16 anos (art. 1601º, al. a)). E ainda que tenha 16 ou 17 anos de idade precisa de autorização dos pais, ou do respectivo suprimimento (art. 1604º, al. e)). Na celebração de

⁵⁴⁹ ROSA MARTINS, *Menoridade* pp. 134-152, 232-237, propõe uma mudança profunda de concepção: todos os menores teriam “plena capacidade para a prática de todos os actos dos quais resulte para eles apenas uma vantagem jurídica e ainda de todos aqueles actos que sejam socialmente considerados ao alcance da capacidade de discernimento de um menor daquela idade”; nos restantes actos, em regra, os filhos maiores de 14 anos de idade seriam assistidos e só os menores de 14 anos seriam representados; no seio dos menores de 14 anos de idade, a representação dos “infantes” seria estrita, ao passo que a representação dos pré-adolescentes seria mitigada (isto é, acolhendo “espaços de participação do filho menor no processo decisório”).

convenção antenupcial, o menor de 16 ou 17 anos é igualmente assistido, e não representado, pelos pais (art. 1708º).

O art. 127º, nº 1, enumera actos que o menor tem direito de praticar pessoal e livremente.

Os pais não têm a administração dos bens referidos no art. 1888º, nº 1. Mas enquanto os bens mencionados na al. d) (os mesmos do art. 127º, nº1, al. a)), são administrados pelo próprio menor, os bens constantes das als. a) a c) são administrados por terceiros, em representação do menor.

23.6. O poder-dever de administração dos bens

I. Os pais têm a administração dos bens dos filhos, com excepção daqueles que são mencionados no art. 1888º, nº 1. Mas, como se explicará, imediatamente *infra*, em III, os pais nem sempre podem praticar sozinhos todos os actos relativos aos bens do menor que estão sujeitos poder-dever paternal de administração.

II. O poder de administração dos bens do menor cessa com a emancipação, a não ser que, tendo capacidade de gozo matrimonial, ele tenha casado sem autorização dos pais ou sem o respectivo suprimento.

Neste caso, os bens levados pelo menor para o casal ou que posteriormente lhe advenham a título gratuito até à maioridade continuam a ser administrados pelos pais até que ele complete os 18 anos (art. 1649º).

III. Há um conjunto de actos patrimoniais que os pais não podem praticar sem autorização do Ministério Público: cf. arts. 1889º e 1892º, conjugados com os arts. 2º, nº 1, al. b), e 3º do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro.

Como representantes do filho, sem autorização do Ministério do Público, os pais não podem, p.e., alienar ou onerar bens, salvo tratando-se de alienação onerosa de coisas susceptíveis de perda ou deterioração; contrair empréstimos; nem negociar transacção.

A aceitação ou rejeição de liberalidades, em representação do menor, é regulada pelos arts. 1889º, nº 1, als. j) e l), e 1890º, conjugados com os arts. 2º, nº 1, al. b), 3º e 4º do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro.

Quando esteja em causa outorga de partilha extrajudicial (cf. art. 1889º, nº 1, al l)) e o pai concorra à sucessão com o seu filho ou quando o Ministério Público entenda que o interesse do menor a quem a herança é deferida implica aceitação beneficiária (cf. art. 2102º, nº 2), a autorização para aquela outorga e para esta aceitação incumbe ao tribunal (art. 2º, nº 2, al. b), do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro).

Os actos indevidamente praticados pelos pais sem autorização são anuláveis, nos termos do art. 1893º, mas podem ser confirmados pela entidade a quem competia a autorização, ao abrigo do art. 1894º, conjugado com o art. 2º, nº 1, al. d), do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro.

IV. No exercício do poder-dever de administração, exige-se que os pais administrem os bens dos filhos com o mesmo cuidado com que administram os seus (art. 1897º).

Em regra, os pais não são obrigados a prestar caução como administradores dos bens do filho nem a prestar contas da sua administração (cf. arts. 1898º e 1899º, respectivamente).

Os pais podem utilizar os rendimentos dos bens do filho para satisfazerem as despesas de sustento deste, bem como, dentro de justos limites, com outras necessidades da vida familiar (art. 1896º, nº 1).

Os pais devem entregar ao filho, logo que este atinja a maioridade ou seja emancipado, todos os bens que lhe pertençam

(art. 1900º, nº 1). Todavia, não pertencem ao filho os bens que ele, vivendo em companhia dos pais, tiver produzido, durante a menoridade, por trabalho prestado aos seus progenitores e com meios ou capitais pertencentes a estes (art. 1895º, nº 1).

V. Restrições ao poder-dever de administração na adopção restrita.

Nos trinta dias subsequentes à notificação da decisão de constituição de adopção, o tribunal pode exigir ao adoptante que apresente uma relação de bens do adoptado, e pode exigir-lhe que apresente uma relação complementar, sempre que o adoptado, menor ou incapaz, adquira bens (art. 2002º).

O adoptante deve prestar contas da sua administração sempre que o tribunal lho exija a requerimento do Ministério Público, dos pais biológicos ou do próprio adoptado, até dois anos depois de atingir a maioridade ou ter sido emancipado (art. 2002º-A).

O adoptante só pode despende dos rendimentos dos bens do adoptado a quantia que o tribunal fixar para alimentos deste (art. 1998º).

23.7. O dever de obediência e a autonomia do menor

I. Se os filhos devem obediência aos pais, em contrapartida os pais devem, de acordo com a maturidade dos filhos, reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida (art. 1878º, nº 2). Aliás, isso já decorre do dever de respeito a que os pais estão vinculados também perante os filhos menores (cf. art. 1874º, nº 1).

“O poder paternal não é um instrumento de perpetuação de uma ligação estreita entre uma pessoa e a sua família de origem; é antes um instrumento familiar de protecção do menor, no seu percurso de crescimento, separação e individuação. Por isso, em cada etapa da vida do menor, é fundamental encontrar um

ponto de equilíbrio entre subordinação e autonomia, integração familiar e diferença.”⁵⁵⁰

II. As manifestações de autonomia do menor são múltiplas⁵⁵¹. Ver, além do art. 1878º, nº 2, p.e.: o art. 127º; a capacidade do maior de 16 anos para perfilhar, para decidir acerca da sua orientação religiosa (art. 1886º, *a contrario*, e art. 11º, nº 2, da Lei da Liberdade Religiosa), para ser admitido a prestar trabalho (art. 55º do Código do Trabalho); a faculdade de acesso às consultas de planeamento familiar, que é reconhecida a todos os jovens em idade fértil (art. 5º, nº 2, da Portaria nº 52/85, de 26 de Janeiro); a capacidade do maior de 14 anos para aderir livremente a associações (art. 2º, nº 2, da Lei nº 124/99, de 20 de Agosto).

No campo penal, assinala-se a disciplina sobre consentimento e queixa: o consentimento do menor integra uma causa de exclusão da ilicitude de facto tipificado na lei penal, se quem o der tiver mais de 16 anos “e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta” (art. 38º, nº 3, do CP); o menor ofendido tem legitimidade para apresentar pessoalmente queixa, se tiver mais de 16 anos ou possuir discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa (art. 113º, nº 4, *a contrario*, do CP); depois de perfazer 16 anos, o ofendido pode requerer que seja posto termo ao processo (art. 116º, nº 4, do CP).

⁵⁵⁰ DUARTE PINHEIRO, *Toxicoddependência* p. 264. Cf., ainda, ROSA MARTINS, *Menoridade* pp. 176-185, caracterizando o poder paternal como “missão evolutiva”, que articula a finalidade de protecção com a finalidade de promoção da autonomia pessoal e da independência.

⁵⁵¹ Cf. SÓNIA MOREIRA, *Autonomia* pp. 181-192.

24. Exercício das responsabilidades parentais

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 352-358; Pamplona Corte-Real, *Relatório* 120; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1901°-1912°; Rita Lobo Xavier, *Divórcio* 63-73; Helena Bolieiro/Paulo Guerra, *Criança* 167-265; Ana Sofia Gomes, *Responsabilidades parentais* 20-91; Eduardo dos Santos, *DF* 537-541; Ferreira-Pinto, *Dicionário* 497-498; Fátima Duarte, *Poder paternal* 146-196; Moitinho de Almeida, *Filiação* 154-162; Armando Leandro, *Poder paternal* 127-133, 151-163; Rosa Martins, *Menoridade* 218-225; França Pitão, *Uniões* 136-145.

24.1. Exercício em comum das responsabilidades parentais e exercício por um só dos pais; hipóteses de exercício por terceiro

I. Antes da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, o sistema de exercício do poder paternal obedecia aos seguintes princípios:

- O exercício do poder paternal pertencia exclusivamente aos pais (arts. 1901° a 1912°, na versão anterior).
- Em regra, o exercício do poder paternal apenas era feito em conjunto, por ambos os pais, se estes se encontravam casados e viviam em comum, se os dois viviam em união de facto e tivessem declarado perante o funcionário do registo civil que pretendiam o exercício conjunto ou se, após ruptura da vida em comum, houvesse acordo dos pais quanto ao exercício conjunto, homologado pelo juiz ou aprovado pelo Ministério Público (arts. 1901°, nº 1, 1905°, nº 1, 1906°, nº 1, 1909°, 1911°, nº 3, e 1912° na redacção anterior, art. 14°, nº 6, do Decreto-Lei nº 272/2001, de 13 de Outubro, relativo ao acordo que instrui o processo de separação e divórcio por mútuo consentimento).
- Em todas as outras situações (nomeadamente, pais que não tivessem casado ou que não tivessem vivido em união de facto; pais que, vivendo em união de facto, não

tivessem declarado perante o funcionário do registo civil que pretendiam o exercício conjunto; pais que se tivessem divorciado ou separado, não havendo acordo, aprovado ou homologado, de exercício conjunto), o exercício do poder paternal cabia unicamente a um dos progenitores (arts. 1903°, 1904°, 1906°, nº 2, 1909°, 1910°, 1911°, nºs 1 e 2, 1912°, na redacção anterior).

- Se a filiação do menor estivesse estabelecida relativamente a ambos os progenitores, mas estes nunca tivessem contraído casamento nem nunca tivessem vivido em união de facto (ou se, convivendo maritalmente, não tivessem declarado perante o funcionário do registo civil que pretendiam o exercício conjunto), o exercício do poder paternal pertencia ao progenitor que tivesse a guarda do filho (art. 1911°, nºs 1 e 3, na redacção anterior). Presumia-se então que a mãe tinha a guarda do filho, presunção que só era ilidível judicialmente (art. 1911°, nº 2, na redacção anterior)⁵⁵².

II. Actualmente, por força da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, o sistema de exercício das responsabilidades parentais orienta-se pelos seguintes princípios:

- Exercício em comum dessas responsabilidades, salvo excepções.
- Exercício em comum mitigado das responsabilidades parentais quando os pais não vivam juntos.
- Possibilidade de exercício das responsabilidades parentais por terceiro.

⁵⁵² A presunção maternal criava algumas dúvidas à luz do princípio da igualdade em razão do sexo (art. 13° da CRP), do art. 36°, nº 5, da CRP (Cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *Anexo* p. 59), e do princípio da prevalência do interesse do menor (por privilegiar o critério da preferência maternal em detrimento do critério da figura primária de referência, que é tido como mais correcto e conforme ao interesse da criança: cf., *infra*, Parte I, nº 24.2. IV).

Vejamos em pormenor cada um destes pontos.

III. Excepções ao exercício em comum das responsabilidades parentais

Presentemente, vigora a regra de que o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais, que as exercem em comum (arts. 1901º, 1906º, nº 1, 1911º e 1912º).

O exercício das responsabilidades parentais incumbe a um dos pais unicamente nas seguintes situações: impedimento ou morte do outro (arts. 1903º e 1904º); quando a filiação se não encontrar constituída quanto ao outro pai (art. 1910º); quando, de harmonia com o interesse do menor, em caso de divórcio, separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o tribunal determinar que o outro pai não exercerá as responsabilidades parentais (art. 1906, nºs 6 e 7).

O conceito de impedimento abarca a incapacidade acidental provocada por toxicomania ou alcoolismo⁵⁵³. Note-se que o menor não emancipado e o interdito ou inabilitado por causa diferente de anomalia psíquica podem exercer as responsabilidades parentais, salvo em matéria de representação e de administração de bens do filho (cf. art. 1913º, nº 2).

Por morte de um dos pais, o exercício das responsabilidades parentais pertence ao sobrevivente, mas, quando se verifique algumas das circunstâncias previstas no art. 1918º, o tribunal pode decidir que a guarda não passe ao progenitor sobrevivente, confiando, provisoriamente, o menor a terceiro (art. 1908º).

IV. O modo de exercício conjunto das responsabilidades parentais.

IV.a) Se os pais vivem juntos, casados ou em união de facto, aplica-se o regime de exercício conjunto pleno das responsabilidades parentais (arts. 1901º, 1902º e 1911º, nº 1). Ou seja, ambos decidem em acordo (efectivo ou presumido) todas as questões da vida do filho, sejam elas ou não de particular importância⁵⁵⁴.

Se faltar o acordo dos pais coabitantes em questões de particular importância, qualquer um dos pais pode recorrer ao tribunal que tentará a conciliação (cf. art. 184º da OTM). Se a conciliação não for possível, o tribunal ouvirá o filho, antes de decidir, salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem⁵⁵⁵ (art. 1901º, nº 3).

Se um dos pais praticar acto que integre o exercício das responsabilidades parentais, presume-se que age de acordo com o outro, salvo quando a lei expressamente exija o consentimento de ambos os pais ou se trate de acto de particular importância⁵⁵⁶ (arts. 1902º e 1911º, nº 1).

O terceiro deve recusar-se a intervir no acto praticado apenas por um dos pais quando não se presume o acordo do outro pai ou quando conheça a oposição deste.

Os actos praticados por um só dos pais sem o acordo do outro são anuláveis, por aplicação analógica do art. 1893º⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ Sobre o conceito "questões de particular importância", cf., *infra*, Parte I, nº 24.2. III.

⁵⁵⁵ Para ANA SOFIA GOMES, *Responsabilidades parentais* p. 26, as circunstâncias ponderosas que desaconselhem a audição do menor "hão-de fundamentar-se exclusivamente no interesse do menor, já que é esse mesmo interesse que determina a possibilidade da sua audição, e terão por base a existência do interesse do menor em ser ouvido, quando tal audição possa contribuir para a formação da decisão que tem o seu interesse como pressuposto, ou a inexistência desse interesse no caso contrário".

⁵⁵⁶ O conceito de "acto de particular importância" não se distancia do de "questões de particular importância", pelo que se remete igualmente para, *infra*, Parte I, nº 24.2. III.

⁵⁵⁷ Cf. CASTRO MENDES/FEIXEIRA DE SOUSA, *DF* pp. 355-356.

A invalidade não é oponível a terceiro que ignore desculpavelmente a falta (cf. art. 1902º, nº 1, *in fine*) ou a necessidade do acordo.

IV.b) Se os pais nunca viveram juntos⁵⁵⁸, estão divorciados, separados ou deixaram de viver em união de facto, haverá exercício conjunto mitigado das responsabilidades parentais (arts. 1906º, nºs 1 e 3, 1911º, nº 2, e 1912º, nº 1). Isto é, ambos decidem em matérias de particular importância. No que toca aos actos da vida corrente do filho, o exercício das responsabilidades parentais cabe ao progenitor que com ele reside habitualmente⁵⁵⁹.

V. O exercício das responsabilidades parentais por terceiro.

Após as alterações da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, prevê-se expressamente a possibilidade de exercício das responsabilidades parentais por outrem que não um dos pais. Nos termos do art. 1913º, quando houver impedimento de exercício das responsabilidades parentais por ambos os pais, esse exercício caberá a alguém da família de qualquer deles, “desde que haja um acordo prévio e com validação legal”.

⁵⁵⁸ Sobre a nova solução de exercício conjunto, no caso de pais que nunca viveram juntos, cf. a apreciação de RITA LOBO XAVIER, *Divórcio* pp. 69-70: o legislador persistiu “obstinadamente numa solução incongruente ditada por aspirações de «engenharia social». Na verdade, trata-se agora da situação de mães solteiras, que, muitas vezes, terão engravidado por «acidente»; frequentemente, o reconhecimento da paternidade terá sido judicial, não se compreendendo que a lei considere a situação comparável àquelas outras em que existe ou existiu convivência entre os progenitores. Como se poderá acreditar que, através da imposição legal da «partilha» das responsabilidades parentais, seja possível obter o envolvimento do progenitor masculino na vida de um filho que, presumivelmente, não quis ter e, provavelmente, foi obrigado a reconhecer?”.

⁵⁵⁹ Para maiores desenvolvimentos, cf., *infra*, Parte I, nº 24.2.

VI. Sem prejuízo da titularidade do exercício das responsabilidades parentais pertencer aos pais, o art. 1907º, nº 1, dispõe que, “por acordo ou decisão judicial, ou quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no art. 1918º, o filho pode ser confiado à guarda de terceira pessoa”.

Como se disse anteriormente⁵⁶⁰, a referência a uma decisão judicial tomada à margem das circunstâncias previstas no art. 1918º não parece estar de harmonia com o texto constitucional.

Quando haja confiança a terceira pessoa, cabem a esta os poderes e deveres relativos ao menor que forem exigidos pelo adequado desempenho das suas funções, competindo ao tribunal decidir em que termos são exercidas pelos pais as responsabilidades parentais, reduzidas ao que seja compatível com a guarda de outrem (art. 1907º, nºs 2 e 3).

VII. A propósito da matéria do exercício das responsabilidades parentais, é oportuna uma referência às famílias monoparentais e às famílias recompostas.

Segundo certas análises, o bem-estar das crianças é comparativamente mais baixo em famílias monoparentais. Não obstante isto, os especialistas recusam estabelecer uma ligação entre estrutura monoparental (originada por factores como o celibato, a morte, a separação e o divórcio) e menor adequação para o exercício do poder paternal, considerando que os aspectos que prejudicam o nível de vida dos menores “são exteriores à estrutura da família e à qualidade da função parental exercida: dificuldades económicas, pobreza, stress emocional, baixo nível educacional e apoio social inadequado”⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ Cf., *supra*, Introdução, nº 11.4. III.

⁵⁶¹ CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício* p. 393. Cf. EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, *Famílias monoparentais. A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003. O autor afirma que os problemas da família monoparental

Nas famílias recompostas⁵⁶², dois adultos formam um casal, após a dissolução da união de um deles, ou de ambos, com outrem (v.g., por morte, separação ou divórcio); e com eles vivem filhos de ligações anteriores. Sendo os filhos menores, é preciso ter em conta a possível interferência do novo companheiro do “progenitor guardião”⁵⁶³, que, ainda que não esteja formalmente investido na titularidade do exercício do poder paternal, pode contribuir para evitar alguns elementos negativos que coincidem com a vivência em estrutura monoparental, para criar ou agravar a conflitualidade no lar, ou para dificultar ou quebrar o contacto entre o filho menor e o “progenitor não guardião”.

24.2. Particularidades do exercício das responsabilidades parentais nos casos de progenitores que nunca viveram juntos, que se divorciaram ou se separaram

Em especial, Pamplona Corte-Real, *DF* 101-104; Duarte Pinheiro, *Ensino* 418-420; Rita Lobo Xavier, *Divórcio* 64-73; Helena Bolieiro/Paulo Guerra, *Criança* 178-265; Ana Sofia Gomes, *Responsabilidades parentais* 34-91; Euclides de Oliveira, “Guardas e visitas dos filhos em caso de separação dos pais, na perspectiva do direito brasileiro e do direito português”, em Berenice Dias/Duarte Pinheiro, *Escritos* 243-262; Clara Sottomayor, *Exercício*

são fruto de dificuldades económicas (p. 292). Paralelamente, CLARA SOTTOMAYOR (idem, *ibidem*), tendo em vista sobretudo a família monoparental resultante de divórcio, declara que “o factor mais importante para justificar o bem-estar mais baixo das crianças em famílias monoparentais é a diminuição do rendimento sofrido pelo progenitor guarda”.

⁵⁶² Sobre o tema, cf., em língua portuguesa, a obra pioneira de WALDYR GRISARD FILHO, *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

⁵⁶³ Sobre o problema nas famílias recompostas, em que os filhos nasceram na constância de um matrimónio dissolvido, cf. ANTONIO DE MAURO, “La famiglia ricomposte”, *Família* 2004/4-5, pp. 771-774.

70-118, 134-195, e *Regulação* 267-364, 473-525; Armando Leandro, *Poder paternal* 154-163; França Pitão, *Uniões* 140-145; Helder Roque, “Regulação do exercício do poder paternal. A situação do progenitor não detentor da guarda ou a outra face do poder paternal”, em *Volume Comemorativo* 123-146.

1. Se ambos os pais exerciam as responsabilidades parentais, o divórcio, a separação de pessoas e bens, a declaração de nulidade ou anulação do casamento, a separação de facto dos cônjuges e a cessação da união de facto por vontade de um dos seus membros introduz modificações no regime do exercício do poder paternal: cf. arts. 1905º, 1906º, 1909º e 1911º, nº 2.

Antes da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, o exercício do poder paternal incumbia normalmente a apenas um dos progenitores, uma vez que o exercício conjunto pressupunha um acordo de ambos os pais, homologado pelo juiz ou aprovado pelo Ministério Público⁵⁶⁴.

Actualmente, a regra é a do exercício em comum das responsabilidades parentais pelos pais⁵⁶⁵, sendo indiferente a existência ou não de acordo dos pais no sentido do exercício conjunto.

⁵⁶⁴ Cf., *supra*, Parte I, nº 24.1. I.

Para uma visão crítica das anteriores disposições legais sobre o exercício conjunto do poder paternal, na sequência do divórcio, cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, “O regime do divórcio em Portugal. A propósito do novo projecto espanhol – um caso de «paralelismo espontâneo»?”, *Lex Familiae* nº 4, 2005, pp. 16-18. Sobre o modo como era pensada a situação dos filhos após o divórcio numa época mais recuada (a da Reforma de 1977), cf. ELIANA GERSÃO, “Transformação social, divórcio e responsabilidades parentais”, em *Estudos Rui Epifânio* pp. 227-229.

⁵⁶⁵ Curiosamente, no mesmo ano, ocorreram modificações importantes no Brasil no domínio do exercício de poder familiar (instituto equivalente ao poder paternal ou às responsabilidades parentais) em caso de divórcio ou separação. A Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, alterou os artigos do 1583 e 1584 do Código Civil brasileiro: a guarda dos filhos pode ser unilateral ou compartilhada; a guarda unilateral é aquela que é atribuída a um só dos

Ora, o novo sistema é contestado quer por ter prescindido do acordo⁵⁶⁶, quer por não ter optado pela orientação da chamada “guarda alternada”⁵⁶⁷.

II. Em caso de ruptura da vida em comum ou de pais que nunca viveram juntos, consagra-se o princípio do exercício conjunto⁵⁶⁸

genitores, ou a alguém que o substitua; a guarda compartilhada é definida como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo tecto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns” (art. 1583, § 1), sendo decretada sempre que seja possível e conveniente (mesmo que não haja acordo dos pais). Sobre o assunto, cf. EUCLIDES DE OLIVEIRA, “Guardas e visitas dos filhos em caso de separação dos pais, na perspectiva do direito brasileiro e do direito português”, em Berenice Dias/Duarte Pinheiro, *Escritos* pp. 246-249.

⁵⁶⁶ Reconhecendo que foi atribuído “carácter de interesse público” ao princípio do exercício conjunto das responsabilidades parentais, RITA LOBO XAVIER, *Divórcio* pp. 66-67, considera que está por demonstrar o carácter consensual da imposição do exercício conjunto na sociedade portuguesa; que há situações que desaconselham o acatamento pelos juízes da referida exigência legal, por exemplo, situações de violência ou de grande conflitualidade e, até certo ponto, a manifestação de uma vontade contrária por parte dos progenitores.

⁵⁶⁷ Segundo PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* 101-104, o exercício conjunto nas questões de particular importância só excepcionalmente poderá vingar, “por importar uma virtual situação de convivência, aparentemente desfasada face à radicalização da ruptura conjugal que conduziu ao divórcio e à separação coexistencial”; a orientação legal é susceptível de alimentar focos de conflitualidade, pelo que se sustenta o princípio da guarda alternada, mediante a qual, “nos períodos alternados de custódia, cada progenitor supervisionaria livremente a educação dos filhos”.

⁵⁶⁸ Há que efectuar uma precisão terminológica. É comum o uso da expressão “guarda conjunta” para designar o exercício conjunto das responsabilidades parentais. Em rigor, guarda, ou confiança, não é o mesmo que responsabilidades parentais. A guarda é um de entre vários poderes contidos nas responsabilidades parentais (cf., *supra*, n.º 23.2.). Como decorre do art. 1907º, um pai a quem não foi confiado o filho pode exercer as responsabilidades parentais. O exercício das responsabilidades parentais abrangerá então os poderes que não sejam incompatíveis com o poder de guarda que incumbiu a outrem. O uso da

mitigado das responsabilidades parentais: ambos os pais exercem em comum as responsabilidades parentais em questões de particular importância para a vida do filho; a um deles, aquele com quem o filho reside habitualmente, compete em exclusivo o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do menor (arts. 1906º, n.ºs 1 e 3).

Dentro desta lógica, há dois problemas fundamentais: saber o que são “questões de particular importância” e determinar com qual dos pais o filho residirá habitualmente.

III. O conceito “questões de particular importância” já era estudado no Direito da Filiação anterior à Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, em virtude de constar do art. 1901º, n.º 2, na redacção do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro (onde se mantém, agora na versão da lei de 2008). Em edição anterior⁵⁶⁹, apontámos como exemplos de questões de particular importância: educação religiosa do filho com menos de 16 anos; tratamento

expressão “guarda conjunta” para designar o exercício conjunto das responsabilidades parentais, ainda que o menor resida unicamente com um dos pais, socorre-se de um sentido amplo da palavra “guarda”. Nessa acepção, a palavra “guarda” identifica-se com função parental (cf., nomeadamente, art. 5º, al. b), da Lei de Protecção). Tendo em conta o critério da residência do menor, a guarda em sentido amplo pode ser *física* (e legal) ou só *legal*. Se houver exercício conjunto das responsabilidades parentais, a guarda física pertence ao pai cuja residência foi fixada como residência habitual do menor, enquanto ao outro compete somente a guarda legal. Deste modo, na prática, o sistema português de exercício conjunto das responsabilidades parentais, nos casos de divórcio ou outras situações de ruptura (ou quando os pais nunca viveram juntos), tende a ser de *guarda conjunta legal sem guarda conjunta física*. Noutra classificação, que assenta no critério da (prévia) legitimidade para o desempenho da função parental, a guarda em sentido amplo pode ser *de facto* ou *de direito* (distinção subjacente ao referido art. 5º, al. b), da Lei de Protecção).

⁵⁶⁹ DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2008, p. 310.

médico ou intervenção cirúrgica de alguma gravidade (se o menor não possuir o discernimento necessário para autorizar o tratamento ou a intervenção); actos patrimoniais que careçam de autorização do Ministério Público; representação do menor em juízo (cf. arts. 10º, nº 2, e 12º do CPC⁵⁷⁰).

No entanto, a densificação deste conceito indeterminado (que, portanto, só pode ser preenchido mediante a valoração das circunstâncias concretas) tornou-se agora muito mais relevante, suscitando enorme e compreensível interesse da doutrina e dos juristas práticos. Até porque se depara com uma potencial fonte de acesa conflitualidade entre os pais.

Uma ilustre professora⁵⁷¹ acrescenta ao elenco apontado “as deslocações para o estrangeiro, a escolha de estabelecimento de ensino e actividades extracurriculares, a prática de desportos radicais” e defende a utilidade da indicação, ainda que a título exemplificativo, dos assuntos de particular importância no acordo homologado pelo tribunal ou na própria sentença de regulação das responsabilidades parentais.

Como é dito por dois experientes magistrados⁵⁷², a exposição de motivos contida nos trabalhos preparatórios da Lei nº 61/2008,

⁵⁷⁰ O art. 12º do CPC (cujo nº 3 foi alterado pelo DL nº 303/2007, de 24 de Agosto) prevê um regime específico no caso de falta de acordo dos pais acerca de aspectos respeitantes à representação do menor em juízo (propositura de acção, orientação do processo, intervenção em causa pendente).

⁵⁷¹ RITA LOBO XAVIER, *Divórcio* p. 67. Cf. também ANA SOFIA GOMES, *Responsabilidades parentais* pp. 22-23, que apresenta alguns exemplos nos domínios da educação escolar e da saúde.

⁵⁷² HELENA BOLIEIRO/PAULOGUERRA, *Criança* p. 175, nota 24. Nessa mesma nota; que prossegue na p. 176, os prestigiados especialistas enunciam numerosos exemplos de possíveis questões de particular importância: decisão sobre intervenções cirúrgicas do filho (inclusive as estéticas); saída do filho para o estrangeiro, não em turismo, mas em mudança de residência, com algum carácter duradouro; saída do filho para países em conflito armado que possa fazer perigar a sua vida; obtenção de licença de condução de

de 31 de Outubro, “dá uma directiva, esclarecendo que tais assuntos são aqueles que se resumem a questões existenciais graves e raras na vida de uma criança, questões essas que «pertencem ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças»”.

Note-se que, nos casos de manifesta urgência, qualquer um dos progenitores pode agir sozinho em questões de particular importância, “devendo prestar informações ao outro logo que seja possível” (art. 1906º, nº 1, 2ª parte).

IV. Outro tema muito sensível é o da determinação do progenitor com quem o filho residirá habitualmente. Será, normalmente, esse pai o titular do exercício pleno das responsabilidades parentais respeitantes à vida corrente do menor (que pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício, nos termos do art. 1906º, nº4).

O exercício conjunto das responsabilidades parentais por pais separados ou que nunca viveram juntos não significa que o filho habite alternadamente na casa de cada um dos seus pais.

Entre nós, já antes da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, a residência habitual do filho tendia a ser fixada junto de um dos pais⁵⁷³. Outra é a tese do Princípio 3:20 (2) de Direito da Família Europeu, no qual se prevê a situação de residência alternada,

ciclomotores; escolha de ensino particular ou oficial para a escolaridade do filho; decisões de administração que envolvam oneração; educação religiosa do filho (até aos 16 anos); prática de actividades desportivas que representem um risco para a saúde do filho, autorização parental para o filho contrair casamento; orientação profissional do filho; uso de contracepção ou interrupção de uma gravidez; participação em programas de televisão que possam ter consequências negativas para o filho.

⁵⁷³ Cf. CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação* p. 163. Antes das alterações de 2008, eram invocadas (cf. CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação* pp. 150-151, e *Exercício* p. 477) três razões contra a admissibilidade dos acordos de residência alternada: o teor literal do art. 1906º, nº 1, o argumento histórico de interpretação do mesmo preceito e os estudos que revelam como é inconveniente dividir a criança entre as residências dos dois pais.

desde que haja acordo dos titulares da responsabilidade parental, aprovado por autoridade competente, ou decisão dessa mesma autoridade competente⁵⁷⁴.

Em nossa opinião, os critérios então usados para fixação da residência habitual do filho junto de um dos progenitores (ou para atribuição do exercício unilateral do poder paternal) permanecem válidos⁵⁷⁵.

Na escolha do pai que residirá habitualmente com o menor, o tribunal deve atender ao interesse do menor, considerando, nomeadamente, “o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro” (art. 1906º, nº 5).

O critério mais correcto de decisão é o da figura primária de referência e não o da preferência maternal⁵⁷⁶.

A figura primária de referência será o pai que tem uma relação mais próxima com o filho, que cuida dele diariamente, que colabora mais na sua educação.

De qualquer modo, a complexidade da decisão não recomenda o uso de um único critério. Se não houver que excluir à partida nenhum progenitor “por alguma notória disfunção”, há que lançar mão de inúmeros factores “para desempatar” – relativos às crianças, aos pais, às condições geográficas, materiais e familiares⁵⁷⁷.

V. O progenitor contitular do exercício das responsabilidades parentais que não residir habitualmente com o filho (progenitor guardião ou não-residente) tem outros direitos e deveres, além

⁵⁷⁴ Cf. a obra citada, *supra*, na nota 132.

⁵⁷⁵ Assim, RITA LOBO XAVIER, *Divórcio* p. 66.

⁵⁷⁶ Sobre os critérios da preferência maternal e da figura primária de referência, antes da vigência da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro: cf. CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício* pp. 103-110, 177-228, e *Regulação* pp. 43-58.

⁵⁷⁷ Cf. HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* pp. 184-188, que especificam os aludidos factores.

do poder de co-decisão em questões de particular importância para a vida do filho.

Num quadro de exercício conjunto, o pai que não resida habitualmente com o filho pode, porém, relacionar-se livremente com ele, sempre que ambos o desejem, o que não exclui contactos diários e estadias prolongadas do filho na casa do pai. Em rigor, não existem visitas *stricto sensu*; contudo, entende-se que é conveniente marcar algum tempo de convívio do menor com o progenitor não-residente⁵⁷⁸.

Na concretização do convívio entre o filho e o progenitor não-residente prevalece o interesse daquele (cf. art. 1906º, nº 7)⁵⁷⁹.

Quando filho se encontrar temporariamente com o progenitor não-residente, a este incumbe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho, que pode exercê-las por si ou por delegação (art. 1906º, nºs 3 e 4). Todavia, o pai não-residente “não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente” (art. 1906º, nº 3, 2ª parte).

O pai a quem coube a guarda física do menor está vinculado ao dever de prover ao seu sustento (cf., *supra*, nº 23.4.); o outro pai está obrigado a prestar alimentos ao filho (cf. art. 1905º).

Desde que os rendimentos do pai sem a guarda física assim o permitam, a lei impõe que ao menor seja assegurado um nível de vida idêntico ao que este gozava antes da ruptura⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ Cf. HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* p. 190.

⁵⁷⁹ Sobre a concretização do convívio, cf. HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* pp. 191-193. O habitual/ideal é que o menor passe, pelo menos, um fim-de-semana de quinze em quinze dias com o progenitor não guardião (cf. HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, ob. cit., p. 192; ANA SOFIA GOMES, *Responsabilidades parentais* pp. 62-63).

⁵⁸⁰ Cf. CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação* pp. 195-200, sublinhando, porém, a enorme distância entre a imposição e a prática; REMÉDIO MARQUES, *Alimentos* pp. 170-173.

Por fim, o progenitor que não exerça as responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho tem o direito de ser informado sobre o modo como elas são exercidas pelo outro progenitor, nomeadamente no que respeita à educação e às condições de vida do menor (art. 1906º, nº 6).

VI. O padrão do exercício conjunto mitigado das responsabilidades parentais, no caso de pais que nunca viveram juntos ou que se separaram, não é uma inevitabilidade.

Nos termos do art. 1906º, nº 2, “quando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para o filho for julgado contrário aos interesses deste, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades devem ser exercidas por um dos progenitores”. Isto é, admite-se o exercício unilateral das responsabilidades parentais.

O progenitor que não exercer responsabilidades parentais está obrigado a prestar alimentos ao filho; pode exigir ao outro progenitor informação sobre o modo de exercício das responsabilidades parentais (art. 1906º, nº 6); e, embora não beneficie de uma situação de convívio com o filho tão livre quanto é a do progenitor não-residente contitular do exercício das responsabilidades parentais, tem direitos de visita, que, porém, dependem do interesse do menor (art. 1906º, nº 5).

Ao abrigo do direito-dever de visita, ao pai que não exercer as responsabilidades parentais assiste a faculdade de comunicar com o menor (p.e., por telefone, carta ou correio electrónico) e de estar com ele durante algumas horas ou alguns dias; normalmente, o pai pode alojar o menor em sua casa em fins-de-semana alternados e passar com ele férias e épocas ou datas festivas.

Só excepcionalmente será negado o direito-dever de visita: quando o interesse do menor desaconselhe o estabelecimento de um regime de visitas (cf. art. 180º, nº 2, da OTM).

VII. Há outras hipóteses de desvio ao modelo legal de exercício conjunto mitigado das responsabilidades parentais, permitidas em nome do interesse concreto do filho (art. 1906º, nºs. 5 e 7): p.e., o exercício conjunto parcial das responsabilidades parentais em actos da vida corrente do filho⁵⁸¹ ou/e em questões de particular importância⁵⁸²; o exercício conjunto com guarda alternada⁵⁸³.

VIII. O modelo legal actual de exercício das responsabilidades parentais nos casos de progenitores que nunca viveram juntos, que se divorciaram ou se separaram, implica uma situação nitidamente desigualitária: em regra, é atribuído o poder de decisão em actos de vida corrente do filho a apenas a um dos progenitores (o chamado “progenitor residente”); e, como se não bastasse, o outro (progenitor não-residente), quando esteja temporariamente com o filho, está impedido de “contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente”.

A preferência deveria ter recaído sobre o modelo de exercício unilateral alternado, com repartição paritária do tempo de exercício entre cada um dos progenitores⁵⁸⁴. Deste modo, seria assegurado o princípio da igualdade dos progenitores (art. 36º, nº 5, da CRP); seria dado um contributo para criar uma cultura autêntica de partilha de responsabilidades entre eles (já que o modelo de exercício conjunto mitigado “onera” especialmente

⁵⁸¹ A favor da possibilidade do exercício misto em actos de vida corrente do filho, cf. HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* p. 177.

⁵⁸² P.e., a administração de bens pode ser exercida pelo progenitor que não resida habitualmente com o menor (cf. art. 180º, nº 3, da OTM).

⁵⁸³ Cf. ANA SOFIA GOMES, *Responsabilidades parentais* pp. 60-62, falando impropriamente de guarda conjunta.

⁵⁸⁴ Concorde-se, assim, com PAMPLONA CORTE-REAL (cf., *supra*, nota 567).

um dos progenitores); e seria feita uma tentativa para dar ao menor dois pais, em vez de um só ou de um e meio (o modelo de exercício conjunto mitigado “mitiga”, diminui ou até anula a posição de um dos pais).

IX. Em todas as situações de ruptura da vida em comum (incluindo divórcio, separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, cessação da união de facto por vontade de um dos seus membros) e de progenitores que nunca viveram juntos, o exercício das responsabilidades parentais tem de ser regulado por acordo dos pais ou por decisão fundamentada do tribunal (que é designada, na OTM, pela expressão “decisão final”).

O acordo dos pais terá de ser homologado pelo tribunal (art. 1905º)⁵⁸⁵ ou aprovado pelo Ministério Público (nos termos do art. 1776º-A, se se tratar de acordo que instrui o processo de separação e divórcio por mútuo consentimento requerido na conservatória do registo civil).

O acordo não será homologado (nem aprovado) se não corresponder ao interesse do menor (cf. arts. 1776-Aº, nº 2; e 1905º, 2ª parte).

Quando o exercício das responsabilidades parentais não seja fixado por acordo aprovado no âmbito do processo de divórcio (ou separação por mútuo consentimento) requerido na conservatória do registo civil, aplica-se a disciplina específica dos arts. 174º-185º da OTM e das disposições gerais dos processos tutelares cíveis, constantes dos arts. 146º a 161º do mesmo diploma⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ Para um exemplo de acordo do exercício das responsabilidades parentais, “tal qual ele deverá ser construído à luz do novo regime da Lei 61/2008, integrado em acta forense”, cf. PAULO GUERRA, “As responsabilidades parentais – as quatro mãos que embalam o berço”, em *Estudos Rui Epifânio* pp. 245-250.

⁵⁸⁶ Sobre os aspectos processuais da regulação do exercício das responsabilidades parentais, cf. HELENA BOLHEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* pp. 236 e s.

Se os pais apresentarem acordo fora de um processo de divórcio (ou separação por mútuo consentimento) requerido na conservatória, aplica-se o processo para homologação do acordo, nos termos do art. 174º, nº 1, da OTM.

Na falta de acordo, ou de um acordo que tenha sido homologado ou aprovado, aplica-se o processo de regulação do exercício do poder paternal ou das responsabilidades parentais.

O processo de regulação inclui uma conferência de pais, na qual o juiz procurará obter acordo que corresponda ao interesse do menor sobre o exercício do poder paternal, que, a ser conseguido, será homologado (art. 177º, nº 1, da OTM).

Em qualquer estado da causa e sempre que o entenda conveniente, oficiosamente, com o consentimento dos interessados destes, pode o juiz determinar a intervenção dos serviços públicos ou privados de mediação (art. 147º-D, nº 1, da OTM). O eventual acordo obtido por via da mediação será homologado pelo juiz se satisfizer o interesse do menor.

Na ausência de acordo, o exercício do poder paternal será regulado por sentença, de harmonia com os interesses do menor (art. 180º, nº 1, da OTM).

X. O incumprimento da regulação das responsabilidades parentais em geral.

Se um dos pais não cumprir o que tiver sido acordado ou decidido sobre a regulação das responsabilidades parentais, pode o outro requerer ao tribunal as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do inadimplente em multa e em indemnização a favor do menor ou do requerente ou de ambos.

Cumprimento coercivo, multa, indemnização – é o que se prevê literalmente no nº 1 do art. 181º da OTM. É de novo evidente o pouco sentido da tese da fragilidade da garantia dos direitos familiares⁵⁸⁷.

⁵⁸⁷ Cf., *supra*, Introdução, nº 10.7.

XI. As situações de incumprimento referem-se, nomeadamente, ao regime de visitas/convívio e, sobretudo, aos alimentos⁵⁸⁸.

XII. A violação do regime de visitas/convívio pode levar à aplicação das disposições gerais sobre o incumprimento da regulação do poder paternal (cf. art. 181º da OTM), a nova regulação (art. 182º, nº 1, da OTM) e até ao preenchimento do tipo penal da subtracção de menor (art. 249º do CP).

Após a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, o art. 249º, nº 1, al. c), do CP, prescreve que é punido com pena de prisão até dois anos, ou com pena de multa até 240 dias, aquele que, “de um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento”⁵⁸⁹.

A mobilidade transnacional dos cidadãos tem tomado patente a utilidade das fontes extra-estatais que se destinam a reagir contra os actos ilícitos de um dos pais que se materializam na deslocação do filho para um Estado que não é o da sua residência habitual, ou na retenção do mesmo fora do Estado da residência habitual, após deslocação ao abrigo do “direito de visita”.

Entre tais fontes extra-estatais, avulta a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças⁵⁹⁰, concluída

⁵⁸⁸ Sobre a protecção específica do crédito de alimentos, cf., *supra*, Introdução, nº 8 XI; ANABELA PEDROSO, “Cobrança forçada de alimentos devidos a menores”, *Lex Familiae* nº 3, 2005, pp. 93-108; HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* pp. 220-236.

⁵⁸⁹ Não obstante a frequência das situações de incumprimento dos regimes de convivência, RITA LOBO XAVIER, *Divórcio* p. 72, considera que a incriminação em causa “parece excessiva, poderá transportar este tipo de conflitualidade para a jurisdição penal e não parece favorecer as crianças atingidas por este problema”.

⁵⁹⁰ Cf. ASCENSÃO SILVA, “A Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos cíveis do rapto internacional de crianças – alguns

na Haia em 29 de Maio de 1993, cujo respectivo texto foi publicado em anexo ao Decreto nº 33/83, de 11 de Maio; e o próprio “Regulamento Bruxelas II *bis*”, Regulamento (CE) nº 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro do mesmo ano, publicado no JO L 338, de 23 de Dezembro de 2003, pp. 1-29.

O “Regulamento Bruxelas II *bis*” admite a execução de decisões proferidas num Estado-membro da União Europeia sobre o exercício da responsabilidade parental noutro Estado vinculado ao Regulamento (arts. 28º, 41º e 42º)⁵⁹¹: cf., *supra*, Introdução, nº 12.2. III.

E não se pode ignorar a Convenção relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Protecção das Crianças, adoptada na Haia em 19 de Outubro de 1996⁵⁹², que, à luz do art. 3º, tem por objecto medidas que poderão, nomeadamente, envolver: “a) Atribuição, exercício, termo ou redução da responsabilidade parental, bem como a sua delegação; b) Direito de custódia, incluindo os direitos de cuidar da criança e, em particular, o direito de determinar a residência da criança, bem como o direito de visita [...]”.

XIII. Alteração da regulação do poder paternal.

O acordo ou a sentença (decisão final) de regulação do poder paternal não são imutáveis.

O acordo pode ser modificado por mútuo consentimento dos pais, estando a modificação sujeita a homologação judicial.

aspectos”, em AA.VV., *Estudos em Memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 443-556.

⁵⁹¹ Especificamente sobre as responsabilidades parentais neste acto comunitário, cf. HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* pp. 454-481.

⁵⁹² O respectivo texto foi publicado em anexo ao Decreto nº 52/2008, de 13 de Novembro.

Qualquer dos pais ou o curador podem requerer a alteração da regulação do poder paternal constante de acordo ou de decisão final, no caso de incumprimento por ambos os pais ou quando circunstâncias supervenientes tornem necessário alterar o que estiver estabelecido (cf. art. 182º da OTM).

25. Inibição e limitações ao exercício das responsabilidades parentais

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 360-367; Leite de Campos, *DFS* 372-373; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1908º, 1913º a 1920º-A; Eduardo dos Santos, *DF* 544-547; Ferreira-Pinto, *Dicionário* 499-502; Fátima Duarte, *Poder paternal* 197-207; Moitinho de Almeida, *Filiação* 162-166; Armando Leandro, *Poder paternal* 133-151; Helena Bolieiro/Paulo Guerra, *Criança* 279-295; França Pitão, *Unões* 144-145.

25.1. Preliminares

O titular das responsabilidades parentais pode ser juridicamente privado do seu exercício (inibição) ou conservar o exercício das responsabilidades parentais com restrições impostas por providências ou medidas judiciais ou administrativas (limitações em sentido amplo).

25.2. Inibição do exercício das responsabilidades parentais

I. Enunciado de modalidades.

As inibições podem ser classificadas segundo os critérios da fonte e da extensão dos efeitos.

Segundo o critério da fonte, a inibição do exercício das responsabilidades parentais resulta directamente da lei (*ope legis*) ou de decisão judicial (*ope judicis*).

A decisão judicial que decretar a inibição é susceptível de ter como fundamento a condenação pela prática de um crime a que a lei atribua o efeito de inibição ou outra situação.

A inibição que resulta directamente da lei ou que é decretada pelo tribunal com fundamento na condenação do agente em crime a que a lei atribua o efeito de inibição é designada pela expressão "inibição de pleno direito" (cf. art. 1913⁵⁹³).

A inibição judicial que não tenha por fundamento crime a que a lei atribua o efeito de inibição será designada aqui, abreviadamente, pela expressão "inibição judicial".

Segundo o critério da extensão dos efeitos, a inibição é total ou parcial, consoante abarque a generalidade das situações jurídicas contidas nas responsabilidades parentais ou somente a representação e administração dos bens dos filhos (art. 1915º, nº 2).

II. A inibição de pleno direito.

Consideram-se de pleno direito inibidos do exercício das responsabilidades parentais: os condenados definitivamente por crimes a que a lei atribua esse efeito (e que são, nomeadamente, os crimes contra a liberdade sexual e contra a autodeterminação sexual, nos termos dos arts. 163º-176º e 179º do CP; ou de violência doméstica, à luz do art. 152º, nº 6, do CP), quando o tribunal decidir decretar a inibição; os menores, os interditos e os inabilitados; os ausentes, desde a nomeação do curador provisório; os pais biológicos, depois de decretada a confiança judicial ou a medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção (art. 1978º-A).

⁵⁹³ O art. 1913º, nº 1, al. a), tem de ser conjugado com o CP (mais concretamente, com os arts. 152º, nº 6, e 179º deste diploma): a inibição não decorre automaticamente da condenação definitiva por crime.

Estão parcialmente inibidos das responsabilidades parentais os menores não emancipados e os interditos ou inabilitados por motivo diferente de anomalia psíquica (art. 1913º, nº 2).

A inibição de pleno direito respeitante aos sujeitos referidos no art. 1913º, nº 1, é total.

A inibição de pleno direito do exercício das responsabilidades parentais cessa, conforme a causa (cf. art. 1914º; arts. 152º, nº 6, e 179º do CP; fundamento da inibição), pelo cumprimento da pena de inibição das responsabilidades parentais; pela maioridade, pelo levantamento da interdição ou inabilitação; pelo termo da curadoria. No entanto, a inibição associada à confiança judicial e à medida de promoção, referida no art. 1978º-A, não cessa, ainda que o menor não venha a ser adoptado; nesta hipótese, será instituída a tutela⁵⁹⁴.

III. A inibição judicial.

A inibição judicial será total ou parcial, conforme o critério fundamentado do tribunal.

A inibição pode referir-se a todos os filhos ou apenas a algum ou alguns (art. 1915º, nº 2).

Salvo decisão em contrário, os efeitos da inibição que abranja todos os filhos estendem-se aos que nascerem depois de aquela ter sido decretada (art. 1915º, nº 3).

A inibição pode ser requerida pelo Ministério, qualquer parente do menor ou pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, de facto ou de direito, com fundamento em causas subjectivas ou objectivas (art. 1915º, nº 1).

Causas subjectivas: infracção culposa dos deveres do pai para com os filhos, com grave prejuízo destes.

⁵⁹⁴ Cf. ALMEIDA RAMIÃO, *Lei de Protecção* p. 143-144 (mas não se acompanha o entendimento do autor de que seria possível a própria revisão da medida de promoção: a isso se opõe a letra do art. 62º-A, nº 1, *in fine*, da Lei de Protecção).

Causas objectivas: inexperiência, enfermidade, ausência ou outra razão relativa ao pai que mostre não estar este em condições de cumprir os seus deveres para com os filhos.

A inibição do exercício das responsabilidades parentais decretada pelo tribunal será levantada quando cessem as causas que lhe deram origem (art. 1916º, nº 1).

Os arts. 194-201º da OTM referem-se ao processo de inibição do exercício do poder paternal⁵⁹⁵.

Como preliminar ou incidente da acção de inibição do poder paternal, o tribunal pode ordenar a suspensão do poder paternal e o depósito do menor (art. 199º, nº 1, da OTM).

IV. Inibição e obrigação de alimentos

A inibição do exercício das responsabilidades parentais em nenhum caso isenta os pais do dever de alimentarem o filho (art. 1917º).

25.3. Limitações ao exercício das responsabilidades parentais

I. As medidas ou providências limitativas das responsabilidades parentais são aplicáveis quando, não sendo caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, haja perigo para a pessoa ou para o património do filho (cf. arts. 1918º, nº 1, e 1920º, nº 1).

No Direito da Filiação, tende-se a estudar unicamente as limitações ao exercício das responsabilidades parentais que estão previstas no Código Civil (limitações ao exercício das responsabilidades parentais em sentido restrito).

⁵⁹⁵ Para um traçado breve desse processo, cf. HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* pp. 291-292. De acordo com vários especialistas, deve ser sublinhado o reduzido número de acções de inibição existentes em Portugal, "resultado de uma dominante concepção social de intocável filiação biológica" (Cf. Relatórios das mesas temáticas «Responsabilidades parentais», em 4ª Bienal p. 265).

Mas é a Lei de Protecção que constitui a sede por excelência das limitações ao exercício das responsabilidades parentais (mais precisamente das limitações para protecção da *pessoa* do filho): cf., *infra*, Parte II, Capítulo I.

O Código Civil contém uma disciplina genérica de providências judiciais limitativas das responsabilidades parentais: o art. 1918° refere-se às providências judiciais para protecção da *pessoa* do filho, enquanto o art. 1920° se refere às providências judiciais para protecção do património.

A revogação ou alteração das decisões judiciais que decretam providências limitativas das responsabilidades parentais pode ser feita a todo o tempo pelo tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer dos pais (art. 1920°-A).

II. As providências judiciais para protecção da *pessoa* do filho.

Quando a segurança, a saúde e a formação moral ou a educação de um menor se encontrem em perigo, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público, de qualquer parente do menor ou de *pessoa* a cuja guarda ele esteja confiado, decretar as providências adequadas, designadamente confiá-lo a terceira *pessoa* ou a estabelecimento de educação e assistência (art. 1918°).

Em iguais circunstâncias, mas independentemente de requerimento, o tribunal pode confiar o menor a terceira *pessoa* ou a estabelecimento de educação e assistência, nos termos do art. 1905°, nº 2.

Se o menor tiver sido confiado a terceira *pessoa* ou a estabelecimento de educação e de assistência, será estabelecido um regime de visitas aos pais, a menos que, excepcionalmente, o interesse do filho o desaconselhe (art. 1919°, nº 2).

Quando tiver sido decretada alguma das providências para protecção da *pessoa* do filho, os pais conservam o exercício das responsabilidades parentais em tudo o que com ela se não mostre inconciliável (art. 1919°, nº 1).

O processo relativo às providências em apreço é um processo tutelar cível (art. 146°, al. i), da OTM), mas não é muito claro

se aquele segue a tramitação da acção tutelar comum (art. 210° da OTM) ou a dos arts. 195° a 197° (por aplicação analógica do art. 200°, nº 2, que se ocupa das providências judiciais para protecção do património do filho)⁵⁹⁶.

III. As providências judiciais para protecção do património do filho.

Quando a má administração ponha em perigo o património do filho, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer parente, decretar as providências que julgue adequadas (art. 1920°, nº 1).

Exs. de providências: prestação de contas e de informações sobre a administração e estado do património do filho e, quando estas providências não sejam suficientes, prestação de caução (art. 1920°, nº 2)⁵⁹⁷.

O processo das providências para protecção do património observa o disposto nos arts. 195° a 197° da OTM, *ex vi* do art. 200°, nº 2, do mesmo diploma.

26. Meios de suprimento das responsabilidades parentais

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 367-384; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1921°-1972°; Eduardo dos Santos, *DF* 549-583; Ferreira-Pinto, *Dicionário* 502-511, 172-174, 526-527; Helena Bolieiro/Paulo Guerra, *Criança* 297-310; obras de Teoria Geral do Direito Civil (páginas dedicadas ao suprimento da incapacidade por menoridade).

⁵⁹⁶ A favor do figurino da acção tutelar comum, HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* p. 282.

⁵⁹⁷ Mas são configuráveis outras medidas com o mesmo escopo: "retirar a administração de certo bem determinado da esfera de acção do progenitor, entregando-a a terceiro ou a não entrega a esse progenitor dos rendimentos de certo bem" (HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* p. 284).

26.1. Preliminares

Quando o poder paternal não é, ou não pode ser, total ou parcialmente, exercido, é preciso recorrer a instrumentos alternativos de prossecução do interesse do menor, que são variados, abrangendo as limitações ao exercício das responsabilidades parentais em sentido restrito ou técnico (arts. 1918º e 1920º), as medidas de promoção dos direitos e de protecção das crianças e dos jovens em perigo, a tutela e a administração de bens.

No entanto, a lei reserva o termo “meios de suprir o poder paternal” unicamente para a tutela e a administração de bens (cf. arts. 1921º e s.), concebidas como instrumentos mais duradouros de protecção do menor (e que, ao contrário da adopção, não originam relações familiares).

Os restantes instrumentos estão vocacionadas para um suprimento temporário das responsabilidades parentais⁵⁹⁸.

26.2. Tutela

I. O art. 1921º, nº 1, enumera os casos em que o menor está sujeito a tutela: morte dos pais; inibição do exercício do poder paternal quanto à regência da pessoa do filho; impedimento

⁵⁹⁸ O art. 1920º-A consagra expressamente a possibilidade de revogação a todo o tempo das limitações ao exercício das responsabilidades parentais. As medidas de promoção e protecção, com excepção da confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção, têm uma duração estabelecida por acordo ou decisão judicial, que, no caso das medidas no meio natural de vida, não pode ser superior a um ano, e são obrigatoriamente revistas num prazo nunca superior a seis meses (cf. arts. 60º, 61º, 62 e 63º da Lei de Protecção). A confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção prepara a constituição do vínculo adoptivo, cessando quando a adopção é decretada (art. 63º, nº 1, al. c), da Lei de Protecção).

de facto de exercício do poder paternal⁵⁹⁹ há mais de 6 meses; filiação não constituída.

A instauração da tutela é promovida oficiosamente pelo tribunal comum ou pelo tribunal de família (cf. art. 82º, nº 1, al. a), da LOFTJ), quando este exista, e não pelo tribunal de menores (como refere agora indevidamente o art. 1923º), através de uma acção tutelar comum⁶⁰⁰ (cf. art. 210º da OTM). É também ao tribunal comum ou ao tribunal de família, quando exista, e não ao tribunal de menores (como refere agora indevidamente o art. 1925º), que cabe vigiar o exercício da tutela e desempenhar outras competências em matéria de tutela (cf. art. 82º, nº 2, als. a) e f), da LOFTJ).

Normalmente, os menores estão sujeitos à tutela até à maioridade ou emancipação. O art. 1961º refere-se a estas e a outras hipóteses de extinção da relação tutelar.

II. A tutela é exercida por um tutor e pelo conselho de família (art. 1924º, nº 1).

Os cargos de tutor e vogal do conselho de família são obrigatórios (art. 1926º).

II.a) Os arts. 1927º a 1934º tratam da designação do tutor.

O cargo de tutor recai sobre a pessoa designada pelos pais ou pelo tribunal (art. 1927º).

⁵⁹⁹ Ocorre tal impedimento quando não há exercício por impossibilidade que não lhe possa ser subjectivamente imputável (p.e., hospitalização contínua e prolongada, cumprimento de pena de prisão, ausência por emigração): cf. HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* pp. 298-301, que, com bons argumentos, afastam a interpretação que identifica impossibilidade com não exercício pelo progenitor por qualquer motivo, culposo ou não.

⁶⁰⁰ A respectiva tramitação é descrita por HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* pp. 306-307.

O art. 1933º, nº 1, al. f), não está em vigor: a conservação do preceito foi mero lapso do legislador da Reforma de 1977. A tutela está sujeita aos princípios gerais do poder paternal (art. 1935º, nº 1), sendo patente que, desde aquela reforma, a disciplina do poder paternal assenta no interesse do menor e não na culpa na separação de pessoas ou bens ou no divórcio (cf. art. 1905º).

Não havendo pessoa em condições de exercer a tutela, as funções de tutor serão desempenhadas pelo director do estabelecimento de educação e assistência onde tenha sido internado o menor (art. 1962º, nº 2). Neste caso, não existe conselho de família (art. 1962º, nº 2).

O cargo de tutor é remunerado (art. 1942º, nº 1) e ele tem o direito a ser reembolsado das despesas que legalmente haja feito (art. 1946º, nº 1).

Os arts. 1948º a 1950º ocupam-se da remoção e exoneração do tutor.

II.b) O conselho de família é regulado pelos arts. 1951º-1960º.

O órgão é constituído por dois vogais e por um agente do Ministério Público, que preside (art. 1951º).

Pertence ao conselho de família vigiar o modo por que são desempenhadas as funções do tutor (art. 1954º).

A um dos vogais do conselho de família, denominado protutor, compete a fiscalização da acção do tutor, com carácter permanente (art. 1955º, nº 1).

III. O conteúdo do poder tutelar é o que decorre dos arts. 1935º-1947º.

O tutor tem, com as restrições apontadas na lei, os mesmos direitos-deveres dos pais e é obrigado a exercer o poder tutelar com a diligência de um bom pai de família (art. 1935º; o nº 2 tem reflexos no art. 1945º, nº 1).

As restrições mais importantes que demarcam o poder tutelar do poder paternal consistem na regra da sujeição a fiscalização do conselho de família e do protutor (arts. 1954º e 1955º, nº 1); na proibição da prática de certos actos (arts. 1937º e 1939º); e num elenco de actos cuja prática depende de autorização (que, normalmente, incumbe ao Ministério Público) maior do que o previsto para os pais (arts. 1938º, 1940º e 1941º, conjugados com os arts. 2º, nº 1, als. b) e d), nº 2, al. b), 3º e 4º do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro).

As restrições ao poder tutelar no plano da administração de bens (cf. arts. 1936º, 1943º e 1944º) aproximam o tutor daquele que adoptou restritamente (cf., *supra*, nº 23.6. V).

26.3. Administração de bens

I. A administração de bens é instituída em duas ordens de casos (art. 1922º): quando os pais tenham sido apenas excluídos, inibidos ou suspensos da administração de todos os bens do incapaz ou de alguns deles, se por outro título se não encontrar designado o administrador; quando a entidade competente para designar o tutor confie a outrem, no todo ou em parte, a administração dos bens do menor.

A administração de bens não ocorre isoladamente, coexistindo com o poder paternal ou com a tutela.

A instauração da administração de bens é promovida oficiosamente pelo tribunal comum ou pelo tribunal de família (cf. art. 82º, nº 1, al. a), da LOFTJ), quando exista, e não pelo tribunal de menores (como refere agora indevidamente o art. 1923º), através de uma acção tutelar comum (cf. art. 210º da OTM). É também ao tribunal comum ou ao tribunal de família, quando exista, e não ao tribunal de menores (como refere agora indevidamente o art. 1925º), que cabe vigiar o exercício da administração da bens e desempenhar outras competências em matéria de administração de bens (cf. art. 82º, nº 2, als. a) e f), da LOFTJ).

O art. 1961º aplica-se, com as necessárias adaptações, ao termo da administração de bens (art. 1972º).

II. A administração de bens é exercida por um ou mais administradores e, se estiver instaurada a tutela, pelo conselho de família (art. 1924º, nº 2).

O cargo de administrador de bens é obrigatório (art. 1926º).

Os arts. 1967º a 1970º tratam da designação de administrador.

Ao autor de doação ou deixa testamentária em benefício do menor é lícita a designação de administrador quanto aos bens compreendidos na liberalidade (art. 1968º).

No âmbito dos bens que estão sujeitos à sua administração, o administrador tem os poderes-deveres do tutor, sendo, por isso, representante do menor nos actos que digam respeito àqueles bens (art. 1971º, nºs 1 e 2).

O administrador deve abonar aos pais ou tutor, por força dos rendimentos dos bens, as importâncias necessárias aos alimentos do menor (art. 1971º, nº 3).

As divergências entre o administrador e os pais ou tutor são decididas pelo tribunal de família, ouvido o conselho de família, se o houver (art. 1971º, nº 4, conjugado com o art. 82º, nº 2, al. f), da LOFTJ).

São aplicáveis ao administrador de bens, com as necessárias adaptações, as disposições relativas à remoção e exoneração do tutor (art. 1972º).

Capítulo III – Extinção do vínculo de filiação

27. Enunciado de modos de extinção do vínculo de filiação

A extinção do vínculo de filiação pode operar por via retroactiva ou não retroactiva.

Na filiação biológica, o vínculo é retroactivamente destruído por impugnação da maternidade; invalidade e caducidade da declaração

de maternidade; impugnação da paternidade; impugnação, invalidade e caducidade da perfilhação.

Na filiação adoptiva, a extinção retroactiva ocorre por revisão da sentença de adopção.

A cessação retroactiva por filiação por consentimento não adoptivo funda-se na invalidade do consentimento.

Nas situações de extinção retroactiva, tudo se passa como se a filiação não tivesse sido constituída, salvo no que toca aos alimentos de fonte legal, que não são restituídos (cf. art. 2007º, nº 2, aplicável por maioria de razão aos alimentos definitivos).

O modo mais comum de extinção do vínculo de filiação é a morte, que não tem carácter retroactivo. Mas há outros casos de extinção não retroactiva do vínculo: p.e., a extinção da filiação biológica, da filiação por consentimento não adoptivo e da adopção restrita, na sequência de adopção plena.

Secção I – Extinção retroactiva do vínculo de filiação

28. Extinção retroactiva da Filiação biológica

28.1. Extinção retroactiva da maternidade estabelecida

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 241-242, 266-269; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* II/1 67-72; Ferreira-Pinto, *Dicionário* 260-262; Leite de Campos, *DFS* 340-341; Dias Vilalonga, *Declaração de maternidade* 188-189, 191-192; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1807º; Guilherme de Oliveira, *Filiação* 1807º; Costa Pimenta, *Filiação* 59-63.

I. Impugnação da maternidade.

I.a) A maternidade estabelecida por reconhecimento judicial não é impugnável⁶⁰¹.

⁶⁰¹ Cf. COSTA PIMENTA, *Filiação* p. 59.

A maternidade estabelecida por declaração pode a todo o tempo ser impugnada em juízo se não for a verdadeira (art. 1807º).

Apesar de não corresponder à maternidade biológica, a maternidade constituída por consentimento não adoptivo validamente prestado não pode ser impugnada com fundamento naquela discrepância.

I.b) Na acção de impugnação da maternidade, beneficiam de legitimidade activa: a pessoa declarada como mãe, a pessoa registada como filho, qualquer outra pessoa que tiver interesse moral ou patrimonial na procedência da acção e o Ministério Público.

É conferida legitimidade para impugnar à própria pessoa declarada como mãe, sem se excluir a situação em que ela tenha sido conivente ou autora da declaração contrária à verdade.

Entre as pessoas com "interesse moral ou patrimonial na procedência da acção" está "a mãe verdadeira"⁶⁰² e aquelas pessoas cujas expectativas sucessórias sejam afectadas pela filiação registada (p.e., ascendentes, descendentes, irmãos e marido da mãe jurídica).

A acção deve ser proposta contra a mãe, o filho e o presumido pai quando nela não figurem como autores (litisconsórcio necessário): aplica-se analogicamente o art. 1846º⁶⁰³.

II. Invalidade e caducidade da declaração de maternidade.

⁶⁰² Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Filiação* 1807º VIII; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 pp. 69-70.

⁶⁰³ Neste sentido, quanto ao nº 1, CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 269, e PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 pp. 70-71; FERREIRA-PINTO, *Dicionário* pp. 261-262, quanto aos nºs 1 e 2. Contesta que haja litisconsórcio necessário, COSTA PIMENTA, *Filiação* p. 63.

II.a) É admissível uma acção autónoma de invalidação da declaração de maternidade⁶⁰⁴.

Aplicam-se à declaração de maternidade as disposições dos negócios jurídicos, na medida em que a analogia das situações o justifique (cf. art. 295º). Assim, a declaração de maternidade pode ser anulada a requerimento do declarante por coacção moral ou erro *que leve ao estabelecimento de uma maternidade falsa*⁶⁰⁵. Enquanto acto jurídico, a declaração tem de ser livre; enquanto declaração de ciência, tem de corresponder à realidade.

II.b) Caducidade.

A declaração de maternidade feita depois de intentada em juízo acção de investigação de maternidade contra pessoa diferente da pessoa declarada como mãe fica sem efeito se a acção for julgada procedente: aplica-se analogicamente o art. 1863º⁶⁰⁶.

28.2. Extinção retroactiva da paternidade estabelecida

I. Impugnação da paternidade.

I.a) Bibliografia.

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 285-293; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* II/1 79-84, 122-148; Ferreira-Pinto, *Dicionário* 324-337; Leite de Campos, *DFS* 351-352; Pereira Coelho, *Filiação* 78-88; Guilherme de Oliveira, *Paternidade* 243-290; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1823º, 1838º-1846º; Guilherme de Oliveira, *Filiação* 1823º, 1838º-1846º; Costa Pimenta, *Filiação* 100-117.

⁶⁰⁴ Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Filiação* 1807º II.

⁶⁰⁵ Cf., de modo semelhante, DIAS VILALONGA, *Declaração de maternidade* pp. 188-189.

⁶⁰⁶ Cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* pp. 241-242; DIAS VILALONGA, *Declaração de maternidade* pp. 191-192.

I.b) A paternidade presumida (e registada) do marido da mãe só pode ser destruída por acção de impugnação (cf. art. 1838º) ou por impugnação da presunção de paternidade em acção (especial ou mista) de investigação da maternidade.

As regras da acção de impugnação da paternidade registada variam consoante o filho tenha sido concebido na constância do matrimónio ou antes do casamento.

É ainda admitida a impugnação judicial da paternidade de filho cujo registo for omissivo quanto à maternidade (impugnação antecipada).

I.c) A impugnação da paternidade de filho concebido na constância do matrimónio constitui o modo normal de impugnação da paternidade presumida.

Na acção o autor deve provar que de acordo com as circunstâncias a paternidade do marido da mãe é manifestamente improvável (art. 1839º, nº 2). P.e., falta de coabitação entre os cônjuges no momento da concepção; impotência do marido para gerar⁶⁰⁷.

Todavia, não é permitida a impugnação da paternidade constituída por consentimento não adoptivo validamente prestado com fundamento em inexistência de ligação biológica (cf. art. 1839º, nº 3; a mesma orientação preside ao art. 20º, nº 5, da LPMA).

É reconhecida legitimidade activa para a acção ao marido da mãe, à mãe, ao filho (art. 1839º, nº 1); e ao Ministério Público, a requerimento de quem se declarar pai do filho, se for reconhecida pelo tribunal a viabilidade do pedido (cf. art. 1841º).

Sendo o filho menor não emancipado, ele será representado na acção por um curador especial (art. 1846º, nº 3, aplicável por analogia).

⁶⁰⁷ Sobre estas e outras circunstâncias, cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Paternidade* pp. 266-282.

No caso de morte ou ausência do marido, da mãe ou do filho, a legitimidade para intentar e prosseguir a acção é determinada pelos arts. 1844º, nº 1, e 1845º.

A matéria da legitimidade passiva é objecto do art. 1846º. Aí se prevê uma situação de litisconsórcio necessário: na acção devem ser demandados a mãe, o filho e o presumido pai quando nela não figurem como autores.

Quando o filho for menor não emancipado, o tribunal nomear-lhe-á curador especial.

No caso de morte da mãe, do filho ou do presumido pai, a acção deve ser intentada contra as pessoas referidas no art. 1844º. Na falta destas será nomeado um curador especial.

A acção de impugnação não produzirá efeitos contra herdeiros ou legatários cujos direitos possam ser atingidos pela procedência do pedido se os mesmos não tiverem sido também demandados.

A lei impõe ainda regras para o momento da propositura da acção de impugnação.

No entanto, não é líquida a conformidade das soluções estabelecidas com a consagração constitucional dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade (art. 26º, nº 1, da CRP)⁶⁰⁸.

⁶⁰⁸ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF II/1* pp. 138-140; VALE E REIS, *Origens genéticas* pp. 230-236 (defendendo o direito do filho a impugnar a paternidade presumida do marido da sua mãe sem sujeição a qualquer prazo de caducidade).

Os acs. do STJ de 31/1/2007, proc. 064303, e de 21/2/2008, proc. 07B4668, que foram consultados em <http://www.dgsi.pt>, pronunciaram-se pela inconstitucionalidade da norma do art. 1842º, nº 1, al. a). O ac. do TC 589/07, de 28/11/2007, demarcou-se desta posição, não julgando inconstitucional a norma prevista no mesmo preceito. Em contrapartida, os ac. do TC 609/2007, de 11/12/2007, e 279/2008, de 14 de Maio de 2008, julgaram inconstitucional a norma da al. c) do art. 1842º, nº 1 (orientação, que, segundo JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição* p. 610, suscita dúvidas). Todos os arestos do TC estão disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

O art. 1842º, nº 1, na redacção da Lei nº 14/2009, de 1 de Abril, fixa prazos para a acção, que pode ser intentada: pelo marido da mãe, “no prazo de três anos contados desde que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se a sua paternidade”; pela mãe, dentro dos três anos posteriores ao nascimento; pelo filho, “até 10 anos depois de haver atingido a maioridade ou de ter sido emancipado, ou posteriormente, dentro de três anos a contar da data em que teve conhecimento das circunstâncias de que possa concluir-se não ser filho do marido da mãe”⁶⁰⁹.

Se o registo for omissivo quanto à maternidade, os prazos de propositura para o marido da mãe e para o filho contam-se a partir do estabelecimento da maternidade (art. 1842º, nº 2).

No caso de morte ou ausência do marido da mãe, desta ou do filho, há que atender aos prazos inscritos nos arts. 1844º, nº 2, e 1845º.

A acção oficiosa de impugnação pode ser intentada a todo o tempo desde que o requerimento de quem se declarar pai do filho dê entrada no prazo de 60 dias a contar da data em que a paternidade do marido da mãe conste do registo (cf. art. 1841º, nº 2)⁶¹⁰.

⁶⁰⁹ Anteriormente, os prazos eram muito mais curtos: dois anos, para o marido da mãe e para esta, com pontos de contagem inicial idênticos aos que figuram na versão de 2009; dois anos para o filho, depois de haver atingido a maioridade ou de ter sido emancipado, ou posteriormente, dentro de um ano em que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se não ser filho do marido da mãe (art. 1842º, nº 1, na redacção do DL nº 496/77, de 25/11).

⁶¹⁰ Cf. FERREIRA-PINTO, *Dicionário* p. 329; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 p. 137. Considerando o prazo demasiado curto, RUI BARROSO (“Impugnação da paternidade do pai presumido: da legitimidade do Ministério Público para impugnar a paternidade presumida a todo o tempo; do direito do pai natural de ser parte num processo desta natureza; da inconstitucionalidade do prazo de 60 dias previsto no art.

l.d) O art. 1840º ocupa-se da impugnação da paternidade de filho concebido antes do casamento.

Nesta acção, o autor deve provar apenas que o filho nasceu dentro dos 180 dias posteriores à celebração do casamento (o que permite concluir que a presunção de paternidade é mais frágil nos casos de concepção antenupcial).

Perante tal prova, cabe ao réu provar as excepções referidas nas als. do art. 1840º, nº 1: a) Conhecimento, anterior ao casamento, por parte do marido, da gravidez da mulher; b) Consentimento do marido em que o filho fosse registado como seu, estando aquele pessoalmente presente ou representado por procurador com poderes especiais; c) Reconhecimento por qualquer outra forma, por parte do marido, do filho como seu.

Às excepções previstas no art. 1840º, nº 1, acresce a prova de que a concepção ocorreu dentro do matrimónio, apesar de o filho ter nascido dentro dos 180 dias posteriores à celebração⁶¹¹.

Feita a prova das excepções, mesmo assim o autor pode obter a procedência do pedido de impugnação, opondo uma contra-excepção: cf. art. 1840º, nº 2.

A verificação dos factos correspondentes às excepções não obsta à impugnação da paternidade, nos termos gerais (art. 1839º)⁶¹².

A legitimidade activa nesta acção de impugnação está confinada à mãe ou ao seu marido.

1841º, nº 2, do C.C.”, *Lex Familiae* nº 6, 2006, pp. 89-105) pronuncia-se pela inconstitucionalidade do preceito, porque, “ao pretender excluir totalmente a possibilidade do pai natural de impugnar judicialmente a paternidade do pai presumido, decorridos os tais 60 dias, tem como consequência a diminuição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família, que incluem o direito ao conhecimento da paternidade”.

⁶¹¹ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 p. 147.

⁶¹² Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 pp. 147-148.

I.e) Impugnação da paternidade na acção especial ou mista de investigação da maternidade.

Nas acções previstas nos arts. 1822º e 1824º, pode ser impugnada a presunção de paternidade do marido da mãe (arts. 1823º, nº 1, e 1824º, nº 2): cf., *supra*, Parte I, nº 5.3. III e IV.

Ao respectivo pedido de impugnação aplicam-se, com adaptações, as normas comuns da acção de impugnação (arts. 1838º e s.)⁶¹³.

Uma das adaptações ocorre quando haja perfilhação: então, o perfilhante também dispõe de legitimidade para impugnar⁶¹⁴.

I.f) Impugnação antecipada.

A paternidade pode ser impugnada pelo marido da pretensa mãe antes de ser registada a maternidade, no prazo de seis meses a contar da data em que ele soube do nascimento (art. 1843º, nº 1).

A acção é utilizada quando o marido da pretensa mãe queira impugnar antecipadamente a sua paternidade, demonstrando que, mesmo que a maternidade do seu cônjuge se venha a estabelecer, a sua paternidade é manifestamente improvável⁶¹⁵.

Ex. de aplicação: o marido, possivelmente separado de facto da mulher, suspeita ou sabe que esta deu à luz um filho, mas não encontra qualquer registo de nascimento que a indique como mãe.

A impugnação antecipada é tida como útil por evitar que o marido tenha de esperar por um registo, que pode demorar indefinidamente, tornando mais difícil a prova dos factos⁶¹⁶.

⁶¹³ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 p. 79.

⁶¹⁴ Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Filiação* 1823º V; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 pp. 81-83; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC* 1823º (8).

⁶¹⁵ Cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* pp. 290-291

⁶¹⁶ Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC* 1843º (2). Vários autores consideram, porém, que a acção é inútil: GUILHERME DE OLIVEIRA, *Filiação* 1843º; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 pp. 141-142; COSTA PIMENTA, *Filiação* pp. 111-112.

II. Impugnação, invalidade e caducidade da perfilhação.

II.a) Bibliografia.

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 297, 304-309; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* II/1 161, 174-191; Ferreira-Pinto, *Dicionário* 350-370; Leite de Campos, *DFS* 354; Pereira Coelho, *Filiação* 103-107; Guilherme de Oliveira, *Paternidade* 409-415, 430-448; Fazenda Martins, *Impugnação* 7-61; Dias Vilalonga, *Declaração de maternidade* 187-189, 191-192; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1859º-1863; Guilherme de Oliveira, *Filiação* 1859º-1863º; Costa Pimenta, *Filiação* 127-137.

II.b) O regime da impugnação da perfilhação encontra-se no art. 1859º.

A paternidade estabelecida por perfilhação que não corresponda à verdade é impugnável em juízo.

Mas a impugnação da perfilhação não é admissível na hipótese de filiação por consentimento não adoptivo validamente prestado (cf. art. 20º, nº 1, da LPMA).

A acção de impugnação pode ser intentada a todo o tempo, mesmo depois da morte do perfilhado.

Beneficiam de legitimidade activa: o perfilhante, o perfilhado, qualquer outra pessoa que tenha interesse moral ou patrimonial na procedência da acção de impugnação da perfilhação ou o Ministério Público.

Entre as pessoas com "interesse moral ou patrimonial na procedência da acção" está a mãe e aquelas pessoas cujas expectativas sucessórias sejam afectadas pela filiação registada (p.e., ascendentes, descendentes, irmãos e mulher do perfilhante).

Devem ser demandadas as pessoas que tenham legitimidade para instaurar a acção e que nela não figurem como autoras⁶¹⁷, incluindo a mãe do perfilhado. Aplica-se analogicamente o art. 1846°.

É admissível a impugnação da perfilhação nas acções dos arts. 1823° e 1824°⁶¹⁸.

No que respeita à prova: se a acção for proposta pela mãe ou pelo filho, basta a alegação de que o perfilhante não é o pai (impugnação por mera negação), a não ser que o perfilhante demonstre ser verosímil que coabitou com a mãe do perfilhado no período de concepção (cf. art. 1859°, n° 3)⁶¹⁹.

Nos restantes casos, o autor tem de provar que o perfilhante não é o pai biológico.

II.c) A perfilhação é nula, nomeadamente, se não observar a forma correspondente (cf., *supra*, Parte I, n° 6.5. I; arts. 220° e 295°) ou se for anterior à concepção (arts. 1855°, 294° e 295°).

II.d) A perfilhação é anulável por erro-vício, coacção moral ou incapacidade do perfilhante.

O art. 1860° trata da anulação por erro ou coacção.

A perfilhação é anulável a requerimento do perfilhante.

Só é relevante o erro sobre circunstâncias que tenham contribuído decisivamente para o convencimento da paternidade.

A coacção moral releva nos termos gerais (arts. 255°-256°).

⁶¹⁷ Cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 305; FAZENDA MARTINS, *Impugnação*, 54-55.

⁶¹⁸ Cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 246.

⁶¹⁹ Doutrina dominante. Contra, CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* pp. 305-306, e FAZENDA MARTINS, *Impugnação* pp. 20-22: a mãe e o perfilhado deveriam invocar e demonstrar qualquer facto do qual se deduza a improbabilidade da paternidade do perfilhante.

Em regra, a acção de anulação caduca no prazo de um ano a contar do momento em que o perfilhante teve conhecimento de que estava em erro ou em que cessou a coacção.

A perfilhação é anulável por incapacidade do perfilhante quando este tiver idade inferior a 16 anos, estiver interdito por anomalia psíquica ou for notoriamente demente no momento do acto (art. 1850°, n° 1, *a contrario*).

A anulação com fundamento em incapacidade tem de ser requerida pelo perfilhante, pelos seus pais ou pelo seu tutor (art. 1861°, n° 1), numa acção intentada dentro do prazo indicado no art. 1861°, n° 2.

Se o perfilhante falecer sem haver intentado a acção de anulação (com fundamento em erro, coacção ou incapacidade) ou no decurso dela, têm legitimidade para a intentar no ano seguinte à sua morte, ou nela prosseguir, os descendentes ou ascendentes do perfilhante e todos os que mostrem ter sido prejudicados nos seus direitos sucessórios por efeito da perfilhação (art. 1862°).

Na acção de anulação por erro, coacção ou incapacidade do perfilhante, aplica-se analogicamente o art. 1846°, pelo que são partes passivas o perfilhado e sua mãe.

II. e) Caducidade da perfilhação.

A perfilhação feita depois de intentada em juízo acção de investigação de paternidade contra pessoa diferente do perfilhante fica sem efeito se a acção for julgada procedente (art. 1863°).

29. Extinção retroactiva da filiação adoptiva

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 414-421; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* II/1 303-306, 309; Antunes Varela, *DF* 140-141; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1990°, 1991° e 2001°; Sá Gomes, *Adopção* 93-102, 145-148.

I. A adopção, plena ou restrita, pode ser objecto de extinção retroactiva por revisão da sentença de adopção (arts. 1990º, 1991º e 1993º, nº 1).

A eficácia da revisão da sentença de adopção plena não se resume à eliminação *ex tunc* dos laços entre o adoptado e o adoptante e entre aquele e a família do adoptante. São restaurados os laços entre o adoptado e a família biológica como se nunca tivessem sido extintos.

A revisão da sentença, que é um incidente do processo de adopção, distingue-se do recurso extraordinário de revisão (cf. art. 173º-A, nº 1, da OTM).

Pode ser interposto recurso extraordinário de revisão da sentença de adopção nos termos dos arts. 771º e s. do CPC, sem limitações⁶²⁰.

II. Os fundamentos da revisão da sentença de adopção são taxativamente indicados no art. 1990º, nº 1: a) Falta do consentimento do adoptante; b) Falta do consentimento dos pais do adoptado, quando necessário e não dispensado; c) Consentimento do adoptante viciado por erro desculpável e essencial sobre a pessoa do adoptado; d) Consentimento do adoptante ou dos pais do adoptado determinado por coacção moral; e) Falta do consentimento do adoptado, quando necessário.

O estabelecimento subsequente da filiação biológica do adoptado não é por si só causa de revisão da sentença de adopção restrita (cf. art. 2001º).

O erro (al. c)) só se considera essencial quando for de presumir que o conhecimento da realidade excluiria razoavelmente a vontade de adoptar (art. 1990º, nº 2).

⁶²⁰ Cf. CASTRO MENDES/TELXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 414. Contra, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* II/1 pp. 304-305, que sujeitam o recurso extraordinário de revisão à limitação prevista no art. 1990º, nº 3.

A coacção moral (al. d)) só releva se for grave o mal com que o adoptante ou os pais do adoptado foram ilicitamente ameaçados e justificado o receio da sua consumação.

Ainda que se verifiquem os requisitos mencionados, a revisão não será concedida quando os interesses do adoptado possam ser consideravelmente afectados, "salvo se razões invocadas pelo adoptante imperiosamente o exigirem" (art. 1990º, nº 3).

O regime da revisão é, portanto, muito restritivo⁶²¹.

IV. O art. 1991º regula a legitimidade e o prazo para pedir a revisão da sentença de adopção.

A revisão da sentença constitui um incidente do processo de adopção no qual o adoptado, sendo menor, é representado pelo Ministério Público (art. 173º-A, nº 1, da OTM).

Apresentado o pedido de revisão, são citados os requeridos e o Ministério Público para contestar (art. 173º-A, nº 2, da OTM).

É aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos arts. 195º, nº 2, 196º, 197º e 198º da OTM, *ex vi* do art. 173º-A, nº 3, da OTM.

Para a apreciação do pedido, é competente o tribunal comum ou o tribunal de família (art. 82º, nº 2, al. c), da LOFTJ), quando exista.

30. Extinção retroactiva da filiação por consentimento não adoptivo

Pamplona Corte-Real, *Procriação* 357; Oliveira Ascensão, *Procriação* 662-663; Tiago Duarte, *In vitro* 62; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1839º (11); Joana Cabral Pereira, *Inseminação* 159, 169 e 173.

⁶²¹ *De iure condendo*, CLARA SOTTOMAYOR, *Lei da Adopção* pp. 126-127, defende um regime ainda mais restritivo (em que seria irrelevante o erro desculpável e essencial sobre a pessoa do adoptado).

I. A invalidade do consentimento para a constituição da filiação não adoptiva.

O consentimento para a constituição da filiação não adoptiva insere-se num negócio jurídico que é fonte de relação jurídica familiar (cf., *supra*, Parte I, nº 14 III).

Na falta de um regime especial, o consentimento para a constituição da filiação não adoptiva é regido pelos princípios subjacentes às regras atinentes ao consentimento em outros negócios que são fonte de relações jurídicas familiares, como o casamento (cf., entre os arts. 1600º e 1645º, normas sobre impedimentos dirimentes absolutos, falta da declaração de vontade e falta ou vícios da vontade), ou em actos não negociais constitutivos da relação de filiação nos quais o aspecto volitivo é particularmente valorizado, como a perfilhação (cf. arts. 1860º-1862º)⁶²² e a adopção (cf., quanto ao consentimento do adoptante, os arts. 1990º e 1991º).

É nulo o consentimento que não seja prestado de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável (art. 14º, nº 1, da LPMA; art. 220º).

Será nula a declaração de consentimento para o recurso a procriação assistida, enquanto fonte de filiação, quando faltar a intenção dirigida à admissão da procriação heteróloga ou a intenção de constituição do vínculo de filiação (cf. arts. 1635º e 1900º, nº 1, al. a), analogicamente aplicáveis)⁶²³.

⁶²² Genericamente nesta linha, cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *Procriação* p. 357, sustentando que é impugnável a validade do consentimento para a constituição da filiação não adoptiva nos precisos termos que valem para a anulação da perfilhação, por analogia.

⁶²³ Na parte geral, o desvalor das situações ditas de "falta de vontade" é superior ao das dos "vícios da vontade" (cf. arts. 240º-246º *versus* 247º-257º); no casamento não se prevê a nulidade para os casos de falta de vontade porque tal categoria está reservada aos casamentos católicos.

É anulável o consentimento para a constituição da filiação não adoptiva prestado por indivíduo que, na altura, tivesse menos de 16 anos, estivesse interdito por anomalia psíquica ou fosse notoriamente demente (cf. arts. 1601º, als. a) e b), e 1850º, nº 1).

Embora o inabilitado por anomalia psíquica não tenha capacidade para casar, tem capacidade para perfilhar. O regime da anulação do consentimento para a filiação não adoptiva só não deve ser mais permissivo do que o da anulação da perfilhação. Independentemente disso, o consentimento pode ser anulado por incapacidade acidental (art. 1635º, al. a), aplicado analogicamente).

É anulável o consentimento viciado por erro desculpável e essencial (objectiva e subjectivamente) sobre as qualidades essenciais do filho ou por coacção moral, contanto que fosse grave o mal com que o pai tivesse sido ilicitamente ameaçado e justificado o receio da consumação (cf. arts. 1636º, 1638º; 1990º, nº 1, als. c) e d), e nº 2)⁶²⁴.

Verifica-se um erro sobre as qualidades do filho se o consentimento é prestado na suposição de que ele terá características fenotípicas semelhantes à dos beneficiários da procriação medicamente assistida quando afinal as mesmas serão forçosamente diversas (p.e., porque a etnia do dador não é idêntica à dos beneficiários da procriação medicamente assistida).

O regime da anulação do consentimento para a filiação não adoptiva é mais fechado do que o da anulação da perfilhação, em virtude da maior gravidade causal daquele consentimento: a perfilhação é posterior à concepção; o consentimento é anterior, podendo ter motivado a concepção de um filho, cuja filiação deve ser, na medida do possível, mantida e constituída por razões de interesse público⁶²⁵.

⁶²⁴ O art. 14º, nº 1, da LPMA exige a prestação de consentimento livre e esclarecido, sem esclarecer quais são as consequências do erro ou da coacção.

⁶²⁵ Daí que o art. 6º, nº 2, da LPMA não justifique a invalidade do consentimento prestado por menor de 16 ou 17 anos.

Não se aplica analogicamente o art. 1990º, nº 3: a solução consagrada, especialmente gravosa para o declarante, é compreensível somente no contexto do processo de adopção, em que é de esperar um cuidadoso enquadramento judicial da prestação do consentimento para a adopção.

II. Efeito da invalidade da declaração de consentimento sobre o vínculo da filiação.

Por razões de segurança jurídica, atendendo à incerteza doutrinária em torno da existência de uma terceira modalidade de filiação e à falta de um tratamento legal tipificado e nominado comparável ao da declaração de maternidade e da perfilhação, a invalidade da declaração só extinguirá a filiação por consentimento não adoptivo se se integrar em processos de extinção retroactiva da filiação biológica – impugnação da maternidade, impugnação da paternidade e impugnação da perfilhação.

A invalidade da declaração constitutiva da filiação por consentimento não adoptivo constitui um fundamento adicional de impugnação da maternidade, da paternidade e da perfilhação.

O modo adequado para se proceder à extinção do vínculo é determinado pelo modo que levou à sua constituição: p.e., como resulta expressamente do art. 20º, nº 5, da LPMA, impugnação de paternidade se a filiação por consentimento não adoptivo foi constituída por presunção (de que o pai é o marido *ou* o *companheiro* da mãe⁶²⁶).

Secção II – Extinção não retroactiva do vínculo de filiação

31. A extinção por morte do vínculo de Filiação

I. Com a morte do pai ou do filho extingue-se o vínculo jurídico de filiação, cessando *ex nunc* a generalidade dos efeitos da filiação.

II. Apesar da morte do pai, o filho conserva o nome que lhe foi dado nos termos dos arts. 1875º, 1988º e 1995º.

III. Com a morte de um sujeito da relação de filiação, o outro adquire certos direitos e prerrogativas, que, na filiação biológica, na filiação por consentimento adoptivo e na adopção plena, são: o direito de suceder como herdeiro legítimo e legitimário do *de cuius*; o direito à transmissão por morte do arrendamento para habitação; o direito à indemnização por danos patrimoniais sofridos com a morte da vítima; e a legitimidade para requerer providências preventivas ou atenuantes da ofensa à memória do falecido.

Na relação de adopção restrita, o membro sobrevivente beneficia do direito de suceder como herdeiro legítimo.

III.a) O direito de suceder como herdeiro legítimo e legitimário do *de cuius* é conferido pelos arts. 2133º, nº 1, als. a) e b), 2157º e 1986º, nº 1.

O filho é chamado à sucessão do pai na primeira classe de sucessíveis, em eventual concurso com o cônjuge do *de cuius* não separado de pessoas e bens.

O pai é chamado à sucessão do filho, na falta de descendentes do falecido, em eventual concurso com o cônjuge do *de cuius*. Em concurso com o cônjuge do *de cuius*, aos pais pertencerão metade do que legalmente cabe àquele na herança (cf. arts. 2143º, nº 1, e 2157º).

III.b) O direito à transmissão por morte do arrendamento para habitação depende dos requisitos do art. 1106º.

Se o arrendatário falecido for o pai, o arrendamento transmite-se em favor do filho único ou mais velho que com aquele residisse em economia comum no locado há mais de um ano (desde que ao pai não tenha sobrevivido cônjuge com residência no locado, pessoa que com o pai vivesse no locado em união de facto há mais de um ano ou ascendente no primeiro grau da linha recta que residisse em economia comum na casa arrendada há mais de um ano).

Se o arrendatário falecido for o filho, o arrendamento transmite-se em favor do pai (mais velho) que com aquele residisse em economia comum e há mais de um ano (desde que ao filho não tenha sobrevivido cônjuge com residência no locado ou pessoa que com o filho vivesse no locado em união de facto e há mais de um ano).

Apesar de a letra do art. 1106º não aludir à adopção, este vínculo familiar também é relevante para efeitos de transmissão. A adopção plena é equiparada ao parentesco, nos termos do art. 1986º. Na hipótese de adopção restrita, estamos perante uma lacuna, que tem de ser integrada: se sobreviver adoptado menor, ele deve ficar imediatamente atrás de menores que sejam filhos do *de cuius* ou que tenham sido adoptados plenamente por ele, tendo em conta os arts. 1994º, 1997º e 1887º. Noutras hipóteses de adopção restrita, a posição do adoptante ou do adoptado maior, na transmissão do arrendamento habitacional, deve ser fixada mediante a aplicação analógica do critério consagrado no art. 1999º, nºs 2 e 3⁶²⁷.

Aos contratos celebrados antes da entrada em vigor do NRAU aplica-se o art. 57º do NRAU (cf. arts. 26º, nº 2, e 28º do NRAU): o pai ou filho só sucedem por morte no arrendamento na falta de

cônjuge do primitivo arrendatário com residência no locado ou pessoa que com ele vivesse em união de facto com residência no locado; e o pai é chamado antes do filho.

O arrendamento transmite-se em favor do pai (mais velho) que convivesse com o primitivo arrendatário há mais de um ano.

Não existindo pai, o arrendamento transmite-se em favor de filho com menos de 1 ano de idade ou que convivesse com o primitivo arrendatário há mais de um ano e seja menor de idade ou, tendo idade inferior a 26 anos, frequente o 11º ano ou 12º ano de escolaridade ou estabelecimento de ensino médio ou superior⁶²⁸.

Por fim, é chamado o filho maior de idade, que convivesse com o primitivo arrendatário há mais de um ano e seja portador de deficiência com grau comprovado de incapacidade superior a 60%.

III.c) O direito à indemnização por danos não patrimoniais sofridos com a morte da vítima está previsto no art. 496º, nºs 2 e 3 (na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto).

Sendo a vítima o pai, a indemnização cabe ao filho em concurso com o cônjuge do *de cuius* não separado de pessoas e bens ou com o companheiro do falecido.

Sendo a vítima o filho, a indemnização cabe ao pai, na falta de descendentes, cônjuge do *de cuius* (não separado de pessoas e bens) e companheiro do falecido.

III.d) A legitimidade para requerer providências preventivas ou atenuantes da ofensa à memória do sujeito da relação de filiação que faleceu resulta dos arts. 71º, nº 2, 73º, 75º, nº 2, 76º, nº 2, 79º, nº 1 (e 1986º, nº 1).

⁶²⁸ Havendo vários filhos nestas condições, o transmissário será o mais velho.

III.e) Ao membro sobrevivente da relação de adopção restrita é atribuído o direito de suceder como herdeiro legítimo, nos termos do art. 1999º, n.ºs 2 e 3.

O adoptado é chamado à sucessão na falta de cônjuge, descendentes ou ascendentes.

O adoptante é chamado à sucessão na falta de cônjuge, descendentes, ascendentes, irmãos e sobrinhos do falecido.

32. Outros casos de extinção não retroactiva

I. O efeito extintivo da adopção plena.

A adopção plena extingue a filiação biológica e a filiação por consentimento não adoptivo, salvo se o adoptado for filho do cônjuge do adoptante⁶²⁹ (art. 1986º, n.º 2).

A adopção plena extingue igualmente a adopção restrita, na sequência de conversão: cf. art. 1977º, n.º 2⁶³⁰.

II. Revogação da adopção restrita⁶³¹.

A adopção restrita pode ser judicialmente revogada com fundamento em circunstâncias verificadas após a constituição do vínculo.

A adopção é revogável a requerimento do adoptante ou do adoptado quando se verifique algumas das ocorrências que justificam a deserção dos herdeiros legitimários (art. 2002º-B), fixadas taxativamente pelo art. 2166º, n.º 1.

Sendo o adoptado menor, a adopção é revogável a pedido dos pais biológicos, do Ministério Público ou da pessoa a cujo

⁶²⁹ Cf., *supra*, nota 308.

⁶³⁰ De *lege ferenda*, JOÃO ZENHA, *Adopção* p. 738 pronuncia-se pela admissibilidade da conversão da adopção restrita em plena, quando o adoptado seja já maior.

⁶³¹ Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC 2002º-B a 2002º-D*.

cuidado estava o adoptado antes da adopção, quando o adoptante deixar de cumprir os deveres inerentes ao poder paternal ou quando a adopção se tornar inconveniente para a educação e os interesses do adoptado.

A revogação da adopção restrita constitui um incidente do processo de adopção (art. 173º-A, n.º 1, da OTM).

Vigora a regra da não retroactividade da sentença que revogue a adopção: cf. art. 2002º-D, n.º 1.

A lei prevê desvios à regra da não retroactividade da sentença que respeitam a aquisições a título gratuito: cf. o art. 2002º-D, n.º 1, quanto aos benefícios adquiridos por sucessão legítima ou testamentária, e o art. 2002º-D, n.º 2, quanto aos benefícios adquiridos por doação.

Em contraste com a adopção restrita, a perfilhação⁶³², a declaração de maternidade⁶³³, o consentimento para a filiação não adoptiva (após a concepção)⁶³⁴ e a adopção plena⁶³⁵ são irrevogáveis.

⁶³² Cf. art. 1858º.

⁶³³ Cf. DIAS VILALONGA, *Declaração de maternidade* p. 194: aplica-se analogicamente o art. 1858º.

⁶³⁴ Por aplicação analógica do art. 1858º, conjugado com o art. 14º, n.º 4, da LPMA (no qual se determina que o consentimento à PMA é livremente revogável até ao início dos processos terapêuticos) e com o art. 1855º (que só admite a perfilhação posterior à concepção).

⁶³⁵ Cf. art. 1989º. A não sujeição da adopção plena ao regime de revogação da adopção restrita é susceptível de crítica (cf. ASCENSÃO SILVA, *Adopção* pp. 56, 60 e 61; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Paternidade* pp. 493-495, nota 57; PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* p. 122). A possibilidade de revogação teria um duplo benefício: por um lado, funcionaria como meio de controlo do exercício do poder paternal pelo adoptante; por outro lado, evitaria uma prudência excessiva das entidades a quem incumbe a constituição da adopção, prudência que é induzida pela percepção da definitividade do vínculo.

III. O casamento entre os sujeitos ligados pelo vínculo de adopção restrita.

A adopção restrita termina quando, em violação do impedimento matrimonial do vínculo de adopção restrita (arts. 1604º, al. e), e 1607º, a)), o adoptante contrai casamento com o adoptado⁶³⁶.

Dada a incompatibilidade jurídica entre a relação adoptiva e a relação conjugal, prevalece a última: o casamento é válido, porque o impedimento matrimonial em apreço não é dirimente.

PARTE II – DIREITO TUTELAR

A Parte II do Direito da Família é dedicada ao regime de protecção das pessoas mais frágeis em razão da idade (crianças, jovens e idosos), quando os seus interesses não possam ser, ou não sejam, adequadamente acautelados no quadro do vínculo de filiação.

Capítulo I – Protecção de crianças e jovens em perigo

Bibliografia principal mais recente: Helena Bolieiro/Paulo Guerra, *Criança* 33-88; Rosa Clemente, *Inovação*.

1. A protecção de menores

1.1. A protecção de menores em geral

I. Verifica-se uma crescente sensibilidade em torno da protecção dos menores, que radica no desenvolvimento da percepção de que a criança é um *sujeito de direitos*, por um lado, e de que é um sujeito diferente em relação ao adulto, por outro lado.

A concepção moderna da criança como uma pessoa e uma pessoa que não é um jovem adulto, mas “um sujeito autónomo de direitos, com especificidades resultantes das características das fases próprias do seu desenvolvimento”⁶³⁷, repercute-se na construção dos chamados “direitos das crianças”⁶³⁸; construção

⁶³⁷ Cf. ARMANDO LEANDRO, “Protecção dos direitos das crianças em Portugal”, em AA.VV., *Direitos das Crianças*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 102.

⁶³⁸ Para uma análise muito rigorosa do tema, cf. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Os direitos das crianças – linhas para uma construção unitária”, *ROA* Janeiro 2008, pp. 275-309.

que pressupõe a necessidade de conferir uma protecção especial àqueles que têm menos de 18 anos de idade⁶³⁹.

II. O art. 69º da CRP consagra o princípio da protecção da infância, mediante o qual se reconhece às crianças, particularmente às crianças orfãs e abandonadas, o direito à protecção da sociedade e do Estado. Tal princípio abarca também os jovens⁶⁴⁰.

No campo das fontes extra-estatais, é de destacar a Convenção sobre os Direitos da Criança⁶⁴¹. Pelo respectivo art. 3º, nº 2, os Estados Partes comprometem-se a garantir à criança a protecção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, “tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a seu cargo”.

1.2. A protecção civil de menores

I. A protecção de crianças e jovens é fundamentalmente assegurada por normas civis e penais. No âmbito do Direito da Família, interessa-nos apenas a protecção civil.

O Código Civil contém normas sobre protecção civil dos menores, v.g.:

- a) As normas atinentes às responsabilidades parentais, já que põem estas ao serviço do interesse do menor;
- b) As normas relativas à inibição do exercício das responsabilidades parentais;
- c) As normas que estabelecem limitações ao exercício das responsabilidades parentais;

⁶³⁹ Nos termos do art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança, “criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

⁶⁴⁰ Cf. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição* p. 1389.

⁶⁴¹ Cf. a análise de PAIS DO AMARAL, “A criança e os seus direitos”, em *Estudos Rui Epifânio* pp. 163-176.

- d) As normas respeitantes aos meios de suprimento do poder paternal;
- e) As normas que regulam a adopção, instituto que “visa realizar o superior interesse da criança”.

II. A maioria das normas de protecção dos menores que estão incluídas no Código Civil é estudada no quadro do Direito da Filiação, não sendo reconduzidas a um autónomo Direito civil de Protecção.

As normas que justificam a autonomia do Direito civil de Protecção de crianças e jovens encontram-se na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, abreviadamente designada aqui como Lei de Protecção.

Enquanto área do Direito dos Menores, a matéria da protecção de crianças e jovens dá corpo ao Direito Tutelar de Protecção, que se contrapõe ao Direito Tutelar Educativo, uma grande divisão do Direito dos Menores com cariz parapenal.

2. A Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

2.1. O significado da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

I. A Lei de Protecção foi aprovada pela Lei nº 147/99, de 1 de Setembro, constituindo um dos dois grandes diplomas do Direito dos Menores. O outro é a Lei Tutelar Educativa, de cariz parapenal, que foi aprovada pela Lei nº 166/99, de 14 de Setembro.

A Lei de Protecção adere a um novo modelo de protecção do menor, afastando a concepção que via neste um *objecto de protecção*, alguém que tinha de ser protegido para o seu próprio bem e para o bem da sociedade. O menor é encarado como uma pessoa, um sujeito cujos direitos devem ser respeitados.

A Lei de Protecção constitui a peça fundamental do sistema civil vigente de protecção de menores, adoptando um conceito jurídico de “crianças e jovens em perigo” que se inspira no art. 1918º.

Contudo, enquanto o art. 1918º se cinge à protecção do menor, efectivada mediante providências judiciais, a Lei de Protecção, abstraindo de pequenas diferenças terminológicas (em vez de “segurança, saúde, formação moral ou educação”, fala-se, no art. 3º, nº 1, de “segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento”), admite a protecção do maior com menos de 21 anos e não exclui a aplicação de medidas pelas comissões de protecção de crianças e jovens em perigo, que são entidades não judiciais.

A Lei de Protecção está vocacionada para a *defesa da pessoa* do menor, sendo composta por mais de 120 artigos.

Assim sendo, o Código Civil é especialmente relevante no campo da protecção patrimonial do menor (cf. arts. 1920º e 1921º, nº 2).

Apesar de tudo, a Lei da Protecção não anulou a projecção do Código Civil no domínio da protecção da esfera predominantemente pessoal dos filhos menores em perigo. O referido art. 1918º subsiste no ordenamento e fundamenta providências distintas (providências tutelares cíveis) das que são aplicadas ao abrigo da Lei de Protecção (medidas de promoção e protecção).

II. A Lei de Protecção insere-se no movimento de cisão entre a intervenção tutelar relativa aos menores que praticaram factos qualificados como crime e a intervenção tutelar respeitante àqueles que se encontram em perigo.

A Lei Tutelar Educativa prevê a aplicação de medidas que visam a educação dos menores infractores, na sequência de um processo em que eles beneficiam das garantias que, em idêntica situação, acompanham a investigação de um crime cometido por adulto.

A Lei de Protecção destina-se a promover e a assegurar os direitos individuais das crianças e dos jovens que se encontrem em perigo.

2.2. Articulação entre a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, a Lei Tutelar Educativa e a Organização Tutelar de Menores

I. Mas a distinção entre o menor que é “delinquente” e aquele que é “vítima” não é perfeita.

A Lei Tutelar Educativa regula unicamente a situação dos menores com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos (cf. respectivo art. 1º)⁶⁴².

Os que tiverem menos de 12 anos de idade estão sujeitos ao regime da Lei de Protecção. Por conseguinte, todos os menores com idade inferior a 12 anos podem ser acolhidos numa mesma instituição, ainda que uns tenham praticado factos que a lei qualifica como crime, e outros não.

De qualquer modo, o aspecto em apreço, mais ou menos discutível, indicia a recusa de um modelo de separação total entre a intervenção tutelar de protecção da intervenção tutelar educativa.

II. Há vários pontos de contacto entre a Lei Tutelar Educativa e a Lei de Protecção e entre esta e a OTM⁶⁴³, que assentam, principalmente, no regime das comunicações obrigatórias (cf. arts. 69º e 70º da Lei de Protecção; art. 148º, nº 2, da OTM) e da

⁶⁴² Os menores com 16 e 17 anos são penalmente imputáveis (cf. art. 19º do CP, *a contrario*).

⁶⁴³ Recorde-se que a OTM regula as providências tutelares cíveis (v.g., do art. 1918º).

apensação processual (cf. arts. 81º, da Lei de Protecção, e 154º, da OTM)⁶⁴⁴.

3. A intervenção para protecção da criança e do jovem em perigo

3.1. O pressuposto da situação de perigo

I. O pressuposto da intervenção tutelar de protecção é fixado pela cláusula geral do art. 3º, nº 1, da Lei de Protecção: a intervenção é legítima quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento da criança ou do jovem, ou quando esse perigo resulte de acção ou omissão de terceiros ou da própria criança ou jovem a aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo.

Ou seja, a criança ou o jovem tem de estar numa situação de perigo imputável aos pais, ao representante legal ou a quem tenha a guarda de facto⁶⁴⁵.

Entende-se que a situação de perigo é imputável aos pais, ao representante legal ou a quem tenha a guarda de facto se o perigo tiver sido criado pelos mesmos ou se eles não tiverem agido de forma adequada a remover o perigo que foi criado por terceiros ou pela própria criança.

II. O art. 3º, nº 2, da Lei de Protecção, contém uma enumeração exemplificativa de situações de perigo.

⁶⁴⁴ Cf. JOANA MARQUES VIDAL, "Processos tutelares: que articulação?", em AA.VV., *Direito Tutelar de Menores (O sistema em mudança)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 159 e s.

⁶⁴⁵ Para efeitos da Lei de Protecção, a guarda de facto consiste na "relação que se estabelece entre a criança ou jovem e a pessoa que com ela vem assumindo, continuamente, as funções próprias de quem tem responsabilidades parentais" (art. 5º, al. b)).

Considera-se que a criança ou jovem está em perigo quando, nomeadamente, está abandonada ou vive entregue a si própria; sofre maus tratos ou é vítima de abusos sexuais; não recebe os cuidados ou a afeição apropriados; é obrigada a actividades ou trabalhos excessivos ou desajustados; está sujeita a comportamentos que afectem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional; assume comportamentos ou se entrega a actividades ou consumos que atingem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que haja uma oposição adequada dos pais, do representante legal ou de quem tenha a guarda de facto⁶⁴⁶.

III. No conjunto das situações enunciadas, merecem destaque o abandono, os maus tratos e a insuficiência de cuidados parentais.

O abandono, o primeiro exemplo de situação de perigo que é apontado pelo art. 3º, nº 2, da Lei de Protecção, traduz-se numa hipótese extrema, em que a criança ou o jovem está entregue à sua sorte, totalmente desamparada, e os pais, o representante legal ou o guardião de facto não manifestam qualquer interesse pelo seu destino.

Os maus tratos, que se enquadram na al. b) do art. 3º, nº 2, da Lei de Protecção, podem ser físicos (v.g., ofensas corporais) ou psíquicos (p.e., humilhações, ameaças).

A insuficiência de cuidados parentais, ou "negligência"⁶⁴⁷, cabe na al. c) do art. 3º, nº 2, da Lei de Protecção, que alude à situação da criança ou do jovem que "não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal" (falta de higiene, alimentação deficiente, ausência de atenção, etc.).

⁶⁴⁶ Sobre a (ir)relevância da insuficiência económica dos pais enquanto situação que legitima a intervenção para promoção e protecção, cf. DUARTE PINHEIRO, *Confiança* pp. 75 e s.

⁶⁴⁷ Palavra que traduz o termo inglês "neglect" e que, neste contexto, não tem o significado de negligência no domínio da responsabilidade civil e criminal.

3.2. Princípios orientadores da intervenção

I. A intervenção tutelar de protecção está submetida a princípios que são consagrados em 10 alíneas do art. 4º da Lei de Protecção: interesse superior da criança e do jovem; privacidade; intervenção precoce; intervenção mínima; proporcionalidade e actualidade; responsabilidade parental; prevalência da família; obrigatoriedade da informação; audição obrigatória e participação; subsidiariedade⁶⁴⁸.

II. O primeiro dos princípios mencionados no art. 4º da Lei de Protecção é o do interesse superior da criança e do jovem.

No entanto, o interesse superior da criança e do jovem não é suficiente para retirar carácter excepcional à intervenção, que está subordinada aos princípios da necessidade e proporcionalidade (al. e)).

E a explicitação do interesse superior da criança e do jovem enquanto princípio orientador da intervenção tutelar de protecção mostra que a prioridade atribuída aos interesses e direitos da criança e do jovem não obsta à “consideração que for devida a outros interesses legítimos, no âmbito dos interesses presentes no caso concreto” (al. a)).

3.3. Comunicação de situações de crianças e jovens em perigo

I. A intervenção é desencadeada pela tomada de conhecimento das situações de crianças e jovens em perigo.

⁶⁴⁸ HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* p. 40, mencionam outro, o princípio da interdisciplinariedade, “não previsto no art. 4º da LPCJP, mas intuído ao longo do diploma”, que consistiria na exigência da intervenção “ser efectuada com o contributo dos vários saberes e instituições que concorrem na acção protectora, em conjugação de esforços e de forma articulada”.

Os arts. 64º e s. da Lei de Protecção regulam a comunicação de situações de crianças e jovens em perigo⁶⁴⁹.

As comunicações de situações de crianças e jovens em perigo devem ser feitas às comissões de protecção por entidades policiais e autoridades judiciais (cf. arts. 64º, nº 1, da Lei de Protecção), bem como por entidades com competência em matéria de infância e juventude, nos termos do art. 65º, nº 1, da Lei de Protecção

Por seu turno, as comissões de protecção de crianças e jovens efectuem comunicações ao Ministério Público nos casos que estão previstos nos arts. 68º e 69º da Lei de Protecção.

II. Qualquer pessoa que tenha conhecimento de situações de perigo pode comunicá-las às entidades com competência em matéria de infância, às comissões de protecção de crianças e jovens ou às autoridades judiciais (art. 66º, nº 1, da Lei de Protecção).

A comunicação é obrigatória se estiver em risco a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade de criança ou jovem (art. 66º, nº 2, da Lei de Protecção).

3.4. Competência para intervir

Em caso de perigo para a criança ou para o jovem, o art. 6º da Lei de Protecção dispõe que a intervenção tutelar incumbe às entidades com competência em matéria de infância e juventude, às comissões de protecção de crianças e jovens e aos tribunais.

⁶⁴⁹ Cf. ainda os arts. 101º-B, nº 2, e 102º-A, nº 2, do CRC: sempre que a declaração de nascimento em unidade de saúde não seja prestada por um dos pais, esse facto deve ser comunicado à Comissão Nacional de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

Contudo, o disposto no nº 2 do art. 102º-A entrará em vigor na data determinada por portaria dos membros responsáveis pelas áreas da justiça e da solidariedade social (art. 22º, nº 3, do DL nº 324/2007, de 28 de Setembro).

Também não pode ser ignorado o papel do Ministério Público na promoção e defesa dos direitos das crianças e dos jovens em perigo, que é expressamente reconhecido pelo art. 72º, nº 1, da Lei de Protecção.

I. A intervenção das entidades com competência em matéria de infância e juventude (p.e., estabelecimentos de ensino) é efectuada de modo consensual com os pais, representantes legais ou com quem tenha a guarda de facto da criança ou do jovem (art. 7º da Lei de Protecção).

Tais entidades não podem aplicar medidas de promoção dos direitos e de protecção, que incumbem exclusivamente às comissões de protecção de crianças e jovens e aos tribunais (art. 38º da Lei de Protecção).

II. As comissões de protecção de crianças e jovens.

Os arts. 12º e s. da Lei de Protecção regulam a natureza, competência, composição e funcionamento das comissões de protecção de crianças e jovens.

As comissões de protecção são "instituições oficiais não judiciárias com autonomia funcional" (cf. art. 12º, nº 1, da Lei de Protecção).

As comissões de protecção podem aplicar todas as medidas de promoção e protecção, com excepção da medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção, reservada aos tribunais (art. 38º da Lei de Protecção).

Por força do princípio da subsidiariedade (art. 4º, al. j), da Lei de Protecção), que só, em última instância, admite a intervenção judicial, as comissões de protecção assumem a posição de entidades privilegiadas no sistema de protecção das crianças e jovens em perigo.

Um tanto ou quanto paradoxalmente, a intervenção destas comissões está muito condicionada. Dado o carácter não judicial das

comissões, a sua autoridade tem de ser aceite pelos interessados, em cada caso concreto, sendo exigido o consentimento expresso dos pais, do representante legal ou da pessoa que tenha a guarda de facto do menor (art. 9º da Lei de Protecção), e a não oposição do menor com idade igual ou superior a 12 anos ou do menor que, tendo idade inferior a 12 anos, compreenda o sentido da intervenção (art. 10º da Lei de Protecção).

III. A intervenção do Ministério Público é disciplinada pelos arts. 72º e s. da Lei de Protecção.

O art. 72º confere ao Ministério Público competência para fiscalizar a actividade das comissões de protecção e para propor acções ou usar de quaisquer meios judiciais necessários à promoção e protecção das crianças e jovens em perigo.

IV. Só os tribunais podem aplicar a medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção (art. 38º da Lei de Protecção).

Noutros casos, a intervenção judicial é subsidiária relativamente à acção da comissão de protecção (cf. art. 11º da Lei de Protecção), tendo lugar, designadamente, quando não seja possível a intervenção da comissão por faltar o consentimento dos pais do menor.

4. Medidas de promoção dos direitos e de protecção das crianças e dos jovens em perigo

4.1. Enumeração

Detectada a situação de perigo, a intervenção pode traduzir-se na aplicação de uma das medidas de promoção dos direitos e de protecção das crianças e dos jovens em perigo.

As medidas em apreço, abreviadamente designadas por medidas de promoção e protecção (cf. art. 34º da Lei de Protecção),

são enumeradas no art. 35º, nº 1, da Lei de Protecção: apoio junto dos pais; apoio junto de outro familiar; confiança a pessoa idónea; apoio para a autonomia da vida; acolhimento familiar; acolhimento em instituição; confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção.

Não são admitidas outras medidas além das que constam no art. 35º, nº 1, salvo “quando exista perigo actual ou iminente para a vida ou integridade física da criança ou do jovem” (cf., nomeadamente, arts. 91º, nº 1, e 92º, nº 1, também da Lei de Protecção)⁶⁵⁰.

A exposição de motivos da iniciativa que deu origem à Lei de Protecção (Proposta de Lei nº 265/VII, *DAR* II série-A, nº 54, de 17 de Abril de 1999) atribui carácter excepcional à intervenção para protecção, considerando que esta implica restrições a direitos fundamentais dos pais (designadamente, do direito à educação e à manutenção dos filhos) e dos filhos (liberdade e autodeterminação pessoal). E, efectivamente, a Lei de Protecção submete a intervenção para protecção aos princípios da necessidade e proporcionalidade (cf. art. 4º, al. e)), que são associados às restrições em matéria de direitos fundamentais (cf. art. 18º, nº 2, da CRP)⁶⁵¹.

4.2. Classificações

As medidas de promoção e protecção são objecto de três grandes classificações: a primeira, que consta do art. 35º, nº 2, da Lei de Protecção, distingue as medidas a executar no meio natural de vida das medidas a executar em regime de colocação;

⁶⁵⁰ Aparentemente, é pacífico o carácter taxativo do art. 35º, nº 1: cf. HELENA BOLIEIRO/PAULO GUERRA, *Criança* p. 71; ROSA CLEMENTE, *Inovação* pp. 74-75.

⁶⁵¹ Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O superior interesse da criança”, em *Estudos Rui Epifânio* p. 37, que subscreve integralmente esta perspectiva.

outra classificação, implícita no art. 35º, nº 2, *in fine*, da mesma lei, reparte as medidas em provisórias e definitivas; a última, sugerida pelo art. 36º da Lei de Protecção, opõe as medidas decorrentes de negociação às demais

I. A classificação mais importante de medidas de promoção e protecção é a que separa as medidas a executar no meio natural de vida das medidas a executar em regime de colocação.

A dicotomia é claramente concretizada pelo art. 35º, nº 3, da Lei de Protecção.

São medidas a executar no meio natural de vida: o apoio junto dos pais; o apoio junto de outro familiar; a confiança a pessoa idónea; o apoio para a autonomia de vida; e confiança a pessoa seleccionada para a adopção.

Constituem medidas a executar em regime de colocação: o acolhimento familiar; o acolhimento em instituição; e a confiança a instituição com vista a futura adopção.

II. Medidas provisórias e definitivas.

As medidas provisórias são aquelas que se aplicam nas situações de emergência ou enquanto se procede ao diagnóstico da situação da criança ou do jovem e à definição do seu encaminhamento subsequente, não podendo a sua duração exceder os seis meses (art. 37º da Lei de Protecção).

Todas as restantes medidas de promoção e protecção se qualificam como definitivas, embora tenham uma duração limitada (cf. arts. 61º, 62º e 62-A da Lei de Protecção).

III. Medidas decorrentes ou não de negociação.

As medidas decorrentes de negociação integram um acordo de promoção e protecção (art. 36º da Lei de Protecção), no qual é manifestado o consentimento dos pais, do representante legal ou da pessoa que tem a guarda de facto da criança ou do jovem, e o consentimento da criança ou do jovem com mais de 12 anos.

As medidas aplicadas pelas comissões de protecção são necessariamente decorrentes de negociação (cf. arts. 9º e 10º da Lei de Protecção).

As medidas aplicadas pelos tribunais podem ser negociadas (cf. art. 112º da Lei de Protecção) ou impostas (cf. art. 11º, als. b) e c), da Lei de Protecção).

4.3. Prioridade a observar na aplicação das medidas de promoção e protecção

Há que articular os princípios da necessidade, da proporcionalidade e da prevalência da família.

O princípio da prevalência da família confere preferência às medidas que integrem a criança e o jovem na sua família ou que promovam a sua adopção (art. 4º, al. g), da Lei de Protecção). Os outros princípios recomendam a escolha de providências que afectem o menos possível a vida da criança ou do jovem e da sua família.

A articulação dos mencionados princípios aponta para uma ordem na aplicação das medidas de promoção e protecção que é justamente aquela que é seguida pelo legislador na enumeração do art. 35º, nº 1, da Lei de Protecção. Isto é, primeiro, tenta-se proteger o menor mediante a medida de apoio junto dos pais; não sendo suficiente, pensa-se no apoio junto de outro familiar; e assim por diante, até à medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção⁶⁵².

⁶⁵² Diversamente, ALMEIDA RAMIÃO, *Lei de Protecção* p. 70, que dá prioridade às medidas a executar no meio natural de vida, pondo a confiança a pessoa seleccionada para a adopção à frente do acolhimento em instituição e até do acolhimento familiar. Salvo melhor opinião, a prioridade absoluta das medidas a executar no meio natural de vida sobrevaloriza o princípio da prevalência da família, sacrificando excessivamente os princípios da necessidade e da proporcionalidade. Não nos parece, p.e., que o acolhimento familiar

4.4. Medidas de promoção e protecção em especial

I. Segue-se uma análise das medidas de promoção e protecção, com base naquela que é a classificação mais importante das mesmas. Primeiramente, serão tratadas as medidas a executar no meio natural de vida, com excepção da confiança a pessoa seleccionada para a adopção. Depois, o acolhimento familiar e o acolhimento em instituição. Será conferido um lugar à parte à confiança a pessoa seleccionada para a adopção e à confiança a instituição com vista a futura adopção. Embora a primeira confiança se execute no meio natural de vida e a segunda em regime de colocação, o carácter peculiar comum de ambas justifica uma consideração unitária das duas, autonomizada das restantes medidas⁶⁵³.

II. Medidas a executar no meio natural de vida (abstraindo da confiança a pessoa seleccionada para a adopção).

II.a) Apoio junto dos pais.

À luz do art. 39º da Lei de Protecção, a medida de apoio junto dos pais consiste em proporcionar à criança ou jovem apoio de natureza psicopedagógica e social e, quando necessário, ajuda económica.

deva ser genericamente preterido em favor da confiança a pessoa seleccionada para a adopção. Por maioria de razão, não concordamos com a defesa (feita por NORBERTO MARTINS, "Os direitos das crianças para terem direito a uma família", em *Estudos Rui Epifânio* pp. 207-208) da possibilidade de aplicação da medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção, sem necessidade de justificar a não ponderação das medidas que figuram nas alíneas precedentes do art. 35º, nº 1, da Lei de Protecção.

⁶⁵³ Recorde-se que a confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição são as únicas que só podem ser aplicadas pelos tribunais (art. 38º da Lei de Protecção).

Para os efeitos do DL n° 12/2008, de 17 de Janeiro, que estabelece o regime de execução de várias medidas a executar em meio natural de vida, entre as quais o apoio junto dos pais, a palavra “pais” abrange os pais, o representante legal ou a pessoa que tenha a guarda de facto da criança ou do jovem (art. 4°, al. a)), pelo que a medida do art. 39° da Lei de Protecção pode ser aplicada também à criança ou o jovem *junto do representante legal ou da pessoa que tenha a guarda de facto*.

A criança ou o jovem beneficia de determinados apoios, permanecendo com os pais, o representante legal ou a pessoa que tenha a guarda de facto.

II.b) Apoio junto de outro familiar.

A medida de apoio junto de outro familiar consiste na colocação da criança ou do jovem sob a guarda de um familiar com quem resida ou a quem seja entregue, acompanhada de apoio de natureza psicopedagógica e social e, quando necessário, ajuda económica (art. 40° da Lei de Protecção).

II.c) Confiança a pessoa idónea.

A medida de confiança idónea consiste na colocação da criança ou do jovem, sob a guarda de uma “pessoa que, não tendo qualquer relação familiar com a criança ou o jovem, com ela tenha estabelecido relação de afectividade recíproca e possua capacidade educativa e correspondente disponibilidade para lhe assegurar as condições necessárias ao seu desenvolvimento integral” (art. 43° da Lei de Protecção e art. 4°, al. c), do DL n° 12/2008, de 17 de Janeiro).

III.d) Apoio para a autonomia de vida.

A medida de apoio para a autonomia de vida consiste em proporcionar directamente ao jovem com idade superior a 15 anos apoio económico e acompanhamento psicopedagógico e social, nomeadamente através do acesso a programas de formação,

visando proporcionar-lhe condições que o habilitem e lhe permitam viver por si só e adquirir progressivamente autonomia de vida (art. 45°, n° 1, da Lei de Protecção).

Quando seja aconselhável, a medida pode ser aplicada a mães com idade inferior a 15 anos (art. 45°, n° 2, da Lei de Protecção).

II.e) No âmbito das medidas a executar no meio natural de vida, são prestados apoios psicopedagógicos, sociais e económicos.

O apoio psicopedagógico consiste numa intervenção de natureza psicológica e pedagógica que tenha em conta as diferentes etapas de desenvolvimento da criança ou do jovem e o respectivo contexto familiar e que vise, nomeadamente, promover o desenvolvimento integral da criança ou do jovem (art. 11°, corpo e parte da al. a), do DL n° 12/2008, de 17 de Janeiro).

O apoio social consiste numa intervenção que envolve os recursos comunitários, tendo em vista contribuir para o desenvolvimento integral da criança ou jovem e para a satisfação das necessidades sociais do agregado familiar (art. 12°, n° 1, do DL n° 12/2008, de 17 de Janeiro). Concretiza-se, nomeadamente, mediante a criação de condições para a prestação de cuidados adequados de alimentação, higiene, saúde, segurança, educação e bem-estar (art. 12°, n° 2, al. a), do DL n° 12/2008, de 17 de Janeiro).

O apoio económico consiste na atribuição de uma prestação pecuniária, a pagar pelos serviços distritais da segurança social, para a manutenção da criança ou jovem, ao agregado familiar com quem reside, tendo como fundamento a necessidade de garantir os cuidados adequados ao desenvolvimento integral da criança ou jovem (art. 13°, n° 1, do DL n° 12/2008, de 17 de Janeiro). Na medida de apoio para a autonomia de vida, a prestação pecuniária é atribuída directamente ao jovem (art. 13°, n° 5, do DL n° 12/2008, de 17 de Janeiro, na redacção do DL n° 63/2010, de 9 de Junho).

III. Acolhimento familiar.

O acolhimento familiar consiste na atribuição da confiança da criança ou do jovem a pessoas, habilitadas para o efeito, visando a sua integração em meio familiar e a prestação de cuidados adequados às suas necessidades e bem-estar e a educação necessária ao seu desenvolvimento integral (art. 46º, nº 1, da Lei de Protecção).

A confiança só pode ser atribuída a pessoas que não tenham qualquer relação de parentesco com a criança ou o jovem (art. 7º do DL nº 11/2008, de 17 de Janeiro) e que não sejam candidatos à adopção (art. 14º, nº 1, al. e), do DL nº 11/2008, de 17 de Janeiro)⁶⁵⁴.

O acolhimento familiar pode ser feito em lar familiar ou em lar profissional (art. 47º, nº 1, da Lei de Protecção).

A família de acolhimento em lar familiar é constituída por duas pessoas casadas entre si ou que vivam uma com a outra há mais de dois anos ou parentes que vivam em comunhão de mesa e habitação (art. 47º, nº 2, da Lei de Protecção).

A família de acolhimento em lar profissional é constituída por uma ou mais pessoas com formação técnica adequada (art. 47º, nº 3, da Lei de Protecção). O lar profissional destina-se a crianças e jovens com problemáticas e necessidades especiais relacionadas, nomeadamente, com situações de deficiência, doença crónica e problemas de foro emocional e comportamental, que exijam uma especial preparação e capacidade técnica (art. 9º, nº 1, do DL nº 11/2008, de 17 de Janeiro).

⁶⁵⁴ Cf. HELENA BOLIEIRO, "O direito da criança a uma família: algumas reflexões", em *Estudos Rui Epifânio* p. 108: afirmando que "não está no desiderato da nossa lei consagrar a adopção de uma criança pela sua família de acolhimento", a ilustre magistrada pergunta se, no caso de ser inviável o regresso do menor à família biológica, mesmo tendo em conta o quadro legal vigente, não é admitir "a «conversão» da família de acolhimento em solução familiar permanente, alternativa à família natural".

As condições de acolhimento constam de contrato, assinado pelo representante legal da instituição de enquadramento e responsável pelo acolhimento familiar (art. 38º do DL nº 11/2008, de 17 de Janeiro). O acolhimento familiar é tido como um serviço, que é, em regra, remunerado (cf., além do art. 38º, os arts. 39º, al. e), 43º e 44º, do DL nº 11/2008, de 17 de Janeiro).

IV. Acolhimento em instituição.

A medida de acolhimento em instituição consiste na colocação da criança ou jovem aos cuidados de uma entidade que disponha de instalações e equipamentos de acolhimento permanente e de uma equipa técnica que lhes garantam os cuidados adequados às suas necessidades e lhes proporcionem condições que permitam a sua educação, bem-estar e desenvolvimento integral (art. 49º da Lei de Protecção).

O acolhimento em instituição pode ser de curta duração ou prolongado (art. 50º, nº 1, da Lei de Protecção): o acolhimento de curta duração tem lugar em casa de acolhimento temporário por prazo que, em regra, não pode exceder os seis meses (art. 50º, nºs 2 e 3, da Lei de Protecção); o acolhimento prolongado tem lugar em lar de criança e juventude e destina-se a casos que aconselhem um acolhimento de duração superior a seis meses (art. 50º, nº 3, da Lei de Protecção).

As instituições de acolhimento (casas de acolhimento temporário e lares de criança e juventude) funcionam em regime aberto, o que permite a entrada e saída da criança e do jovem da instituição (art. 53º, nºs 1 e 2, da Lei de Protecção).

V. Confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção.

A confiança a pessoa seleccionada para a adopção consiste na colocação da criança ou do jovem sob a guarda de candidato seleccionado para a adopção pelo competente organismo da segurança social (art. 38º-A, al. a), da Lei de Protecção).

A confiança a instituição com vista a futura adopção consiste na colocação da criança ou do jovem sob a guarda de instituição com vista a futura adopção (art. 38º, al. b), da Lei de Protecção).

Num caso e noutro, as medidas são aplicáveis quando se verifique uma das situações previstas no art. 1978º (art. 38º-A da Lei de Protecção); têm como efeito a inibição dos pais do exercício do poder paternal (art. 1978º-A); levam à designação de um curador provisório ao menor até ser decretada a adopção (art. 62º-A, nº 2, da Lei de Protecção, e art. 167º, nº 1, da OTM); e obstam a visitas por parte da família biológica (art. 62º-A, nº 2, da Lei de Protecção).

O exercício das funções de curador provisório incumbe à pessoa seleccionada para a adopção ou, na medida de confiança a instituição com vista a futura adopção, de preferência, à pessoa que tenha um contacto mais directo com o menor (art. 62º-A, nº 2, da Lei de Protecção, e art. 167º, nº 2, da OTM).

4.5. Os acordos de promoção e protecção

I. As medidas decorrentes de negociação integram um acordo de promoção e protecção, que o art. 4º, al. f), da Lei de Protecção, define como sendo o “compromisso escrito entre as comissões de protecção de crianças e jovens ou o tribunal e os pais, representante legal ou quem tenha a guarda de facto e, ainda, a criança e o jovem com mais de 12 anos, pelo qual se estabelece um plano contendo medidas de promoção de direitos e de protecção”.

O acordo inclui o prazo por que é estabelecido e em que deve ser revisto (art. 55º, nº 1, al. c), da Lei de Protecção); e não pode conter cláusulas que imponham obrigações abusivas ou que introduzam limitações ao funcionamento da vida familiar para além das necessárias a afastar a situação concreta de perigo (art. 55º, nº 2, da Lei de Protecção).

O acordo pode estabelecer medidas a executar no meio natural de vida ou medidas de colocação.

II. O art. 56º da Lei de Protecção regula o conteúdo específico do acordo de promoção e protecção relativo a medidas em meio natural de vida.

O acordo deve incluir cláusulas, nomeadamente, sobre os cuidados a prestar à criança ou ao jovem pelos pais ou pelas pessoas a quem sejam confiados; o plano de escolaridade, formação profissional, trabalho e ocupação dos tempos livres; o plano de cuidados de saúde, incluindo consultas de orientação psicopedagógica; e o apoio económico a prestar.

III. O art. 57º da Lei de Protecção ocupa-se do conteúdo do acordo de promoção e protecção relativo a medidas de colocação.

A par das cláusulas previstas para o acordo relativo a medidas em meio natural de vida, devidamente adaptadas, o acordo relativo a medidas de colocação deve ter cláusulas, nomeadamente, sobre a modalidade do acolhimento e o tipo de família ou de lar em que o acolhimento terá lugar; as visitas por parte da família e as visitas do menor à família; os gastos com o sustento da criança ou do jovem; e a informação a prestar às entidades administrativas e às autoridades judiciárias.

4.6. Execução, duração, revisão e cessação das medidas de promoção e protecção

I. Execução das medidas de promoção e protecção.

As medidas aplicadas pelas comissões de protecção são executadas por estas entidades nos termos do acordo de promoção e protecção (art. 59º, nº 1, da Lei de Protecção).

A execução das medidas judiciais é dirigida e controlada pelo tribunal que as aplicou, ao qual cabe designar a entidade que considere mais adequada para o acompanhamento da execução (arts. 59º, nºs 2 e 3, e 125º, da Lei de Protecção).

Ao abrigo do art. 7º, al. b), do DL nº 332-B/2000, de 30 de Dezembro, compete às equipas multidisciplinares do sistema

de solidariedade e de segurança social o acompanhamento da execução das medidas de promoção e protecção aplicadas pelo tribunal.

O art. 35º, nº 4, da Lei de Protecção, determina que o regime de execução das medidas tipificadas no seu nº 1 consta de legislação própria.

O regime de execução da medida de acolhimento familiar consta do DL nº 11/2008, de 17 de Janeiro.

O DL nº 12/2008, de 17 de Janeiro, fixa o regime de execução das medidas de apoio junto dos pais, de apoio junto de outro familiar, da confiança a pessoa idónea e do apoio para a autonomia de vida.

Não se conhece legislação específica para o regime de execução das medidas de acolhimento em instituição e de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção.

II. Duração das medidas no meio natural de vida e das medidas de colocação.

A duração das medidas a executar no meio natural de vida (abstraindo da confiança a pessoa seleccionada para a adopção) é a que resultar do acordo ou da decisão judicial, não podendo, em regra, exceder o prazo de um ano (cf. art. 60º da Lei de Protecção).

A duração das medidas de acolhimento familiar e de acolhimento em instituição é a que for estabelecida no acordo ou na decisão judicial (art. 61º da Lei de Protecção).

A medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção dura até ser decretada a adopção (art. 62º-A, nº 1, da Lei de Protecção).

III. Revisão das medidas; o problema da confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção.

O art. 62º da Lei de Protecção regula a revisão das medidas de promoção e protecção, com excepção da medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção: as medidas aplicadas são obrigatoriamente revistas findo o prazo fixado no acordo ou na decisão judicial e, em qualquer caso, decorridos períodos nunca superiores a seis meses (nº 1); a revisão pode ocorrer antes disso, desde que ocorram factos que o justifiquem (nº 2); a decisão de revisão pode decretar a cessação, a substituição, a continuação ou a prorrogação da medida (nº 3).

O art. 62º-A, nº 1, da Lei de Protecção determina que a confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção não está sujeita a revisão.

Todavia, parece ser razoável uma interpretação restritiva do preceito, mediante a qual se admita a revisão da medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção quando, p.e., se afigure manifestamente inviável a adopção (por haver oposição válida do menor que entretanto atingiu 12 anos de idade ou por faltar um candidato a adoptante) ou quando haja necessidade de substituir a pessoa inicialmente seleccionada (por se não mostrar interessada em requerer a adopção ou por se verificar que não tem o perfil concretamente indicado para ser adoptante)⁶⁵⁵.

IV. As medidas de promoção e protecção cessam nas hipóteses previstas no art. 63º, nº 1, da Lei de Protecção. Ou seja, quando: decorrer o respectivo prazo de duração ou prorrogação; a decisão de revisão determinar a cessação da medida; for decretada a adopção, no caso de medida de confiança a pessoa seleccionada

⁶⁵⁵ Cf. BEATRIZ MARQUES BORGES, *Protecção de Crianças e Jovens em perigo – Comentários e anotações à Lei nº 147/99 de 1 de Setembro*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 219-220.

para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção; o jovem atingir a maioridade ou, se tiver solicitado a continuação da medida para além da maioridade, completar os 21 anos de idade; for proferida decisão em procedimento cível que assegure o afastamento da criança ou do jovem da situação de perigo.

4.7. O processo

I. As disposições comuns aos processos de promoção e protecção, instaurados nas comissões de protecção e nos tribunais, encontram-se nos arts. 77º a 90º da Lei de Protecção.

É consagrado o princípio da audição obrigatória e participação (arts. 84º, nº 1, e 85º). São ouvidos sobre a situação que originou a intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação das medidas de promoção e protecção: as crianças e os jovens com mais de 12 anos, ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe; os pais, o representante legal e as pessoas que tenham a guarda de facto da criança ou do jovem.

A criança ou o jovem tem o direito a ser ouvido individualmente ou acompanhado pelos pais, pelo representante legal, por advogado da sua escolha ou oficioso ou por pessoa da sua confiança (art. 84º, nº 2).

O processo de promoção e protecção deve decorrer de forma compreensível para a criança ou o jovem, considerando a idade e o grau de desenvolvimento intelectual ou psicológico (art. 86º, nº 1)

O processo é de carácter reservado (art. 88º, nº 1).

Os órgãos de comunicação social que divulguem situações de crianças ou jovens em perigo não podem identificar, nem transmitir elementos, sons ou imagens que permitam a sua identificação, sob pena de os seus autores incorrerem na prática de crime de desobediência (art. 90º, nº 1).

II. Os arts. 91º e 92º da Lei de Protecção referem-se aos procedimentos de urgência.

Quando haja perigo actual ou iminente para a vida ou integridade física da criança ou do jovem, cessam as restrições específicas à intervenção não judicial, nos termos do art. 91º, nº 1.

III. Disposições do processo nas comissões de protecção de crianças e jovens.

O processo nas comissões de protecção é regulado pelos arts. 93º a 99º da Lei de Protecção.

O processo inicia-se com o recebimento da comunicação escrita ou com o registo das comunicações verbais ou dos factos de que a comissão tiver conhecimento (art. 97º, nº 1).

Segue-se a fase de instrução, que inclui a recolha de informação, as diligências e os exames necessários e adequados ao conhecimento da situação, à fundamentação da decisão, à aplicação da respectiva medida e à sua execução (art. 97º, nº 2).

Após a instrução, é tomada a decisão (cf. art. 98º).

IV. Disposições do processo judicial de promoção e protecção.

Os arts. 100º a 126º da Lei de Protecção tratam do processo de promoção e protecção nos tribunais.

O processo é de jurisdição voluntária (art. 100º); é instruído e julgado pelo tribunal de família e menores ou, quando não exista, pelo tribunal de comarca (art. 101º); e assume natureza urgente (art. 102º, nº 1).

A iniciativa processual cabe ao Ministério Público (art. 105º, nº 1).

O processo é constituído pelas fases de instrução, debate judicial, decisão e execução da medida (art. 106º, nº 1).

Encerrada a instrução, é designado dia para uma conferência com vista à obtenção de acordo de promoção e protecção (art. 110º, al. b)).

Se não for possível obter o acordo, passa-se ao debate judicial (cf. art. 114º), fase em que é obrigatória a constituição de advogado ou a nomeação de patrono à criança ou jovem (art. 103º, nº 4).

O debate é efectuado perante um tribunal composto pelo juiz, que preside, e por dois juízes sociais (art. 115º).

Terminado o debate, o tribunal decide, sendo a decisão tomada por maioria de votos (art. 120º).

Capítulo II – Protecção dos idosos

5. A protecção constitucional dos idosos

A primeira das fontes de direito interno reconhece às pessoas idosas o direito a uma protecção, protecção que está muito ligada à família.

5.1. O art. 67º, nº 2, al. b), da CRP

No art. 67º, nº 2, al. b), da CRP, estabelece-se que incumbe ao Estado, “para protecção da família”, promover uma política de terceira idade.

5.2. O art. 72º da CRP

O art. 72º, nº 2, da CRP, explicita que a política de terceira idade “engloba medidas de carácter económico, social e cultural, tendentes a proporcionar às pessoas idosas oportunidades de realização pessoal, através de uma participação activa na vida da comunidade”.

O art. 72º, nº 1, da CRP, declara que “as pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social”.

6. A protecção civil dos idosos

6.1. A insuficiência da protecção civil dos idosos

I. Não obstante as disposições constitucionais e os dados estatísticos, é escassa a relevância da protecção dos idosos⁶⁵⁶ na legislação ordinária do Direito Civil da Família

Não há, para os idosos, uma lei como a que existe para a protecção de crianças e jovens em perigo.

No entanto, o idoso também pode estar em perigo (cf. o art. 3º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo): pode ter sido abandonado; pode estar a sofrer maus tratos físicos ou psíquicos; pode não estar a receber os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal; pode estar a ser objecto de exploração material ou financeira (v.g., por as suas poupanças estarem a ser usadas, sem seu conhecimento, em proveito próprio e exclusivo dos filhos), etc.

⁶⁵⁶ O conceito de idoso não é totalmente claro. No domínio estatístico, entende-se que é aquele que tem idade igual ou superior a 65 anos. Numa perspectiva sociológica, considera-se que, na hipótese de se estar perante alguém que exercia uma actividade profissional remunerada, o que interessa é a altura de aposentação, variável em razão da idade; e, até há pouco, a idade de reforma era, normalmente, 65 anos. No Direito Civil português, considera-se sempre contraído sob o regime da separação de bens o casamento celebrado por quem tenha sessenta anos de idade (art. 1720º, nº 2, al. b), do CC); em princípio, não pode adoptar quem tiver mais de 60 anos (arts. 1979º, nº 3, e 1992º, nº 1); no RAU, ainda aplicável aos contratos antigos, e no NRAU, há regras que estabelecem um tratamento de favor a quem tiver mais de 65 anos; no art. 6º, al. a), do DL nº 391/91, de 10/10, sobre acolhimento familiar, alude-se à pessoa idosa como sendo aquela que tem idade igual ou superior a 60 anos. No direito brasileiro, a Lei 10.741, de 1º de Outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, regula os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. Há, portanto, uma oscilação quanto à noção de idoso entre os 60 e os 65 anos de idade. No contexto actual de maior longevidade e de manutenção de uma certa qualidade de vida até mais tarde, parece ser razoável eleger o critério dos 65 anos, mas sem pretensões de rigidez.

II. Como explicar esta discrepância entre a protecção de crianças e jovens e a protecção dos idosos? Numa primeira fase, a protecção dos idosos não era tida como necessária: o número de idosos era pequeno, e a pessoa do idoso era espontaneamente respeitada e defendida pela família. Numa segunda fase, em que o número de idosos aumentou, sem chegar a ser muito significativo, continuava a acreditar-se na espontaneidade da solidariedade familiar como resposta às situações de dependência dos idosos; supunha-se que o Estado podia suprir, através da Segurança Social, eventuais situações de insuficiência ou inexistência da acção familiar; e pensava-se que os institutos da interdição e inabilitação resolveriam as hipóteses residuais, de fragilidade extrema dos idosos.

Todavia, no momento actual, é insustentável a defesa de um modelo tão inerte, tão limitado em matéria de protecção dos idosos. Segundo dados do censo de 2001, a percentagem de idosos (16,4%) ultrapassou a dos jovens em Portugal (16%)⁶⁵⁷. As ilusões em torno de uma protecção familiar natural, espontânea do idoso terminaram. Hoje, numa sociedade em que se cultiva o ideal da beleza, da juventude, da riqueza material, em que se confere prevalência à adaptação ou inovação em detrimento da experiência, em que se entende que o interessa é o futuro e não o passado, em que se acha que é prioritário concretizar o potencial de cada um e impedir, a todo o custo, o decréscimo de capacidade, o idoso surge sobretudo como um fardo, como alguém cada vez mais confinado a uma área de marginalidade. Para muitos, o idoso representa o oposto do ideal, “algo a esquecer”. Hoje, numa sociedade competitiva, em que muitos adultos renunciam a ter filhos, em nome do sucesso económico e profissional, como se pode esperar que aqueles cuidem dos seus ascendentes idosos?

⁶⁵⁷ Para este efeito, idoso é aquele que tem idade igual ou superior a 65 anos, enquanto jovem é aquele que tem menos de 15 anos.

Hoje, numa sociedade em que as crianças, quando existam, ocupam o centro da vida familiar, justificando a utilização de grandes parcelas de rendimento e de tempo, qual o lugar que cabe aos idosos? Hoje, quando se fala constantemente de crise da Segurança Social e de carência de recursos do Estado, como acreditar que a acção pública se substitua àquela que antes se enquadrava no âmbito da solidariedade familiar?

Por fim, além de não estarem especificamente vocacionadas para a protecção dos idosos, a interdição e a inabilitação (arts. 138º e s.) estão longe de proporcionarem boas soluções. Os processos de interdição e inabilitação são morosos, implicam, por vezes, pesados custos; têm cariz estigmatizante; não cobrem situações de incapacidade temporária, ainda que se trate de incapacidade temporária grave. No caso da inabilitação, visa-se mais a protecção do património do que a protecção da pessoa do incapaz. No caso da interdição, o mecanismo de protecção é a tutela, inspirada num meio de suprir o poder paternal que é pouco flexível. Na verdade, a interdição e a inabilitação são institutos excepcionais que têm de ser revistos, porque valorizam pouco a autonomia das pessoas com capacidade diminuída, sejam elas ou não idosos. A interdição e a inabilitação colidem com a chamada doutrina da alternativa menos restritiva, segundo a qual a protecção se deve fazer de uma forma que respeite ao máximo a autonomia da pessoa em apreço, que afecte o menos possível os seus direitos fundamentais⁶⁵⁸.

⁶⁵⁸ Cf. PAULA TÁVORA VÍTOR, “Pessoas com capacidade diminuída: promoção ou/e protecção”, em *Direito da Infância* pp. 175 e s., e, sobretudo, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, obra da autora, indispensável no estudo do Direito Tutelar de protecção patrimonial do idoso.

6.2. Os deveres filiais enquanto instrumentos de protecção

I. No Livro IV do Código Civil, encontram-se normas de índole genérica que podem servir de base à tutela das pessoas mais dependentes em razão da idade, sendo de destacar as que regulam os deveres paternofiliais e a obrigação de alimentos⁶⁵⁹.

II. A efectivação dos deveres de respeito, auxílio e assistência (cf. art. 1874º) que recaem sobre os filhos pode contribuir para assegurar a protecção dos pais que são idosos.

No entanto, os deveres para com os pais nem sempre são os únicos compromissos familiares dos filhos. Aquele que tem pais idosos pode estar casado e ser ele próprio pai. Uma pessoa pode estar, assim, vinculada a deveres perante três categorias de familiares: cônjuge, filhos (menores ou maiores) e pais. Por vezes, não será simples articular o cumprimento de deveres conjugais, paternais e filiais, acabando, aqui e ali, por serem sacrificados os deveres que uma pessoa tem para com os próprios pais.

III. O idoso que carece de alimentos pode exigir-lhos aos filhos (e demais descendentes), nos termos do art. 2009º, nºs 1, al. b), 2 e 3.

A obrigação de prestar alimentos cabe, aliás, no dever paternofamiliar de assistência, quando pais e filhos não vivam em comum (art. 1874º, nº 2).

Contudo, se os filhos e outros descendentes não prestam espontaneamente alimentos, não é comum que os idosos os exijam judicialmente⁶⁶⁰. Num bom número de situações, o idoso que

⁶⁵⁹ Sobre os deveres dos filhos perante os pais idosos, cf. PAULA TÁVORA VÍTOR, "O dever familiar de cuidar dos mais velhos", *Lex Familiae* nº 10, 2008, pp. 51-54.

⁶⁶⁰ Cf. JOANA SOUSA RIBEIRO, "Processos de envelhecimento: a construção de um direito emancipatório", em *Direito da Infância* pp. 226-227; REMÉDIO

carece de alimentos não dispõe de capacidade nem de informação para desencadear os mecanismos de tutela judicial do seu direito de alimentos. Se tiver capacidade e informação, pode recluir-se que a acção crie conflitos com os descendentes que levem a uma ruptura definitiva e irreversível do contacto familiar ou à eliminação completa da esperança no reatamento de um contacto. O idoso pode recluir ainda o estigma associado à acção de alimentos, temendo que se julgue que o filho ou neto não apoia o pai ou avó, porque, por seu turno, este não soube educar nem quis apoiar o descendente num momento anterior.

6.3. O acolhimento familiar de pessoas idosas

Fora do Código Civil, o Decreto-Lei nº 391/91, de 10 de Outubro, regula o acolhimento familiar de pessoas idosas ou com deficiência. A figura do acolhimento familiar das pessoas idosas é parecida com a do acolhimento familiar de crianças e jovens. No entanto, o acolhimento familiar a pessoas idosas é prestado necessariamente a título oneroso e pode ser permanente (arts. 1º, nº 3, e 5º, nº 1, do DL nº 391/91). Seja como for, o diploma é pouco conhecido e, portanto, pouco aplicado⁶⁶¹. E repare-se que, num ambiente social que privilegia tanto as crianças, não será de estranhar que uma eventual família de acolhimento prefira receber menores em lugar de idosos.

MARQUES, "Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português – obrigação de alimentos e segurança social", em Berenice Dias/Duarte Pinheiro, *Escritos* pp. 367-368. É, aliás, bastante interessante todo o artigo de REMÉDIO MARQUES, que começa na p. 345 daqueles *Escritos*.

⁶⁶¹ Além de o regime instituído pelo diploma ser, em vários pontos, questionável e pouco claro: cf. pp. 55-57 da obra citada, *supra*, na nota 659.

6.4. A necessidade de uma mudança

Falta uma intervenção legislativa profunda de índole jusfamiliar⁶⁶². Alargar a legitimidade para propor uma acção de alimentos contra descendentes a “qualquer indivíduo ou entidade que preste apoio aos idosos”, como é sugerido por certos profissionais da área da saúde⁶⁶³, pode ser um contributo útil. Tal como há responsabilidades parentais, talvez fizesse sentido consagrar, no Código Civil, um instituto de *responsabilidade filial*. Por fim, seria importante a introdução de uma Lei do Idoso, que poderia prever medidas de protecção do idoso similares às previstas para a protecção de crianças e jovens em perigo, com as necessárias adaptações, nomeadamente, na configuração da hierarquia das providências. A primeira medida devia ser, p.e., o apoio para a continuação da autonomia da vida⁶⁶⁴.

⁶⁶² Que, em contrapartida, já ocorreu no Brasil, com a Lei 10.741, de 1º de Outubro de 2003, que institui o Estatuto do Idoso). Em contraste com o panorama português, os manuais de Direito da Família tratam da situação do idoso (cf., nomeadamente, BERENICE DIAS, *MDF* pp. 421 e s.). E alguma doutrina brasileira [v.g., HELOISA HELENA BARBOSA, “O princípio do melhor interesse do idoso”, em Tânia da Silva Pereira/Guilherme de Oliveira (coordenadores), *O cuidado como valor jurídico*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008, pp. 68-71] extrai, implicitamente, um *princípio do melhor interesse do idoso* do corpo do art. 230 da Constituição da República Federativa do Brasil (que dispõe: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando a sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”).

⁶⁶³ Cfr JOANA SOUSA RIBEIRO, “Processos de envelhecimento” (cit., *supra*, na nota 660) pp. 226-227.

⁶⁶⁴ Na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, o apoio para a autonomia de vida ocupa o quarto lugar na hierarquia das medidas de promoção e protecção, atrás do apoio junto dos pais, do apoio junto de outro familiar e da confiança a pessoa idónea.

É claro que as alterações legislativas não bastam. É indispensável uma cultura que volte a valorizar o idoso. Aqueles que hoje detêm o poder político, o poder económico, o poder da comunicação social, publicitária ou não, precisam de agir com a consciência de que eles serão os idosos de amanhã, de que eles serão as futuras vítimas de uma marginalização que ocorrerá se se persistir em seguir uma orientação que se preocupa quase exclusivamente com os menores, os jovens e os adultos que se integram na chamada população activa. O grau de civilização de uma sociedade não se afere apenas pela forma como ela trata as suas crianças, mas também pela forma como trata os seus idosos.

PARTE III – DIREITO MATRIMONIAL

Capítulo I – Constituição do vínculo matrimonial

1. Noção e modalidades do casamento

1.1. Noção de casamento civil

I. O art. 1577º, na redacção da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, define o casamento como “o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”, nos termos das disposições do Código Civil.

O casamento caracteriza-se pela contratualidade, pela assunção do compromisso recíproco de plena comunhão de vida, pela pessoalidade e pela solenidade.

Com a Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, deixou de ser exigida a diversidade de sexo das partes (cf., *infra*, Parte III, nº 3.1.).

II. A contratualidade do casamento tem sido contestada, com os mais diversos fundamentos. No passado, atribuiu-se ao casamento a natureza de acto administrativo: alegando-se que os nubentes⁶⁶⁵ tinham de manifestar a vontade de casar perante um funcionário e que só a intervenção deste conferia valor jurídico ao casamento, a declaração de vontade dos nubentes era tida como uma simples condição da prática de um acto do poder estatal⁶⁶⁶. Ultimamente, nega-se, por vezes, cariz negocial ao casamento, qualificando-o como um acto jurídico em sentido estrito ou

⁶⁶⁵ Os nubentes são aqueles que participam no acto de casamento. Aqueles que participam na convenção antenupcial relativa ao seu futuro casamento designam-se por esposados. Após a celebração do casamento, dizem-se cônjuges.

⁶⁶⁶ Cf. CICU, *Il Diritto di Famiglia. Teoria generale*, Roma, Athenaeum, 1914, pp. 213-222.

como uma soma de dois actos jurídicos simples: em abono da qualificação como acto jurídico simples, invoca-se a falta de liberdade de estipulação das partes⁶⁶⁷; a favor do enquadramento como uma soma de dois actos jurídicos simples, alerta-se para a amplitude existencial dos efeitos do casamento, incompatível com a ideia de vinculação contratual⁶⁶⁸.

Apesar de a intervenção de um funcionário constituir condição de existência do casamento (cf. art. 1628º, al. a)), é a declaração de consentimento dos nubentes que tem o papel principal na disciplina do instituto (cf., nomeadamente, arts. 1628º, als. c) e d), 1631º, al. b), 1635º, 1636º e 1638º), que não é, portanto, um acto administrativo, mas um acto de Direito Privado. A intervenção do conservador, na celebração do casamento, é similar à do notário, na celebração de uma compra e venda de imóveis:

⁶⁶⁷ Cf. MENEZES CORDEIRO, *TDC I/1*, pp. 451 e 479.

⁶⁶⁸ Cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *Inconstitucionalidade* p. 25 e, principalmente, *DF* p. 27, onde se lê: "um contrato não pode ter por objecto situações jurídicas indisponíveis como será o caso do exercício do afecto expresso na comunhão vivencial projectada. Não é pensável dispor-se do exercício do próprio afecto, nomeadamente a médio e longo prazo, e muito menos cruzá-lo, numa aparência de sinalagma, com o afecto pela outra parte disponibilizado [...] O casamento é o acto mais livre e íntimo que existe, pelo que o acto constitutivo não pode expressar uma ideia de automatismo na reciprocidade, antes será um acto de estrutura complexa, formado por dois actos claramente unilaterais dos nubentes, de autovinculação a uma comunhão de vida plena, formalizada solenamente perante o funcionário do Registo Civil, mas simplesmente projectada". De modo semelhante, TELMA CARVALHO, *União* p. 230: "o casamento mais do que um contrato é um encontro de duas declarações unilaterais de vinculação, cujo objecto, de cada declaração, é indisponível, pois está directamente relacionado ou dependente da própria liberdade dos nubentes". No fundo, tendo em conta o impacto da celebração do casamento na vida pessoal das partes, duvida-se que elas possam submeter o exercício da sua liberdade individual a um regime contratual; a recondução do compromisso matrimonial a um acto unilateral de cada uma das partes sugere que o cumprimento dos deveres conjugais tem de ser espontâneo, não podendo ser exigido por um dos cônjuges ao outro.

assegura a observância de uma forma especial que a lei prescreve para o acto.

Não obstante a fixação injuntiva dos efeitos essenciais do casamento (cf. arts. 1618º, 1698º e 1699º), as partes gozam de alguma margem de autonomia: podem decidir quando e com quem querem casar; podem fazer estipulações acerca do modo de cumprimento dos deveres conjugais legalmente impostos, mediante acordos sobre a orientação da vida em comum. E a relevância da simulação como vício do acto matrimonial (cf. art. 1635º, al. d)) confirma a natureza negocial do mesmo⁶⁶⁹: a validade do casamento é susceptível de ser prejudicada se os nubentes não queriam submeter-se aos efeitos essenciais do acto que praticaram.

III. O casamento implica a assunção de um compromisso recíproco que tem reflexos amplos no plano existencial e temporal: o compromisso de plena comunhão de vida. Esse compromisso, assente numa cláusula geral, traduz-se em deveres particulares, previstos no art. 1672º segundo a técnica dos conceitos indeterminados: o respeito, a fidelidade, a coabitação, a cooperação e assistência.

No entanto, as repercussões da obrigação de plena comunhão de vida, nomeadamente na esfera pessoal e íntima, não excluem o carácter contratual do casamento. O contrato não é uma figura exclusivamente patrimonial. E a plena comunhão de vida não determina a eliminação da individualidade das partes; "cada cônjuge por o ser não deixa de dispor de uma área de liberdade e de privacidade, de um espaço próprio, que coexiste com o espaço da vida em comum"⁶⁷⁰. É certo que o casamento produz limitações importantes no campo existencial. Todavia, o regime

⁶⁶⁹ Cf. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia* pp. 55-57.

⁶⁷⁰ DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 444-445.

da constituição do vínculo matrimonial é delineado justamente com o propósito de levar os interessados a tomar consciência da seriedade do acto que se põem celebrar.

IV. O casamento tem de ser celebrado nos termos das disposições do Código Civil, o que significa que se trata de um contrato pessoal e solene. Numa das duas possíveis acepções do termo, é um contrato pessoal porque na sua realização é indispensável a presença dos próprios contraentes, ou de um deles e do procurador do outro (procurador que tem poderes limitados) – art. 1616º, al. a). É um contrato solene porque a celebração do casamento está sujeita a uma forma estabelecida na lei (art. 1615º). A solenidade do casamento visa levar as partes a reflectirem antes de se vincularem e contrasta com a informalidade da constituição da união de facto.

De qualquer modo, sendo um contrato, o casamento corresponde a um contrato especial. Em primeiro lugar, é pessoal numa segunda acepção do termo: influi no estado das pessoas, projectando-se principalmente na esfera pessoal e acessoriamente na esfera patrimonial. Em segundo lugar, é um contrato familiar, estando consequentemente marcado pelo aspecto funcional. O casamento tem uma finalidade comunitária, extra-individual, que impede a aplicação da excepção de não cumprimento⁶⁷¹.

1.2. Modalidades do casamento

I. O casamento civil não é a única modalidade do casamento. Há também o matrimónio católico (art. 1587º), o casamento celebrado segundo o Direito Canónico da Igreja Católica (cf. câns. 1055 e s. do CDC), a que a lei civil reconhece valor e eficácia de casamento.

O matrimónio católico é uma verdadeira modalidade de casamento no ordenamento jurídico português, uma vez que este admite a eficácia civil do Direito Canónico na regulamentação de aspectos não meramente formais do casamento católico. De facto, à luz do art. 16º da Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé, de 2004, e do art. 1626º, na redacção do Decreto-Lei nº 100/2009, de 11 de Maio, as decisões das autoridades eclesíásticas relativas à nulidade do casamento e à dispensa pontifícia do casamento rato e não consumado podem produzir efeitos civis. Tais decisões aplicam o Direito Canónico aos requisitos de validade do matrimónio católico (o que abrange não só a matéria da forma como a da possibilidade legal, ou heterossexualidade, capacidade e consentimento dos contraentes), e incidem sobre uma causa particular de dissolução desta mesma espécie de matrimónio (a dispensa do casamento rato e não consumado).

Outro é o tratamento dado pelo Estado português aos demais casamentos religiosos, relativamente aos quais não há nenhuma norma semelhante à do art. 16º da referida Concordata ou à dos arts. 1625º e 1626º. Aos casamentos religiosos não católicos celebrados perante o ministro do culto de uma igreja ou comunidade religiosa radicada no país (evangélico, judaico, islâmico, etc.) são reconhecidos efeitos civis (art. 19º, nº 1, da Lei da Liberdade Religiosa). Contudo, os casamentos em apreço estão integralmente sujeitos ao regime que vigora para o casamento civil, salvo no que toca a alguns aspectos de forma (cf. arts. 19º e 58º da Lei da Liberdade Religiosa). Não são, portanto, modalidades, mas meras formas do casamento. Bem vistas as coisas, são afinal casamentos civis sob forma religiosa.

II. Os dados apontados são suficientes para determinar qual é actualmente o sistema matrimonial português.

É usual distinguir entre o sistema de casamento religioso obrigatório, o sistema de casamento civil obrigatório, o sistema

de casamento civil facultativo e o sistema de casamento civil subsidiário.

No sistema de casamento religioso obrigatório, o Estado reconhece eficácia civil apenas ao casamento celebrado por forma religiosa. Era o que sucedia na Grécia, onde até 1982 a forma religiosa do casamento segundo os ritos da Igreja ortodoxa era a única permitida, independentemente da religião dos nubentes.

No sistema de casamento civil obrigatório, os casamentos religiosos não produzem efeitos civis; o Estado só atribui relevância jurídica ao casamento civil, celebrado segundo a forma fixada na lei civil. É o sistema que vigora em França e que vigorou em Portugal entre 1910 (arts. 2º e 3º do Decreto nº 1, de 25 de Dezembro de 1910) e 1940.

No sistema de casamento civil facultativo, são conferidos efeitos civis quer ao casamento celebrado por forma civil quer ao casamento celebrado por forma religiosa. Os nubentes que pretendam contrair matrimónio relevante perante o Estado podem escolher entre a forma laica e a forma religiosa. O sistema de casamento civil facultativo comporta duas variantes. Na primeira variante, o Estado só reconhece um regime particular ao casamento religioso nos aspectos formais; em tudo o resto, é aplicável a lei civil. O casamento laico e o casamento religioso são apenas duas formas distintas de celebração do matrimónio. Na outra variante, o Estado admite a eficácia do direito da igreja ou comunidade religiosa em aspectos que não são meramente formais. O casamento laico e o casamento religioso são dois institutos ou duas modalidades diferentes. A primeira variante vigora na Grécia (desde 1982) e no Brasil. A segunda variante vigora em Espanha e Itália.

No sistema de casamento civil subsidiário, o Estado reconhece o casamento religioso, apenas admitindo o casamento laico para os casos em que é considerado legítimo pelo direito da igreja ou da comunidade religiosa. Foi o sistema que vigorou em Espanha, de 1958 a 1981: as partes tinham de contrair matrimónio católico,

a não ser que se provasse que nenhum dos contraentes professava a religião católica, hipótese em que já seria admitida a celebração do casamento civil (art. 42º do Código Civil espanhol, na versão da Lei de 24/4/1958).

Desde a Concordata de 1940 até agora, tem vigorado, em Portugal, o sistema de casamento civil facultativo. No entanto, antes da Lei da Liberdade Religiosa, o casamento laico era facultativo para os católicos, que podiam escolher livremente entre aquele e o casamento católico; para os membros de outras confissões religiosas, era obrigatória a celebração do casamento laico, pois o Estado não atribuía eficácia civil aos casamentos religiosos não católicos. Actualmente, o casamento laico é facultativo para todos os membros de igrejas ou comunidades religiosas radicadas no país (sejam católicos ou não).

O nosso sistema de casamento civil facultativo enquadra-se na segunda variante, de dupla modalidade. O casamento civil e o casamento católico são dois institutos diferentes. Contudo, o casamento religioso não católico não constitui uma modalidade autónoma, integrando-se no casamento civil, que comporta, assim, duas formas: a civil e a religiosa. As partes podem escolher entre o casamento civil celebrado por forma civil (perante o conservador do registo civil), o casamento civil celebrado por forma religiosa (perante ministro do culto de uma igreja ou comunidade religiosa radicada em Portugal) e o casamento católico (celebrado perante o pároco)⁶⁷².

⁶⁷² Daí que ROSA MARTINS/PAULA TÁVORA VÍTOR, "O Decreto-Lei nº 324/2007, de 28 de Setembro, e as suas implicações no sistema matrimonial português", *Lex Familiae* nº 8, 2007, p. 115, aludam a um sistema matrimonial "tripartido".

2. Promessa de casamento

2.1. Noção e requisitos da promessa de casamento

A promessa de casamento, à qual se dava tradicionalmente o nome de sponsais ou desposórios, é o contrato pelo qual duas pessoas se comprometem a contrair matrimónio (art. 1591º, na redacção da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio). Trata-se de um contrato-promessa de casamento, pelo que, na falta de disposições específicas (arts. 1591º-1595º), se aplicam as regras gerais do contrato-promessa e, em seguida, as regras gerais dos negócios jurídicos.

Deste modo, no campo dos requisitos da promessa de casamento, é fundamental o art. 410º, nº 1, que determina a aplicação ao contrato-promessa das disposições legais relativas ao contrato prometido, “exceptuadas as relativas à forma e as que, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa”.

À luz daquele preceito, a capacidade exigida para a promessa de casamento é a mesma que se requer para a celebração do casamento (cf. arts. 1600º e s.)⁶⁷³. Em contrapartida, no domínio do consentimento, a promessa de casamento está sujeita às regras gerais dos negócios jurídicos, uma vez que as regras especiais do casamento em matéria de falta ou vícios da vontade se destinam a garantir a estabilidade de um matrimónio que já foi celebrado⁶⁷⁴. Ao contrário do contrato de casamento, a promessa pode ser submetida a condição ou termo (p.e., à condição de obter uma determinada colocação profissional)⁶⁷⁵. O objecto da promessa

⁶⁷³ Mas a promessa de casamento pode ser validamente celebrada antes de ter decorrido o prazo intermupcial (cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, CC 1591º (3)).

⁶⁷⁴ Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, CC 1591º (3).

⁶⁷⁵ Cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito da Família* cit., p. 54, que justificam a solução por a promessa de casamento não constituir qualquer estado pessoal.

de casamento deve ser legalmente possível (art. 280º, nº 1). A validade da promessa não depende da observância de uma forma especial (art. 219º) e não se impõe uma declaração expressa (art. 217º). São exemplos de celebração do contrato-promessa de casamento o pedido de casamento, uma vez aceite, a oferta do anel de noivado a um dos namorados, que o recebe e coloca no dedo, e a declaração para casamento proferida no processo preliminar (cf. arts. 135º-137º do CRC). O simples namoro não tem, em princípio, o significado de uma promessa de casamento.

2.2. Efeitos

I. Mediante a promessa de casamento, as partes ficam vinculadas a casar uma com a outra. No entanto, a natureza da obrigação de casar obsta à execução específica da promessa (cf. arts. 1591º e 830º, nº 1, *in fine*). No caso de incumprimento, é conferido apenas o direito às indemnizações previstas no art. 1594º (art. 1591º).

As indemnizações previstas no art. 1594º são devidas pelo contraente que romper a promessa sem justo motivo, que, culposamente, der lugar à retractação do outro ou que dolosamente (por si ou por seus representantes) contribuir para a própria incapacidade matrimonial.

Os beneficiários da indemnização podem ser o esposado inocente, bem como os pais deste ou terceiros que tenham agido em nome dos pais.

A obrigação de indemnizar por incumprimento da promessa restringe-se às despesas feitas e às obrigações contraídas na previsão do casamento. Só é indemnizável uma parte dos danos patrimoniais emergentes, o que representa uma limitação à extensão da obrigação geral de indemnizar (que inclui todos os danos emergentes, os lucros cessantes e os danos não patrimoniais), fruto da preocupação de salvaguardar, na medida do possível, a liberdade matrimonial das partes. Além disso, a indemnização é

fixada segundo o prudente arbítrio do tribunal, nos termos do nº 3 do art. 1594º, o que introduz mais um desvio ao regime comum da responsabilidade civil (cf. art. 494º): ainda que haja dolo do agente, o montante da indemnização concedida poderá ser inferior ao valor das despesas feitas e das obrigações contraídas na previsão do casamento.

A acção de indemnização caduca no prazo de um ano, a partir da data do rompimento da promessa (art. 1595º).

II. No caso de ruptura da promessa de casamento, cada um dos contraentes é obrigado a restituir os donativos que o outro ou terceiro lhe tenha feito em virtude da promessa e na expectativa do casamento, segundo os termos prescritos para a nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico (art. 1592º, nº 1). A obrigação de restituição dos donativos, que é independente de culpa, “abrange as cartas e retratos pessoais do outro contraente, mas não as coisas que hajam sido consumidas antes da retractação ou da verificação da incapacidade” (art. 1592º, nº 2).

No caso de extinção da promessa por morte de um dos promitentes, cabe ao promitente sobrevivente optar entre conservar os donativos do falecido ou exigir aqueles que lhe tenha feito (art. 1593º, nº 1). Contudo, certos donativos estão, por força do seu cariz íntimo, subordinados a um regime especial: o promitente sobrevivente pode reter a correspondência e os retratos pessoais do falecido e exigir a restituição das cartas e retratos pessoais que lhe tenha oferecido (art. 1593º, nº 2).

A acção destinada a exigir a restituição dos donativos caduca no prazo de um ano, a contar da data do rompimento da promessa ou da morte do promitente (art. 1595º).

3. Requisitos de fundo do casamento civil

3.1. O desaparecimento do requisito da heterossexualidade (“possibilidade legal”)

I. A diversidade de sexo era um dos requisitos de fundo do casamento civil português, sendo expressamente referida na noção de casamento formulada na redacção do art. 1577º que foi introduzida pelo Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de Novembro. A consequência da inobservância deste requisito era a inexistência jurídica do casamento (art. 1628º, al. e), na redacção originária).

Para um ilustre professor de Coimbra⁶⁷⁶, o casamento de homossexuais era, na altura, pelo seu objecto, fisicamente impossível. Todavia, a lei civil portuguesa não associava, nem associa, ao casamento um dever de procriação conjunta⁶⁷⁷, pelo que a comunhão tendencialmente plena de vida entre duas pessoas do mesmo sexo era juridicamente, e não naturalmente, impossível.

II. Na vigência da redacção dos arts. 1577º e 1628º, al. e), anterior a 2010, lia-se em edição anterior destas lições o seguinte⁶⁷⁸:

Não é líquida a constitucionalidade da imposição legal da heterossexualidade como característica do casamento civil. Após a revisão de 2004, o art. 13º, nº 2, da CRP, prevê expressamente que ninguém pode ser prejudicado ou privado de qualquer direito em razão da sua orientação sexual. Importa, pois, apurar se não será discriminatória a recusa do direito de contrair casamento aos casais homossexuais. A recusa justifica-se, p.e., quanto ao matrimónio católico, “ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole” (cân.

⁶⁷⁶ CAPELO DE SOUSA, *Relatório* p. 119.

⁶⁷⁷ Cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 298-300.

⁶⁷⁸ DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 2009, pp. 408-410.

1055, § 1º, do CDC). Só que não se vislumbra uma conexão análoga entre o casamento civil e a procriação. Nos termos do art. 1577º, o casamento visa a constituição de família, mas isso não quer dizer que o instituto tenha por finalidade a geração: a ligação entre os cônjuges é ela própria uma relação familiar (art. 1576º). Das alusões que o regime dos deveres conjugais faz aos filhos (cf. arts. 1673º, nº 1, e 1676º, nº 1), marcadas por um espírito de protecção, não se retira uma obrigação de procriação. E tão-pouco da presunção de paternidade do marido da mãe, consagrada no art. 1826º: basta verificar que a presunção abrange o caso de concepção antenupcial do filho nascido após o casamento.

Haverá outro argumento que exclua a arbitrariedade da manutenção da heterossexualidade como requisito do casamento?

Em Espanha, foi reconhecido o direito de contrair casamento aos casais do mesmo sexo, pela Lei 13/2005, de 1 de Julho. Na respectiva exposição de motivos, invoca-se a crescente aceitação social da união entre homossexuais e afirma-se que a alteração tem em conta o princípio constitucional da igualdade.

Para alguns autores⁶⁷⁹, a admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo é encarada como uma ameaça à subsistência da sociedade tal como a conhecemos. Ora, há que evitar um tratamento emocional do assunto. A questão resume-se ao seguinte: o casamento entre pessoas do mesmo sexo é ou não compatível com a essência da instituição matrimonial⁶⁸⁰?

⁶⁷⁹ Cf. FRANÇA PITÃO, *Unões* p. 70.

⁶⁸⁰ Sobre a problemática, entre-nós, cf., nomeadamente: DUARTE SANTOS (*Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? – O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o Direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009) e PAULO PULIDO ADRAGÃO (“Casamento entre pessoas do mesmo sexo: Pressupostos fundamentais da questão”, em AA. VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, vol. II, Coimbra Editora/Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pp. 527-533), que se manifestam a favor da proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo; PAMPLONA CORTE-REAL, que defende a

III. Num contexto justamente emocional, veio a ser publicada a Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, que permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, após apreciação do Tribunal Constitucional⁶⁸¹, que não detectou qualquer incompatibilidade entre o alargamento da faculdade de casar e o texto fundamental.

Na perspectiva do Tribunal Constitucional, traduzida em dois acórdãos⁶⁸², a Constituição portuguesa não impõe nem proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo⁶⁸³.

inconstitucionalidade da referida proibição (*Inconstitucionalidade* pp. 11-33, “Homoafectividade: a respectiva situação jurídico-familiar em Portugal”, em Berenice Dias/Duarte Pinheiro, *Escritos* pp. 24-27, 29-31; *DF* pp. 29-31, 153-154); MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO/PEDRO MÚRIAS, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo*, Lisboa, Entrelinhas, 2008, livro em que os autores propugnam posições opostas (a constitucionalidade da proibição é admitida pelo primeiro e rejeitada pelo segundo). O ac. do TC nº 359/2009, de 9/7/2009, em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, pronunciou-se pela conformidade constitucional dos arts. 1577º e 1628º, al. e), excluindo a existência de uma violação do direito de contrair casamento e dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

No Brasil, MARIA BERENICE DIAS notabiliza-se pela atenção especial que confere ao tratamento jurídico das uniões de pessoas do mesmo sexo: cf., designadamente, *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009. Tem também um texto publicado, entre nós, em co-autoria: BERENICE DIAS/MARIANNA CHAVES, “As famílias homoafetivas no Brasil e em Portugal”, *Lex Familiae* nº 9, 2008, pp. 39-52.

⁶⁸¹ Ac. do TC nº 121/2010, de 8/4/2010, em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

⁶⁸² Os acórdãos nº 359/2009 e 121/2010, citados, *supra*, nas notas 680 e 681, respectivamente.

⁶⁸³ Cf. DUARTE PINHEIRO, “Same-sex marriages. Portuguese National Report”, relatório destinado ao XVIII Congresso Internacional de Direito Comparado da “International Academy of Comparative Law”, secção “II.A. Civil Law”, tema “Same-sex marriages”. O XVIII Congresso realizou-se nos Estados Unidos da América, em Washington D.C., entre 25 de Julho e 1 de Agosto de 2010. O trabalho tem estado disponível no sítio do Congresso (<http://www.wcl.american.edu/events/2010congress/welcome.en.cfm>; caminho “General and National Reports”; consulta de 2 de Agosto de 2010).

IV. A Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, contém cinco artigos. O art. 1º indica o objecto da lei: permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. O art. 2º altera três artigos Código Civil que aludiam ao casamento enquanto instituto heterossexual⁶⁸⁴, passando a nova letra destes a contemplar quer o casamento entre pessoas de sexo oposto quer o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O art. 3º determina que o alargamento da faculdade de contrair matrimónio às pessoas do mesmo sexo não implica “a admissibilidade legal da adopção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo”, vedando qualquer interpretação no sentido de tal admissibilidade. O art. 4º revoga o art. 1628º, al. e), na versão primitiva, que previa a inexistência jurídica do casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo. O art. 5º estabelece que “todas as disposições legais relativas ao casamento e aos seus efeitos” devem ser interpretadas à luz da Lei nº 9/2010, de

Há coincidência entre essa posição do Tribunal Constitucional e a posição actual de JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição* pp. 811-812, 819-821 (em contraste com o que era sustentado anteriormente: cf., *supra*, nota 107). Embora associe a consagração do casamento de pessoas do mesmo sexo a um risco de “fragmentação moral da sociedade”, JÓNATAS MACHADO [“A (in) definição do casamento no Estado Constitucional”, em *Família, consciência* pp. 35-36] reconhece que “os princípios constitucionais da autonomia individual, da igualdade e da neutralidade ideológica do Estado” não são incompatíveis com uma definição não heterossexual do casamento.

⁶⁸⁴ O art. 1577º, na redacção de 1977 (“Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas *de sexo diferente* que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código); o art. 1591º, na redacção originária (“O contrato pelo qual, a título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas *de sexo diferente* se comprometem a contrair matrimónio não dá o direito a exigir a celebração do casamento, nem a reclamar, na falta de cumprimento, outras indemnizações que não sejam as previstas no artigo 1594º, mesmo quando resultantes de cláusula penal”); e o art. 1690º, nº 1, igualmente na versão originária (“Tanto o marido como a mulher têm legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro cônjuge”). Os itálicos são nossos.

31 de Maio, “independentemente do género dos cônjuges, sem prejuízo do disposto no artigo 3º” da referida lei.

A Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, aboliu a diferença de género enquanto requisito essencial do casamento civil, o que não pode deixar de ter consequências profundas num Direito Matrimonial até então construído na perspectiva de uma relação heterossexual. No entanto, o diploma em apreço limitou-se a considerar quatro artigos do Código Civil (1577º, 1590º, 1690º, nº 1, e 1628º, al. e) e a fixar duas regras de interpretação da lei (uma, relativa à adopção; outra, atinente ao casamento e à generalidade dos seus efeitos).

Salvo o devido respeito, parece-me tratar-se de uma atitude algo comodista, que, além de deixar uma imagem de leviandade, é susceptível de originar insegurança.

Que diríamos nós se, p.e., o legislador de 1977, decidido a concretizar o princípio da igualdade entre cônjuges, se contentasse com a abolição da figura do chefe da família e com o estabelecimento de uma regra que impusesse a interpretação de todas as disposições legais sobre o casamento à luz do dito princípio da igualdade? Que diríamos nós se, p.e., o legislador de 1977, preocupado com a erradicação da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento (ditos “ilegítimos”), se limitasse a modificar disposições legais que contivessem certas expressões (“filhos legítimos”, “filhos legítimos”) e a determinar que todas as disposições legais sobre a filiação deveriam ser interpretadas à luz do igualdade entre filhos nascidos dentro e fora do matrimónio?

A Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, não tocou na letra do Código do Registo Civil, diploma que regula as formalidades do casamento. Deste modo, permanece uma disposição como a do art. 155º, nº 2, do CRC, respeitante à cerimónia do casamento civil, na qual se incumbem o conservador de declarar, em nome da lei e da República Portuguesa, que as partes se encontram unidas pelo casamento, mediante indicação dos nomes completos *de marido e mulher*. Não tendo sido modificada, esta disposição, dotada

de elevado simbolismo no Direito Matrimonial, está submetida à previsão do art. 5º da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio: deve ser interpretada de modo a ajustar-se a uma hipótese concreta de celebração de um casamento entre pessoas do mesmo sexo⁶⁸⁵.

Não se pense, porém, que, na prática, serão escassos os riscos decorrentes desta *transferência* de esforço que o legislador fez para o intérprete.

O art. 3º da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, não é muito claro. Em meu entender, mas isto é somente a tese de um intérprete (e cada leitor da lei é um intérprete...), mantém-se o regime de adopção anterior ao diploma. Não é permitida a adopção conjunta feita por duas pessoas do mesmo sexo casadas uma com a outra. E também não é admissível uma adopção singular cujo resultado seja equivalente ao daquela adopção conjunta (exercício das responsabilidades parentais por ambos os membros do casal), isto é, a adopção de filho do cônjuge do mesmo sexo, a adopção singular simultânea do mesmo adoptando por cada um dos dois membros do casal homossexual e a adopção de um adoptando que já tinha sido previamente adoptado pelo cônjuge.

E o art. 5º da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, tem *potencial bastante* para criar maiores problemas. O casamento produz efeitos entre cônjuges, mas também perante terceiros, que podem ser credores ou... filhos. O legislador manda interpretar todas as disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos à luz da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, exceptuando apenas aquelas disposições que regulam a filiação adoptiva. E as demais disposições que regulam a filiação?

Em meu entender, mas isto é, repita-se, apenas a opinião de um leitor da lei, a admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo não modificou o sentido das normas de filiação biológica e de procriação medicamente assistida. A Lei nº 9/2010,

⁶⁸⁵ Havendo casamento de pessoas do mesmo sexo, o conservador indicará o nome completo do marido e do marido ou da mulher e da mulher.

de 31 de Maio, não pretendeu inovar nestas matérias, como decorre do relativo silêncio que se observou em torno delas e da solução expressamente consagrada para um assunto paralelo (adopção). Por conseguinte, e a título de exemplo, o alcance da presunção *pater is est* circunscreve-se ao casamento de pessoas de sexo diferente; duas pessoas do mesmo sexo casadas entre si continuam a não ter, em princípio, acesso às técnicas de PMA.

Enfim, *despreocupações legislativas* que abarcam *somente* todas as normas que não figurem no Código Civil (v.g., Código do Registo Civil, Lei da Procriação Medicamente Assistida) e as disposições do Código Civil atinentes ao estabelecimento da filiação? Não, como se verá já no próximo número, a propósito da questão do prazo internupcial.

3.2. Capacidade

I. Os impedimentos matrimoniais em geral.

I.a) Outro requisito de fundo do casamento civil é a capacidade. Têm capacidade para contrair casamento todos aqueles em quem se não verifique algum dos impedimentos matrimoniais (art. 1600º).

Impedimentos matrimoniais são circunstâncias que de qualquer modo obstem à realização do casamento. Estas proibições de casar estão sujeitas a um princípio de tipicidade: são apenas as que se encontram previstas na lei (cf. art. 1600º)⁶⁸⁶. A apreciação da sua existência tem, naturalmente, como ponto de referência o momento da cerimónia do casamento. Havendo impedimentos matrimoniais, o casamento não deve ser realizado. Se, apesar disso, vier a ser celebrado, a não observância das regras sobre

⁶⁸⁶ Por conseguinte, não estão privadas de capacidade nupcial, p.e., as pessoas inabilitadas ou interditas por causa distinta de anomalia psíquica.

impedimentos pode determinar a anulabilidade do acto (cf. art. 1631º, al. a)), a aplicação às partes de sanções especiais com carácter patrimonial (arts. 1649º e 1650º), e a sujeição a responsabilidade civil, penal e disciplinar do funcionário do registo civil (cf., nomeadamente, arts. 294º e 297º, als. b) e c), do CRC⁶⁸⁷).

I.b) São concebíveis, pelo menos, quatro classificações de impedimentos matrimoniais.

Uma das classificações contrapõe os impedimentos nominados aos inominados. Os primeiros são aqueles que são designados como impedimentos pela própria lei (cf. arts. 1601º, 1602º e 1604º). Os segundos são os restantes: p.e., a proibição do casamento civil de duas pessoas unidas entre si por matrimónio católico anterior não dissolvido, consagrada no art. 1589º, nº 2.

Noutra classificação, que é sem dúvida a mais importante, distingue-se entre impedimentos dirimentes e impedientes. Os impedimentos dirimentes são aqueles que, verificando-se, tornam o casamento anulável (art. 1631º, al. a)). Os outros são os impedientes.

Os impedimentos podem ser absolutos ou relativos. Os impedimentos absolutos obstam à celebração de um casamento por uma pessoa seja com quem for; são, portanto, verdadeiras incapacidades. Os impedimentos relativos são aqueles que obstam à realização de um casamento entre certas pessoas; correspondem a ilegalidades em sentido técnico.

Por fim, há que separar os impedimentos susceptíveis de dispensa dos que são insusceptíveis de dispensa. Os primeiros não obstam ao casamento se houver, no caso concreto, um acto de autorização

⁶⁸⁷ Sendo religioso o casamento celebrado com impedimentos, o pároco ou ministro da Igreja incorre em responsabilidade civil e criminal (cf. arts. 294º e 296º, nº 1, als. a) e b), do CRC).

de uma autoridade. Os impedimentos insusceptíveis de dispensa não permitem a celebração do casamento, independentemente de qualquer pedido de autorização a uma autoridade. Todos os impedimentos dirimentes são insusceptíveis de dispensa. Só são susceptíveis de dispensa os impedimentos impedientes indicados no art. 1609º, nº 1: o parentesco no terceiro grau da linha colateral; o vínculo de tutela, curatela ou administração de bens, se as contas já estiverem aprovadas; e o vínculo de adopção restrita. A dispensa compete ao conservador do registo civil e será concedida quando haja motivos sérios que justifiquem a celebração do casamento (art. 1609º, nº 2); se algum dos nubentes for menor, serão ouvidos previamente, sempre que possível, os pais ou o tutor (art. 1609º, nº 3). O processo de dispensa de impedimentos é disciplinado pelos arts. 253º e 254º do CRC.

Apesar de o DL nº 272/2001, de 13 de Outubro, aludir à declaração de dispensa do prazo internupcial (art. 12º, nº 1, al. c), e nº 3; art. 15º), o prazo internupcial não é um impedimento susceptível de dispensa. A chamada dispensa de prazo internupcial permite à mulher, que apresente comprovativo da situação de não gravidez, casar desde que tenham decorrido cento e oitenta dias sobre a dissolução ou invalidade do casamento anterior. Ela continua sujeita ao impedimento do prazo internupcial; não tem de observar o prazo maior, de trezentos dias (cf. art. 1605º, nº 1)⁶⁸⁸.

II. Impedimentos dirimentes.

II.a) Como se referiu, a celebração do casamento com impedimentos dirimentes acarreta a anulabilidade do acto (art. 1631º, al. a)). Mas a anulação tem de ser decretada por sentença em acção especialmente intentada para esse fim (art. 1632º).

⁶⁸⁸ Cf., no entanto, *infra*, III.c).

Nos termos do art. 1639º, nº 1, têm legitimidade para intentar ou prosseguir a acção os cônjuges, qualquer parente deles na linha recta ou até ao 4º grau na linha colateral, os herdeiros e adoptantes dos cônjuges, bem como o Ministério Público. A legitimidade que é conferida ao Ministério Público mostra que a finalidade da instituição de impedimento dirimentes é a protecção de interesses públicos e não de interesses meramente particulares.

Em princípio, a acção de anulação fundada em impedimento dirimente deve ser instaurada até seis meses depois da dissolução do casamento (art. 1643º, nº 1, al. c)). Todavia, o Ministério Público só pode propor a acção até à dissolução do casamento (art. 1643º, nº 2). É admissível a convalidação do casamento contraído com impedimentos dirimentes absolutos, mas não com impedimentos dirimentes relativos (cf. art. 1633º, nº 1, als. a), b) e c)).

II.b) O art. 1601º enumera os impedimentos dirimentes absolutos: a idade inferior a dezasseis anos (al. a)); a demência notória e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica (al. b)); o vínculo matrimonial anterior não dissolvido (al. c)).

No caso de casamento celebrado com o impedimento da falta de idade nupcial, ou seja, contraído por um dos nubentes quando ainda não tinha a idade de dezasseis anos, aplicam-se regras especiais no que toca à legitimidade e prazo para a anulação. Além das pessoas mencionadas no art. 1639º, nº 1, pode intentar ou prosseguir a acção o tutor do menor (art. 1639º, nº 2). A acção de anulação, quando proposta por quem não tinha idade nupcial, deve ser instaurada até seis meses depois de ter atingido a maioridade; quando proposta por outra pessoa, deve ser instaurada dentro dos três anos seguintes à celebração do casamento, mas nunca depois da maioridade (art. 1643º, nº 1, al. a)).

Considera-se sanada a anulabilidade se, antes de transitar em julgado a sentença de anulação, o casamento de menor não núbil for confirmado por este, perante o funcionário do registo civil e duas testemunhas, depois de atingida a maioridade (art. 1633º, nº 1, al. a)).

O segundo impedimento dirimente absoluto referido no art. 1601º é o da demência, que engloba quer a demência *de direito* (interdição ou inabilitação por anomalia psíquica) quer a demência *de facto*.

Por demência entende-se qualquer anomalia psíquica que torne uma pessoa incapaz de reger convenientemente a sua pessoa ou/e o seu património. Para obstar ao casamento, a demência que não tenha sido reconhecida por sentença de interdição ou inabilitação tem de ser notória e habitual. É notória a demência certa, inequívoca, não duvidosa⁶⁸⁹. No quadro do art. 1601º, al. b), o requisito da notoriedade não se refere ao conhecimento ou cognoscibilidade da anomalia mental. Estando em causa um impedimento dirimente, o que se visa é a protecção de interesses públicos e não, como sucede no art. 257º, nº 2, o mero interesse de protecção do declaratório ou da outra parte. Pelo mesmo motivo, a demência notória impede o casamento, ainda que o acto tenha sido celebrado num intervalo lúcido. E só releva como impedimento a demência *de facto* notória que seja habitual, porque o tratamento da demência acidental, ou não permanente, cabe noutra sede, no âmbito do regime do consentimento matrimonial (cf. art. 1635º, al. a)).

O regime da invalidade fundada no impedimento da demência é semelhante ao da que respeita ao impedimento da falta de idade nupcial. A par da legitimidade que é em geral reconhecida aos sujeitos indicados no art. 1639º, nº 1, é conferida ao tutor ou curador do interdito ou inabilitado a prerrogativa de intentar

⁶⁸⁹ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 256.

ou prosseguir a acção de anulação (art. 1639º, nº 2), Quando proposta pelo demente (*de facto* ou *de direito*), a acção deve ser instaurada até seis meses depois de lhe ter sido levantada a interdição ou inabilitação ou de a demência *de facto* ter cessado; quando proposta por outra pessoa, deve ser instaurada dentro dos três anos seguintes à celebração do casamento, mas nunca depois do levantamento da incapacidade ou da cessação da demência (art. 1643º, nº 1, al. a)). Considera-se sanada a anulabilidade se, antes de transitar em julgado a sentença de anulação, o casamento do demente for confirmado por este, perante o funcionário do registo civil e duas testemunhas, depois de lhe ser levantada a interdição ou a inabilitação ou depois de o demente *de facto* fazer verificar judicialmente o seu estado de sanidade mental (art. 1633º, nº 1, al. b)).

Tradicionalmente, o impedimento é justificado com razões de ordem eugénica e social: "Pretende-se evitar que as taras do demente se transmitam para os filhos e defender sob este aspecto a própria sociedade (razão de ordem eugénica); por outro lado (razão de ordem social), quer a lei evitar que se constituam famílias que não sejam, no corpo social, células sãs e úteis, como decerto não o seriam as famílias em que algum dos cônjuges fosse portador de anomalia psíquica"⁶⁹⁰.

Nesta óptica, é de perguntar se não será demasiado rigorosa a formulação legal do impedimento da demência. Por um lado, as anomalias psíquicas não são integral e sistematicamente transmissíveis por via hereditária. Por outro lado, o casamento, enquanto acto que se projecta sobretudo na esfera pessoal das partes, não parece completamente incompatível com uma anomalia psíquica que influa apenas na capacidade de administração dos bens, como é aquela que constitui causa de inabilitação.

⁶⁹⁰ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 254-255. Igualmente, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC* 1601º (6); ANTUNES VARELA, *DF* p. 228.

Dada a variedade de manifestações de demência, pensamos que seria, pelo menos, adequada uma alteração legal que permita àqueles que sofrem de demência *de direito* ou *de facto* notória e habitual contraírem validamente casamento, quando seja judicialmente apurado que a perturbação mental não impede a vida conjugal⁶⁹¹. A rigidez da solução actual do art. 1601º, al. b), cria a suspeita de uma restrição inconstitucional dos direitos do cidadão portador de deficiência mental (cf. arts. 71º, nº 1, 36º, nº 1, e 18º, nºs 2 e 3, da CRP).

O último impedimento dirimente absoluto é o do casamento anterior não dissolvido. O impedimento, que se destina a evitar a bigamia (punida, aliás, pelo art. 247º do CP), obsta à celebração de casamento por uma pessoa já casada, enquanto subsistir o casamento anterior, seja este civil ou católico e tenha sido ou não lavrado o respectivo assento no registo civil (art. 1601º, al. c)).

O impedimento cessa com a dissolução do casamento anterior, que pode ocorrer, nomeadamente, por morte ou divórcio. Apesar de a declaração de morte presumida não dissolver o casamento (art. 115º), o art. 116º não consagra uma excepção à proibição da bigamia: com o novo casamento dissolve-se o anterior⁶⁹².

O impedimento de vínculo não tem lugar se o primeiro casamento for juridicamente inexistente (cf. art. 1630º, nº 1) ou se tiver sido declarado nulo ou anulado por sentença transitada em julgado antes da celebração do novo.

Na hipótese de bigamia, o primeiro cônjuge do bigamo tem legitimidade para intentar ou prosseguir a acção de anulação, ao lado das pessoas referidas no art. 1639º, nº 1 (art. 1639º, nº 2). Nos termos do art. 1643º, nº 3, a acção de anulação fundada no *impedimentum ligaminis* não pode ser instaurada, nem prosseguir,

⁶⁹¹ Proposta análoga é feita por GILDA FERRANDO (*Il matrimonio*, Milão, Giuffrè, 2002, pp. 305-306), num ordenamento em que a interdição por anomalia psíquica obsta à celebração do casamento (cf. art. 85 do Código Civil italiano).

⁶⁹² Cf., *infra*, Parte III, nº 37.

quando estiver pendente acção de declaração de nulidade ou de anulação do primeiro casamento do bigamo. É a declaração de nulidade ou anulação do primeiro casamento do bigamo convalida o segundo casamento do bigamo (art. 1633º, nº 1, al. c)).

II.c) O art. 1602º enuncia os seguintes impedimentos dirimentes relativos: o parentesco na linha recta (al. a)) e no segundo grau da linha da linha colateral (al. b)); a afinidade na linha recta (al. c)); e a condenação de um dos nubentes por homicídio doloso contra o cônjuge do outro (al. d)).

Apesar de a adopção plena extinguir normalmente⁶⁹³ as relações familiares entre o adoptado e os seus ascendentes e colaterais naturais, mantêm-se os impedimentos de parentesco e afinidade derivados da ligação biológica (cf. parte final do art. 1986º, nº 1, que ressalva o disposto nos arts. 1602º e 1603º). Por força do art. 1986º, nº 1, primeira parte, o adoptado adquire a situação de filho do adoptante e integra-se com os seus descendentes na família deste. Deste modo, há impedimentos dirimentes ao casamento do adoptado e seus descendentes com o adoptante e seus ascendentes (art. 1602º, al. a)), do adoptado com os filhos do adoptante (art. 1602º, al. b)), do adoptado com aquele que foi cônjuge do adoptante ou do adoptante com aquele que foi cônjuge do adoptado (art. 1602º, al. c)). Isto quer dizer que, havendo adopção plena, o adoptado e os seus descendentes têm de respeitar os impedimentos de parentesco e afinidade quer quanto à família biológica quer quanto à família adoptiva. Ou melhor: o adoptado e os seus descendentes têm de observar os impedimentos de parentesco e afinidade, quanto à família biológica, e estão sujeitos ao impedimento inominado do vínculo de adopção plena, que aplica à família adoptiva a lógica dos impedimentos de parentesco e afinidade que é seguida para a família biológica.

Os impedimentos dirimentes do parentesco, da afinidade e da adopção plena asseguram a proibição do incesto, ou da prática de actos sexuais entre familiares próximos, que se funda em razões de ordem eugénica e ética social, no caso do parentesco na linha recta e no segundo grau da linha recta, e em razões só do domínio da moral social, nos casos de afinidade na linha recta e adopção plena.

Nos termos do art. 1603º, nº 1, e para os efeitos do disposto nas als. a), b) e c) do art. 1602º, é admitida a prova da maternidade e da paternidade no processo preliminar de casamento e na acção de declaração de nulidade ou anulação do casamento. Ou seja, os impedimentos de parentesco e afinidade relevam ainda que a filiação não se encontre estabelecida, o que configura uma excepção ao princípio da atendibilidade apenas da filiação legalmente constituída (cf. art. 1797º, nº 1). No entanto, o parentesco que venha a ser reconhecido no processo preliminar de casamento, ou na acção de declaração de nulidade ou anulação do casamento, e que não decorra de uma relação de filiação legalmente constituída não produz efeitos fora do domínio estrito dos impedimentos matrimoniais. Não vale sequer como começo de prova em acção de investigação de maternidade ou paternidade. A solução introduz assim um desvio ao chamado princípio da indivisibilidade do estado⁶⁹⁴: uma pessoa pode ser considerada filha de outrem no que toca à celebração do casamento e já não ser considerada como tal para outros aspectos (v.g., deveres paterno-filiais, sucessão legal).

Se a maternidade ou paternidade não estabelecida vier a ser reconhecida no processo preliminar de casamento, o art. 1603º, nº 2, faculta aos interessados o recurso aos meios ordinários para obterem a declaração da inexistência do impedimento dirimente de parentesco ou afinidade em acção intentada contra as pessoas

com legitimidade para requerer a declaração de nulidade ou anulação do casamento, com base no impedimento em questão.

O art. 1603º, nº 1, aplica-se na totalidade à filiação biológica daquele que foi adoptado plenamente. O art. 1987º, na parte que determina que não é possível fazer prova da filiação natural, fora do processo preliminar de casamento, depois de decretada a adopção plena, tem de ser alvo de interpretação restritiva: é admissível a prova da filiação biológica do adoptado na acção de declaração de nulidade ou anulação do casamento fundada num dos impedimentos previstos nas três primeiras alíneas do art. 1602º. Outra conclusão seria chocante: celebrado o casamento, p.e., entre uma pessoa adoptada plenamente e o seu pai natural, a ligação biológica, não detectada no processo preliminar de casamento, não poderia ser invocada para se conseguir a invalidação da constituição do vínculo matrimonial.

A alínea d) do art. 1602º consagra o único impedimento dirimente relativo que não assenta numa relação familiar: a condenação de um dos nubentes por homicídio doloso contra o cônjuge do outro. O impedimento verifica-se quando o nubente tenha sido condenado, como autor ou cúmplice por homicídio ou tentativa de homicídio, ainda que o crime não tenha sido cometido com a intenção de permitir o casamento do agente com o cônjuge da vítima. A gravidade da restrição ao direito de contrair casamento e exigências de estabilidade e segurança implicam que o impedimento dirimente só se produza quando já tenha transitado em julgado a sentença de condenação por homicídio; a condenação anterior por sentença que ainda não transitou em julgado desencadeia o impedimento meramente impediante vertido no art. 1604º, al. f).

Por vezes, é dito⁶⁹⁵ que a proibição de casar consagrada no art. 1602º, al. d), consiste numa sanção imposta àquele que foi

condenado pelo homicídio ou tentativa de homicídio. Nesta leitura, o preceito, ao fixar como impedimento, aparentemente perpétuo, a condenação de um dos nubentes por homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o cônjuge do outro, suscita dúvidas de constitucionalidade quer perante o art. 30º, nºs 1 e 3, da CRP, “que proíbe penas com carácter perpétuo ou de duração limitada ou indefinida e estabelece que nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, quer em face da liberdade de contrair casamento e de escolha do cônjuge de que o condenado é assim privado em termos definitivos”⁶⁹⁶.

Mas o impedimento funda-se na censurabilidade social e ética de um casamento celebrado por alguém com o assassino do seu cônjuge⁶⁹⁷. Não se pretende punir a prática de um crime, até porque o cônjuge da vítima é afectado pela proibição de casar mesmo que não tenha tido participação no homicídio.

III. Impedimentos impeditos.

III.a) Os impedimentos impeditos são circunstâncias que, embora obstem ao casamento, não o tornam anulável se ele chegar a celebrar-se. Quando muito, uma das partes sofre sanções de carácter patrimonial (cf. arts. 1649º e 1650º). O art. 1604º indica que são impedimentos impeditos, além de outros designados em leis especiais, a falta de autorização dos pais ou do tutor para o casamento de menores (al. a)), o prazo internupcial (al. b)), o parentesco no terceiro grau da linha colateral (al. c)), o vínculo de tutela, curatela ou administração legal de bens (al. d)), o vínculo de adopção restrita (al. e)) e a pronúncia de um dos nubentes pelo crime de homicídio doloso contra o cônjuge do outro (al. f)). Actualmente, não há que considerar impedimentos impeditos

⁶⁹⁶ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição* p. 809.

⁶⁹⁷ Cf. ANTUNES VARELA, *Direito da Família* cit., p. 246.

estabelecidos em leis especiais. Há, porém, impedimentos impeditivos que estão previstos no Código Civil à margem do referido art. 1604º: v.g., o impedimento do casamento civil de duas pessoas unidas entre si por matrimónio católico anterior não dissolvido (art. 1589º, nº 2).

Os impedimentos da falta de autorização e do prazo internupcial são absolutos. Todos os restantes impedimentos impeditivos são relativos.

III.b) A falta de autorização dos pais ou do tutor para o casamento de menores constitui impedimento quando não suprida pelo conservador do registo civil (art. 1604º, al. a)). O impedimento impeditivo refere-se aos menores de 16 e 17 anos de idade, dado que a idade inferior a 16 anos se traduz num impedimento dirimente (cf. art. 1601º, al. a)).

A autorização cabe aos pais, biológicos ou adoptivos, que exerçam o poder paternal⁶⁹⁸, ou ao tutor (art. 1612º, nº 1), e deve ser concedida antes da celebração do casamento⁶⁹⁹ ou na própria cerimónia (arts. 149º, 150º, nº 3, e 155º, nº 1, al b), do CRC).

A requerimento do menor, o conservador do registo civil pode suprir a autorização "se razões ponderosas justificarem a celebração do casamento e o menor tiver suficiente maturidade física e psíquica" (art. 1612º, nº 2). O processo de suprimento de autorização para casamento de menores está regulado nos arts. 255º-257º do CRC.

Se o menor casar sem ter obtido a autorização dos pais ou do tutor, ou o respectivo suprimento, ele não fica plenamente emancipado

⁶⁹⁸ Tratando-se o casamento de um "acto de particular importância", a autorização cabe a ambos os pais se pertencer aos dois o exercício das responsabilidades parentais (cf. a ressalva final do art. 1902º, nº 1).

⁶⁹⁹ O art. 150º, nºs 1 e 2, do CRC, regula a forma de prestação do consentimento dos pais ou do tutor antes da cerimónia do casamento.

(cf. art. 133º). Nos termos do art. 1649º⁷⁰⁰, os bens que leve para o casal ou que posteriormente lhe advenham por título gratuito são administrados pelos pais, tutor ou administrador legal, até à maioridade, e não respondem, em caso algum, pelas dívidas contraídas por um ou ambos os cônjuges durante o período de menoridade. Todavia, dos rendimentos desses bens serão arbitrados ao menor os alimentos necessários ao seu estado.

III.c) O impedimento do prazo internupcial obsta ao casamento daquele cujo matrimónio anterior foi dissolvido, declarado nulo ou anulado, enquanto não decorrerem sobre a dissolução, declaração de nulidade ou anulação, 180 ou 300 dias, conforme se trate de homem ou mulher (art. 1605º, nº 1). Se o casamento se dissolver por morte, o prazo conta-se a partir da data do óbito. O art. 1605º, nº 3, rege outras situações: declaração de nulidade ou dissolução do casamento católico por dispensa do casamento rato e não consumado, em que o prazo se conta a partir do registo da decisão proferida pelas autoridades eclesiásticas; divórcio ou anulação do casamento civil, em que o prazo se conta a partir do trânsito em julgado da respectiva decisão.

Cessa o impedimento do prazo internupcial se os prazos mencionados já tiverem decorrido desde a data, fixada na sentença de divórcio, em que findou a coabitação dos cônjuges ou, nos casos de conversão da separação de pessoas e bens em divórcio e dissolução por morte de um dos cônjuges separados de pessoas e bens, desde a data em que transitou a decisão que decretou a separação (art. 1605º, nºs 4 e 5).

Também não há impedimento do prazo internupcial para a celebração de novas núpcias do cônjuge do ausente, após a

⁷⁰⁰ O nº 1 do art. 1649º continua, indevidamente, a aludir ao suprimento judicial da autorização, quando o suprimento compete ao conservador do registo civil desde a entrada em vigor do DL nº 163/95, de 13 de Julho, que alterou, nomeadamente, os arts. 1604º e 1612º.

declaração de morte presumida (cf. art. 116º), não só porque o matrimónio anterior é dissolvido no preciso momento da celebração do novo casamento mas também porque os prazos do impedimento há muito que decorreram desde a data em que findou a coabitação dos cônjuges.

São várias as razões do prazo internupcial. Na hipótese de viuvez, institui-se um período de luto, conforme às convenções sociais. Nas outras situações, considera-se conveniente que haja um determinado intervalo temporal entre um casamento e outro por razões de decoro social (a sociedade não vê com bons olhos, p.e., o casamento de uma pessoa recém-divorciada que até há pouco vivia com o ex-cônjuge) e de salvaguarda da estabilidade de um eventual segundo casamento (nomeadamente, contra a precipitação de um nubente, que deseje esquecer a situação matrimonial anterior ou esteja demasiado afectado pela extinção do primeiro casamento).

O prazo internupcial mais longo a que está sujeita a mulher funda-se na específica aptidão do corpo feminino para a concepção⁷⁰¹ e destina-se a evitar dúvidas que poderiam surgir sobre a paternidade do filho nascido depois do segundo casamento (a *turbatio sanguinis*). Atendendo ao disposto nos arts. 1826º, 1827º e 1798º, o filho nascido na constância do segundo matrimónio, antes de decorridos 300 dias sobre a dissolução, declaração de nulidade ou anulação do primeiro casamento, presume-se que tem como pai o primeiro marido e o segundo marido da mãe. Apesar de o art. 1834º resolver este problema, é preferível que

⁷⁰¹ Por isso, a previsão de um prazo mais longo para a mulher não viola o princípio constitucional da não discriminação em razão do sexo. Cf., no entanto, TERESA BELEZA, *Mulheres, Direito e crime ou A perplexidade de Cassandra*, Lisboa, s/editora, 1990, pp. 234-235: aqui, a autora sugere que o homem tenha, tal como a mulher, de observar um prazo internupcial de 300 dias, questionando a ideia de que a "igualitarização" só seja legítima pela óptica do tratamento mais favorável.

nem sequer se esboce um tal cenário de conflito de presunções de paternidade. O critério legal que atribui prevalência da presunção quanto ao segundo marido corresponde a um remédio extremo de estabelecimento legal da filiação que não tem o dom de eliminar completamente desconfianças sociais (e do próprio filho ou segundo marido) relativamente à paternidade.

O prazo fica reduzido a 180 dias, desde que a mulher obtenha a declaração de dispensa do prazo internupcial (mais longo) ou tenha tido algum filho depois da dissolução, declaração de nulidade ou anulação do casamento anterior (art. 1605º, nº 2, 1ª parte, necessariamente conjugado com o art. 12º, nº 1, al. c), do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro). A declaração de dispensa do prazo internupcial (mais longo), que compete à conservatória do registo civil (art. 12º, nº 1, al. c), e nº 3º, do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro), pressupõe que a mulher apresente, juntamente com a declaração para casamento, atestado médico de especialista em ginecologia-obstetrícia comprovativo da situação de não gravidez (art. 15º do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro).

Não obstante a falta de previsão legal expressa, há um novo caso de redução do prazo internupcial mais longo desde a entrada em vigor da Lei nº 9/2001, de 31 de Maio. Destinando-se a evitar dúvidas que poderiam surgir sobre a paternidade do filho nascido depois do segundo casamento, o prazo de 300 dias não se aplica à mulher que tenha contraído o primeiro, ou o segundo, casamento com uma pessoa do mesmo sexo.

Quem, homem ou mulher, contrair novo casamento sem respeitar o prazo internupcial perde todos os bens que tenha recebido por doação ou testamento do seu primeiro cônjuge (art. 1650º, nº 1). A violação do impedimento é, portanto, sancionada com a caducidade ou ineficácia superveniente das liberalidades efectuadas pelo primeiro cônjuge.

III.d) O parentesco no terceiro grau da linha colateral, o vínculo da tutela, curatela ou administração legal de bens e o vínculo de adopção restrita são os únicos impedimentos susceptíveis

de dispensa⁷⁰². Note-se que, sendo concedida a dispensa, o casamento passa a ser lícito e as partes que o contraíram não incorrem em nenhuma sanção. Na falta de dispensa, a celebração do casamento pode acarretar para um dos cônjuges uma sanção que se enquadra numa situação de indisponibilidade relativa (art. 1650º, nº 2), similar às que estão previstas nos arts. 2192º a 2198º (artigos aplicáveis às doações nos termos do art. 953º).

O parentesco no terceiro grau da linha colateral obsta ao casamento entre tios e sobrinhos. Nos termos da parte final do art. 1686º, nº 1, que ressalva o disposto nos art. 1604º, a proibição aplica-se ao casamento daquele que foi adoptado plenamente e seus descendentes com tios e sobrinhos biológicos. Abstraindo do caso excepcional da adopção plena, este impedimento impediante só existe quanto ao parentesco legalmente constituído e subsistente: o princípio do art. 1797º, nº 1, é plenamente aplicável, na falta de disposições similares às do art. 1603º ou 1986º, nº 1. Ao abrigo do art. 1986º, nº 1, primeira parte, o impedimento do parentesco do terceiro grau na linha colateral, que foi pensado para a família biológica, é alargado, com as devidas adaptações, à família adoptiva, pelo que, p.e., aquele que foi adoptado plenamente não pode casar com uma irmã do adoptante. Como já se observou⁷⁰³, o adoptado plenamente e seus descendentes estão sujeitos a uma duplicação dos impedimentos matrimoniais relativos derivados de ligações familiares.

A infracção do impedimento do parentesco do terceiro grau na linha colateral importa para o tio ou tia a incapacidade para receber da sobrinha ou sobrinho, com quem casou, qualquer benefício por doação ou testamento (art. 1650º, nº 2). Todavia, a sanção não será aplicada, no caso de adopção plena, se se tratar de parentesco (natural) não detectado no processo preliminar de casamento (cf. art. 1987º).

⁷⁰² Cf., *supra*, Parte III, nº 3.2. I.

⁷⁰³ Cf., *supra*, Parte III, nº 3.2. II.

O vínculo de tutela, curatela ou administração legal de bens obsta ao casamento do incapaz com o tutor, curador ou administrador, ou seus parentes ou afins na linha recta, irmãos, cunhados ou sobrinhos, enquanto não tiver decorrido um ano sobre o termo da incapacidade e não estiverem aprovadas as respectivas contas, se houver lugar à prestação delas (art. 1608º). A violação da proibição de casar é sancionada com uma indisponibilidade relativa que implica a nulidade das liberalidades feitas em favor do tutor, curador ou administrador ou seus parentes ou afins na linha recta, irmãos, cunhados ou sobrinhos, pelo seu consorte (cf. art. 1650º, nº 2).

O âmbito do impedimento do vínculo de adopção restrita é concretizado pelo art. 1607º. Não é permitido o casamento do adoptante, ou seus parentes na linha recta, com o adoptado ou seus ascendentes (al. a)); do adoptado com o que foi cônjuge do adoptante (al. b)); do adoptante com o que foi cônjuge do adoptado (al. c)); dos filhos adoptivos da mesma pessoa, entre si (al. d)). Esclareça-se que a al. d), quando alude aos filhos adoptivos, abrange apenas as situações em que os cônjuges tenham sido adoptados restritamente pela mesma pessoa (o art. 1607º sempre que se refere à adopção tem em vista exclusivamente a adopção restrita). Se ambos tiverem sido adoptados pela mesma pessoa, mas um tiver sido plenamente e o outro restritamente, aplica-se a al. a) do art. 1607º, *ex vi* do art. 1986º, nº 1, primeira parte (que equipara o adoptado plenamente a um parente, no 1º grau da linha recta, do adoptante).

A consequência da celebração do casamento com este impedimento é a nulidade das liberalidades feitas pelo adoptado restritamente, ou por aquele que foi cônjuge do adoptado, em favor do seu cônjuge, excepto se o último tiver sido adoptado restritamente pela mesma pessoa, caso em que não há sanção (cf. art. 1650º, nº 2, que não cobre a hipótese da al. d) do art. 1607º).

III.e) Por fim, há que considerar dois impedimentos sem sanção, um previsto no art. 1604º, al. f) e outro no art. 1589º, nº 2.

Nos termos do art. 1604º, al. f), é impedimento impediante a pronúncia do nubente pelo crime de homicídio doloso, ainda que consumado, enquanto não houver despronúncia ou absolvição por decisão passada em julgada. Na sequência das alterações ocorridas com a aprovação do Código de Processo Penal em 1987 (que foram ignoradas nas modificações posteriores do Código Civil⁷⁰⁴), impõe-se uma interpretação actualista do preceito. Actualmente, a abertura da instrução é facultativa e foi eliminado o despacho de despronúncia. Por conseguinte, é de entender que o impedimento existe quando haja pronúncia pelo crime ou, na ausência de instrução, quando haja “despacho do juiz que, confirmando ou consolidando a acusação, marca dia para a audiência”⁷⁰⁵ de julgamento (cf. arts. 312º e 313º do CPP). E o impedimento só cessa com o trânsito em julgado da sentença absolutória.

O art. 1589º, nº 2, não permite o casamento civil de duas pessoas unidas entre si por matrimónio católico anterior não dissolvido, o que configura um impedimento impediante (por não vir tipificado como dirimente: cf. art. 1627º), inominado e relativo.

3.3. Consentimento

1. Os requisitos do consentimento matrimonial.

1.a) O contrato de casamento exige o mútuo consentimento das partes, que tem de ser exteriorizado no próprio acto (art. 1617º, que consagra o princípio da actualidade do consentimento matrimonial). O art. 1619º estabelece o princípio do carácter

⁷⁰⁴ P.e., o DL nº 163/95, de 13 de Julho, deu uma nova redacção apenas à al. a) do art. 1604º.

⁷⁰⁵ PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 275.

pessoal do consentimento, do qual resulta a necessidade de a vontade de contrair matrimónio ser manifestada pelos próprios nubentes. A representação só é lícita nos termos em que a lei admite o instituto do casamento por procuração. O casamento em cuja celebração tenha faltado a declaração da vontade de um ou ambos os nubentes, ou do procurador de um deles, é juridicamente inexistente (art. 1628º, al. c)).

O consentimento matrimonial deve ser puro e simples, como decorre do art. 1618º. A vontade de contrair casamento importa aceitação de todos os efeitos legais do matrimónio, excepto daqueles que podem ser objecto de convenção antenupcial (cf. art. 1698º). As estipulações dos nubentes que pretendam modificar os efeitos injuntivos do casamento ou submetê-lo a condição, a termo ou à preexistência de algum facto, são irrelevantes, considerando-se que o casamento é válido como se tivesse sido puro e simples o consentimento prestado.

À declaração, prestada pelas partes na cerimónia de casamento, deve estar subjacente a vontade de contrair matrimónio, o que pressupõe a existência de uma vontade negocial e a coincidência entre a vontade e a declaração. Além disso, a vontade deve ser livre e esclarecida. A lei presume que à declaração de vontade, no acto de celebração, corresponde uma vontade de casar e uma vontade que não está viciada por erro ou coacção (art. 1634º). As matérias da falta de vontade negocial, da divergência entre a vontade e a declaração, do erro-vício e da coacção moral serão retomadas em divisões autónomas.

1.b) O casamento por procuração constitui uma excepção ao princípio do carácter pessoal do consentimento.

É lícita a representação por procurador de um, e apenas um, dos nubentes na celebração do casamento (cf. arts. 1619º e 1620º, nº 1). Se ambos os nubentes se fizerem representar por procurador, o casamento é inexistente, nos termos do art. 1628º, al. c).

A procuração para casamento ou *ad nuptias* tem de ser outorgada por documento autenticado, instrumento público ou por documento escrito e assinado pelo representado, com reconhecimento presencial da assinatura (cf. art. 43º, nº 2, do CRC). A inobservância da forma determina a nulidade da procuração (art. 220º), que não chega a conferir quaisquer poderes de representação. O casamento celebrado com base em tal procuração é inexistente, aplicando-se, por igualdade ou maioria de razão, o disposto no art. 1628º, al d) (na parte que alude à procuração nula por falta de concessão de poderes especiais).

A procuração *ad nuptias* deve conter poderes especiais para o acto, a designação expressa do outro nubente e a indicação da modalidade do casamento (art. 1620º, nº 2). A procuração que não contenha poderes especiais para o acto ou a designação expressa do outro nubente é nula, sendo inexistente o casamento que venha a ser celebrado ao abrigo da mesma (art. 1628º, al. d)). No caso de ser contraído casamento por procuração que não indique a modalidade de casamento, atendendo ao princípio da tipicidade (delimitativa) das causas de inexistência jurídica ou de anulabilidade, constante do art. 1627º, ocorre uma mera irregularidade que não prejudica nem a existência nem a validade *stricto sensu* do casamento.

Os aspectos de regime apontados, bem como o facto de ser inexistente o casamento contraído por intermédio do procurador, quando a procuração não tenha sido outorgada por quem nela figura como constituinte (art. 1628º, d)), mostram que o instituto do casamento por procuração não representa afinal uma excepção muito ampla ao princípio do carácter pessoal do consentimento, uma vez que a intervenção decisória do próprio nubente é suficientemente garantida na passagem da procuração. Afinal é ele, e não o procurador, que determina que será celebrado casamento e que identifica o outro contraente.

Apesar da margem decisória do constituinte, que limita o papel do procurador *ad nuptias*, este é um verdadeiro representante

(embora com escassos poderes) e não um mero nuncio⁷⁰⁶. Se o procurador não passasse de um simples nuncio, seria estranho que se não tivesse admitido a celebração do casamento sem a presença física de contraentes e procuradores (p.e., por carta). A imposição legal da presença física do procurador, em substituição de um nubente, é razoável no pressuposto de que àquele assiste a liberdade de não conclusão do matrimónio em situações extremas (v.g., se o casamento for inválido ou se, após a outorga da procuração, se produzirem ou descobrirem circunstâncias que, provavelmente, levariam o constituinte a desistir da pretensão matrimonial).

I.c) A procuração *ad nuptias* extingue-se pela revogação ou pela caducidade (art. 1621º). É inexistente o casamento contraído por intermédio de procurador, depois da revogação ou caducidade da procuração (art. 1618º, al. d)).

A revogação pode ser feita a qualquer altura até ao momento da celebração do casamento e põe termo aos efeitos da procuração no preciso momento em que é realizada, não dependendo a sua eficácia extintiva do conhecimento da revogação pelo procurador. No entanto, o constituinte é responsável pelo prejuízo que causar se, por culpa sua, não fizer a revogação a tempo de evitar a celebração do casamento.

A procuração caduca com a morte do constituinte ou do procurador, ou com a interdição ou inabilitação de qualquer deles em consequência de anomalia psíquica.

II. Falta de vontade negocial e divergências entre a vontade e a declaração.

⁷⁰⁶ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* pp. 228-230.

O casamento é anulável, por falta de vontade negocial, nos casos em que falte consciência do acto ou em que a declaração de casar tenha sido extorquida por coacção física (als. a) e c), respectivamente, do art. 1635°).

Qualquer causa de falta de consciência do acto é relevante para efeitos de anulação do casamento, designadamente a incapacidade acidental (expressamente prevista no art. 1635°, al. a)) e o erro na declaração que não recaia sobre a identidade física do outro contraente. O casamento é também anulável por erro acerca da identidade física do outro contraente (art. 1635°, al. b)).

Outra situação de divergência entre a vontade e a declaração que fundamenta a anulação do casamento é a simulação (art. 1635°, al. d)), a que é equiparada a reserva mental de um nubente conhecida do outro (art. 244°, nº 2, 2ª parte). Para a divergência intencional entre a vontade e a declaração constituir fundamento de anulação, é indispensável que não haja a vontade de assumir a obrigação de plena comunhão de vida, que as partes recusem a totalidade dos efeitos essenciais do casamento (simulação *total*). Se, p.e., os nubentes declararem casar, tendo previamente combinado que não estarão vinculados ao dever de fidelidade, o casamento é válido: está-se perante simulação *parcial*, a que se aplica o art. 1618° e não o art. 1635°, al. d).

A anulação por simulação pode ser requerida pelos próprios cônjuges ou por quaisquer pessoas prejudicadas pelo casamento (art. 1640°, nº 1). Nos restantes casos previstos no art. 1635°, a acção só pode ser proposta pelo cônjuge cuja vontade faltou ou não coincidiu com a declaração; se ele falecer na pendência da causa, podem prosseguir na acção os seus parentes, afins na linha recta, herdeiros ou adoptantes (art. 1640°, nº 2).

A acção de anulação por falta de vontade negocial ou divergência entre a vontade e a declaração só pode ser proposta dentro dos três anos subsequentes à celebração do casamento ou, se o casamento era ignorado do requerente (pessoa prejudicada pelo casamento simulado ou nubente que não teve consciência do

acto em que participava), nos seis meses seguintes ao momento em que dele teve conhecimento (art. 1644°).

III. Erro-vício e coacção moral.

III.a) O casamento celebrado com a vontade viciada por erro é anulável nos termos do art. 1636°. Para ser relevante enquanto causa de anulabilidade, o erro tem de recair sobre as qualidades essenciais da pessoa do outro cônjuge, tem de ser desculpável e essencial. É indiferente se o erro-vício é simples ou qualificado por dolo.

Qualidade essencial é a qualidade de uma pessoa que, em abstracto, seja idónea para determinar o consentimento matrimonial (p.e., a impotência). A desculpabilidade significa que se não pode tratar de um erro em que teria caído uma pessoa normal, nas circunstâncias do caso.

É preciso que o erro seja objectivamente essencial: só releva uma qualidade em concreto que, a ser conhecida, tornaria legítima a não celebração do casamento, à luz da consciência social dominante. Tem de se verificar igualmente a essencialidade subjectiva: é indispensável a prova de que a parte que está em erro não teria celebrado o erro se tivesse uma representação correcta da realidade.

III.b) Até à entrada em vigor da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, a propriedade constituía um requisito do erro-vício enquanto causa de anulação do casamento. Embora não constasse da letra do art. 1636°, resultava dos princípios gerais sobre concurso de normas.

A generalidade da doutrina⁷⁰⁷ considerava que o erro era próprio quando não recaísse sobre qualquer condição *de validade ou*

⁷⁰⁷ P.e., PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 242, e ANTUNES VARELA, *DF* p. 278.

existência do casamento, defendendo que, se, p.e., um dos cônjuges supunha erradamente que o outro já tinha atingido a idade nupcial, o casamento seria anulável por virtude do impedimento dirimente e não do erro.

Contra a generalidade da doutrina, escreveu-se em edição anterior destas lições⁷⁰⁸ que: “o erro só será impróprio quando recair sobre uma qualidade que constitua causa de inexistência do casamento, isto é, se o nubente supunha que se casava com alguém do sexo oposto. Nesta hipótese, em que o casamento é inexistente (art. 1628º, al. e)), não se justifica instaurar de uma acção de anulação com fundamento no erro.”

Ora, com a Lei nº 9/2010, de 31 de Maio (que revogou o art. 1628º, al. e)), desapareceu a única situação configurável de erro impróprio.

Se o erro recair sobre uma circunstância correspondente a um impedimento dirimente (v.g., um dos cônjuges pensava que o outro já não era casado ou que já tinha atingido a idade nupcial), cabe à vítima optar pelo regime do erro ou pelo regime do impedimento dirimente. As normas sobre o erro não são consumidas pelas normas sobre os impedimentos dirimentes: o desvalor é idêntico (anulabilidade) e o prazo para anular com fundamento no impedimento dirimente pode ter terminado antes do prazo para anular com fundamento em erro-vício⁷⁰⁹.

⁷⁰⁸ DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 431.

⁷⁰⁹ P.e., A casa-se com B em Janeiro de 2007, ignorando que esta tinha idade inferior a 16 anos. B completa os 18 anos de idade em Dezembro de 2009. Em Agosto de 2010, A descobre que B tinha 15 anos de idade à data do casamento. Começa então a correr o prazo para a anulação com base em erro-vício (art. 1645º), mas já passou o prazo para a anulação fundada na falta de idade nupcial (cf. art. 1643º, nº 1, a)).

Por outras palavras, agora, qualquer erro é sempre próprio, pelo que perdeu interesse a inclusão da propriedade entre os requisitos desta causa de anulação do casamento.

III.c) O casamento celebrado sob coacção moral é anulável, desde que seja grave o mal com que o nubente é ilicitamente ameaçado, e justificado o receio da sua consumação (art. 1638º, nº 1). Os requisitos da coacção moral, no casamento, são idênticos aos estabelecidos no regime geral da coacção moral proveniente de terceiro (cf. art. 256º), ainda que o acto destinado a extorquir a declaração de casar seja praticado pelo nubente e não por terceiro.

De acordo com o art. 1638º, nº 2, a exploração da situação de necessidade que, na parte geral, corresponde a uma manifestação tipificada de negócio usurário (cf. art. 282º, nº 1), é equiparada à coacção moral.

III.d) A anulação fundada em erro ou coacção só pode ser pedida pelo cônjuge cuja vontade foi viciada; se ele falecer na pendência da causa, podem prosseguir na acção os seus parentes, afins na linha recta, herdeiros ou adoptantes (art. 1641º). A acção caduca, se não for instaurada dentro dos seis meses subsequentes à cessação do estado de erro ou coacção (art. 1645º).

4. Formalidades do casamento civil

4.1. A solenidade do casamento

I. A celebração do casamento está sujeita a formalidades estabelecidas na lei (cf. art. 1615º). Mas as formalidades do casamento não se cingem à respectiva cerimónia. É usual distinguir-se entre as formalidades preliminares, que antecedem a cerimónia, as formalidades de celebração e as formalidades subsequentes, correspondentes ao registo.

II. As formalidades variam consoante a modalidade e a forma do casamento, bem como consoante o local de celebração e a nacionalidade dos nubentes. Recorde-se que, quanto à modalidade, o casamento é civil ou católico. O casamento civil pode ser celebrado por forma civil ou por forma religiosa. Segundo outra classificação das formas do casamento (aplicável ao casamento civil celebrado por forma civil, ao casamento civil celebrado por forma religiosa e ao casamento católico), este pode ser comum ou urgente. No que respeita ao local de celebração, o casamento pode ter sido celebrado em Portugal ou no estrangeiro. Por fim, no campo das formalidades, é susceptível de relevar a nacionalidade dos nubentes: ambos portugueses, um deles português e outro estrangeiro ou ambos estrangeiros.

Na perspectiva do Direito da Família, é paradigmático o casamento civil sob forma civil, comum (não urgente), celebrado em Portugal entre cidadãos portugueses, cujas formalidades, com excepção do registo, serão estudadas em 4.2., o número seguinte. O nº 4.3. será reservado à matéria do registo do casamento em geral e do registo daquele categoria de casamento que foi referida como sendo paradigmática. Em seguida (nºs 4.4. e 4.5.) serão objecto de atenção as formalidades do casamento civil sob forma religiosa, comum (não urgente), e do casamento civil urgente, celebrados em Portugal entre cidadãos portugueses. O nº 4.6. é dedicado ao casamento de portugueses no estrangeiro e de estrangeiros em Portugal. As formalidades do casamento católico (comum ou urgente) serão consideradas no nº 5.

4.2. Formalidades do casamento civil celebrado por forma civil

I. As formalidades preliminares do casamento civil sob forma civil, comum (não urgente), integram o processo preliminar de casamento, regulado pelos arts. 134º-145º do CRC e pelos arts. 1610º-1614º. O casamento celebrado sem precedência do processo preliminar de casamento é válido, mas considera-se

contraído sob o regime imperativo da separação de bens (art. 1720º, nº 1, al. a)).

O processo preliminar de casamento destina-se à verificação da inexistência de impedimentos (art. 1610º), é organizado por qualquer conservatória do registo civil (cf. art. 134º do CRC) e inicia-se com a declaração para casamento.

Na declaração para casamento, que é feita pelos nubentes, pessoalmente ou por intermédio de procurador, numa conservatória do registo civil, eles comunicam a sua intenção de contrair matrimónio e requerem a instauração do processo de casamento (art. 135º do CRC). A declaração deve constar de documento com aposição do nome do funcionário do registo civil ou de documento assinado pelos nubentes e apresentado pessoalmente, pelo correio ou por via electrónica⁷¹⁰ (art. 136º, nº 1, do CRC); deve conter os elementos indicados no art. 136º, nº 2, do CRC, e ser instruída com documentos de identificação dos nubentes e com a certidão da escritura de convenção antenupcial, caso tenha sido celebrada (art. 137º, nº 1, do CRC).

Na sequência da declaração para casamento é imediata e oficiosamente consultada a base de dados do registo civil, sendo integrados na base de dados os documentos que se mostrem necessários, de forma a comprovar, nomeadamente, os registos de nascimento dos nubentes (art. 137º, nº 4, do CRC).

A parte da declaração para casamento que contém a identificação dos nubentes (e os elementos mencionados nas alíneas b), c) e g) do nº 2 do art. 136º do CRC) é pública, publicidade que é garantida pelo direito à obtenção de cópia (art. 140º do CRC).

⁷¹⁰ A apresentação da declaração por via electrónica está submetida ao disposto na Portaria nº 645/2009, de 17 de Junho, que regulamenta os pedidos *online* de actos e processos de registo civil. O primeiro acto de registo civil que se tornou possível efectuar por via electrónica num sítio na *internet* foi curiosamente o pedido *online* de processo de casamento (cf. o preâmbulo da referida portaria e da Portaria nº 145/2010, de 10 de Março).

Nos termos do art. 143º, nº 1, do CRC, compete ao conservador verificar a identidade e capacidade matrimonial dos nubentes, podendo colher informações junto de autoridades, exigir prova testemunhal ou documental complementar e convocar os nubentes ou os seus representantes legais.

Efectuadas as diligências necessárias, deve o conservador, no prazo de um dia a contar da última diligência, proferir despacho final a autorizar os nubentes a celebrar o casamento ou a mandar arquivar o processo (art. 144º, nº 1, do CRC).

A marcha do processo preliminar de casamento sofre alterações se, até à celebração do casamento, for deduzido algum impedimento ou a existência deste chegar, por qualquer forma, ao conhecimento dos funcionários do registo civil: o andamento do processo é suspenso até que o impedimento cesse, seja dispensado ou julgado improcedente por decisão judicial (arts. 142º do CRC e 1611º, nº 3).

A existência de impedimentos pode ser declarada por qualquer pessoa até ao momento da celebração do casamento, sendo a declaração obrigatória para o Ministério Público e para os funcionários do registo civil logo que tenham conhecimento do impedimento (arts. 142º, nº 1, do CRC, e 1611º, nºs 1 e 2). A simples declaração do impedimento obsta à celebração do casamento, enquanto não for julgada improcedente ou sem efeito (art. 245º, nº 3, do CRC), e determina a abertura do processo de impedimento do casamento, regulado nos arts. 245º-252º do CRC. Se o impedimento for considerado procedente, o processo preliminar de casamento é arquivado. Se a declaração de impedimento ficar sem efeito, por falta de apresentação atempada dos meios de prova (cf. art. 246º, nº 1, do CRC), ou for julgada improcedente, prossegue o processo preliminar.

II. Lavrado o despacho final a autorizar a realização do casamento, este deve celebrar-se dentro dos seis meses seguintes (art. 1614º)⁷¹¹. As formalidades da celebração do casamento civil estão previstas nos arts. 153º-155º, do CRC, e 1615º-1616º. O dia, hora e local da celebração são acordados entre os nubentes e o conservador (art. 153º, nº 1, do CRC); qualquer conservador do registo civil é competente para a celebração do casamento, independentemente de qual venha a ser o local de realização da cerimónia (art. 153º, nº 2, do CRC).

É indispensável para a celebração do casamento a presença dos nubentes, ou de um deles e do procurador do outro, bem como do conservador (art. 1616º, als. a) e b)). A ausência de de um ou ambos os contraentes, ou do procurador de um deles, implica a inexistência do casamento (art. 1628º, al. c)). A ausência do conservador determina também a mesma consequência (art. 1628º, al. a)), a não ser que o casamento tenha sido realizado perante quem, não tendo competência funcional para o acto, exercia publicamente as respectivas funções, salvo se ambos os nubentes conheciam, no momento da celebração, a falta daquela competência (art. 1629º).

É obrigatória a presença de duas testemunhas sempre que a identidade de qualquer dos nubentes ou do procurador não possa ser confirmada por uma das formas previstas no art. 154º, nº 3, do CRC (v.g., exibição dos respectivos bilhetes de identidade). O casamento celebrado sem a presença das testemunhas, quando obrigatória, é anulável (art. 1631º, al. c)). Mas a acção de anulação só pode ser proposta pelo Ministério Público (art. 1642º) e dentro do ano posterior à celebração do casamento (art. 1646º). O casamento é convalidado se, antes de transitar em julgado a sentença de anulação, não havendo dúvidas sobre

⁷¹¹ Se o casamento não for celebrado no prazo referido, o processo preliminar de casamento pode ser revalidado nos termos do art. 145º do CRC.

a celebração do acto, o conservador reconhecer que a falta de testemunhas é devida a circunstâncias atendíveis (art. 1633º, nº 1, al. d)).

A celebração do casamento é pública (art. 1615º) e consiste numa cerimónia cujas formalidades estão reguladas no art. 155º do CRC. Às pessoas que se encontram no local é concedida uma última oportunidade de denunciarem eventuais impedimentos matrimoniais. Depois de referir os direitos e deveres dos cônjuges, previstos no Código Civil, o conservador pergunta a cada um dos nubentes se aceita o outro por consorte. Os nubentes manifestam o seu consentimento respondendo, sucessiva e claramente, “É de minha livre vontade casar com F.” [indicando o nome completo do outro nubente]”. Prestado o consentimento dos contraentes, considera-se celebrado o matrimónio. E então o conservador proclama, em voz alta: “Em nome da lei e da República Portuguesa, declaro F. e F. [indicando os nomes completos dos cônjuges⁷¹²], unidos pelo casamento.”

Do art. 155º do CRC resulta que o contrato de casamento adopta uma forma oral⁷¹³ particularmente solene.

⁷¹² Esta proclamação adapta a que se encontra no nº 2 do art. 155º do CRC (ao abrigo do art. 5º da Lei nº 9/2010, de 31/5). Neste preceito, lê-se: “Prestado o consentimento dos contraentes, o conservador diz, em voz alta, de modo a ser ouvido por todos os presentes: «Em nome da lei e da República Portuguesa, declaro F. e F. [indicando os nomes completos de *marido e mulher*] unidos pelo casamento.»”. O itálico é nosso. A disposição citada conserva a redacção anterior à Lei nº 9/2010, tendo, por isso, em vista apenas o casamento de pessoas de sexo diferente. No caso de casamento entre pessoas do mesmo sexo, o conservador indicará os nomes completos de cada um dos maridos ou de cada uma das mulheres, consoante os dois contraentes sejam do sexo masculino ou feminino.

⁷¹³ Mas as pessoas mudas podem contrair casamento civil comum ao abrigo do disposto no art. 41º do CRC.

4.3. O registo do casamento

I. As formalidades subsequentes à celebração do casamento traduzem-se no registo civil.

O art. 1651º indica quais os casamentos que estão sujeitos a registo. O nº 1 enumera os casamentos que têm de ser obrigatoriamente registados, entre os quais se incluem os casamentos celebrados em Portugal (comuns ou urgentes, civis ou católicos, civis sob forma civil ou religiosa). O nº 2 admite o registo de quaisquer outros casamentos que não contrariem a ordem pública internacional do Estado português, a requerimento de quem mostre legítimo interesse.

II. O registo civil do casamento consiste no assento, que é lavrado por inscrição ou transcrição (art. 1652º) em suporte informático (cf. art. 14º do CRC). O assento lavrado por inscrição é um registo directo do acto de casamento. O assento lavrado por transcrição é um registo que tem por base o assento da cerimónia feito uma entidade que não desempenha funções de registo civil.

São lavrados por inscrição os assentos de casamento civil não urgente celebrado por forma civil em território português ou realizado no estrangeiro perante agente diplomático ou consular português (art. 52º, al. e), do CRC).

São lavrados por transcrição os restantes assentos de casamento (art. 53º, nº 1, als. b), c), d) e e), do CRC)⁷¹⁴.

O assento de casamento civil não urgente celebrado em Portugal por forma civil deve ser lavrado e lido em voz alta pelo funcionário, que nele apõe o seu nome, logo após a celebração (art. 180º, nº 1, do CRC). Este assento deve conter os elementos mencionados nos arts. 55º e 181º do CRC.

⁷¹⁴ Com excepção dos casamentos católicos celebrados entre cônjuges já vinculados por casamento civil não dissolvido (art. 53º, nº 2, do CRC), que são averbados aos assentos do casamento civil (art. 1589º, nº 1).

III. Efectuado o registo, os efeitos civis do casamento retrotraem-se à data da celebração do acto (art. 1670º, nº 1). O princípio da retroactividade não afecta os direitos de terceiros que sejam compatíveis com os direitos e deveres de natureza pessoal dos cônjuges e dos filhos, a não ser que, tratando-se de registo por transcrição, esta tenha sido feita dentro dos sete dias subsequentes à celebração (art. 1670º, nº 2).

À semelhança de qualquer outro facto sujeito a registo civil obrigatório (cf. art. 2º do CRC), o casamento cujo registo é obrigatório não pode ser invocado enquanto não for lavrado o respectivo assento, sem prejuízo das excepções previstas na lei. Uma das excepções à inatendibilidade do casamento não registado figura no art. 1601º, al c): o casamento cujo assento não foi lavrado no registo civil obsta à celebração de novo matrimónio. Outra é a que se extrai do art. 1653º, nº 1: no processo destinado a suprir a omissão do seu próprio registo, é admissível a invocação do casamento.

A natureza do registo obrigatório de casamento é igual à do registo civil obrigatório de outros factos (cf. art. 3º do CRC). O registo não condiciona a existência, nem a validade, mas a prova do casamento⁷¹⁵. Em princípio, os únicos meios de prova legalmente admitidos do acto são o acesso à base de dados do registo civil e a certidão extraída do assento (art. 211º, nº 1, do CRC).

⁷¹⁵ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF I* pp. 286-287. Diversamente, PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* p. 36, que atribui ao registo do casamento uma eficácia mais do que probatória: "a ininvocabilidade dos actos sujeitos a registo, mas não registados, melhor se configura com uma verdadeira eficácia constitutiva desse mesmo registo, porque, a não ser assim, o acto deveria e poderia relevar ao menos entre as partes" (cf. art. 1669º).

4.4. Formalidades do casamento civil celebrado por forma religiosa

O casamento civil celebrado por forma religiosa observa as formalidades da própria religião, visíveis, nomeadamente, na cerimónia do casamento, e formalidades civis. No Direito da Família, interessa conhecer apenas as formalidades civis, que não podem ser preteridas em benefício das religiosas.

O art. 19º da Lei da Liberdade Religiosa (Lei nº 16/2001, de 22 de Junho) refere-se às formalidades civis do casamento civil por forma religiosa, comum, celebrado em Portugal, perante o ministro do culto de uma igreja ou comunidade religiosa radicada no país. O ministro do culto deve ser nacional de Estado membro da União Europeia ou, não o sendo, ter autorização de residência em Portugal (nº 1).

O processo preliminar de casamento corre na conservatória do registo civil. A declaração para casamento, que o inicia, pode ser prestada na conservatória pelos nubentes, pessoalmente ou por intermédio do procurador, com indicação da forma religiosa e do ministro do culto credenciado para o acto, ou pelo ministro de culto, mediante requerimento por si assinado (art. 16º, nº 2, da Lei da Liberdade Religiosa); e pode ainda ser prestada pelo ministro do culto ou comunidade religiosa radicada no país, mediante requerimento por si assinado (art. 135º, nº 4, do CRC).

Findo o processo preliminar de casamento, sem que se tenha verificado a existência de impedimentos, o conservador autoriza o casamento e passa o respectivo certificado, nos termos dos arts. 146º e 147º CRC. O certificado para casamento deve conter menção de que os nubentes têm conhecimento do disposto nos arts. 1577º (noção de casamento), 1600º (regra geral sobre a capacidade matrimonial, 1671º (princípio da igualdade dos cônjuges) e 1672º (deveres dos cônjuges), o que ilustra bem o peso destas regras no Direito Civil Matrimonial. O certificado deve conter também o nome e a credenciação do ministro do culto. O certificado é remetido oficiosamente ao ministro do culto.

Se, posteriormente, o conservador tomar conhecimento de impedimentos, deve comunicar o facto ao ministro do culto, a fim de que seja sustada a celebração do casamento (art. 148º, nº 1, do CRC).

Com o certificado para casamento em seu poder, e não havendo comunicação do conhecimento superveniente de impedimentos, o ministro do culto pode então celebrar o casamento. É indispensável para a celebração a presença dos contraentes, ou de um deles e do procurador do outro; do ministro do culto, devidamente credenciado; e de duas testemunhas (art. 16º, nº 4, da Lei da Liberdade Religiosa). Ao contrário do que acontece no casamento civil sob forma civil, é sempre obrigatória a presença de duas testemunhas. As consequências da violação das regras sobre as pessoas cuja presença é indispensável são as mesmas que estão previstas para o casamento civil sob forma civil, aplicando-se, no caso de ausência de ministro do culto devidamente credenciado, os arts. 1628º, al. a), e 1629º, com as adequadas adaptações. A propósito, esclareça-se que, como resulta do sistema matrimonial adoptado⁷¹⁶, o casamento civil por forma religiosa está, em geral, subordinado ao regime que o Código Civil fixa para o casamento civil. *V.g.*, em matéria de requisitos de fundo. É assim que, p.e., o casamento civil por forma religiosa contraído com o impedimento da afinidade na linha recta (art. 1602º, al. c)) é anulável, nos termos dos arts. 1631º, al. a), 1639º, nº 1, e 1643º, nº 1, a), e nº 2. A anulabilidade terá de ser reconhecida em acção especialmente intentada para esse fim (art. 1632º) nos tribunais do Estado português.

Após a celebração do casamento civil por forma religiosa, o ministro do culto deve lavrar imediatamente o assento e enviar à conservatória competente, dentro do prazo de três dias, o duplicado do assento (arts. 187º-A e 187º-B do CRC). O

conservador deve efectuar a transcrição do duplicado no prazo de um dia e comunicá-la ao ministro do culto até ao termo do dia imediato àquele em que foi feita (art. 187º-C, nº 2, do CRC⁷¹⁷).

Tal como acontece com o casamento católico (cf. art. 174º, nº 1, al. d), do CRC), o conservador deve recusar a transcrição do casamento civil por forma religiosa se, no momento da celebração, for oponível a este matrimónio algum impedimento dirimente (art. 187º-C, nº 3). No entanto, a recusa da transcrição do casamento católico com fundamento em impedimento dirimente traduz-se num instrumento de garantia do respeito das regras fundamentais sobre os impedimentos consagrados na lei civil, concebido para suprir a insusceptibilidade de anulação do casamento católico⁷¹⁸. Em contraste, o casamento civil por forma religiosa é, ao invés, passível de invalidação nos tribunais do Estado português.

4.5. Casamento urgente

I. O casamento civil urgente sob forma civil é aquele cuja celebração é permitida independentemente do processo preliminar de casamento e sem a intervenção do funcionário do registo civil (cf. art. 1622º, nº 1). Mas também é reconhecida eficácia civil ao casamento católico urgente, que é aquele que pode celebrar-se independentemente do processo preliminar de casamento e de passagem de certificado para casamento (cf. art. 1599º, nº 1). Apesar de o art. 1590º aludir somente ao casamento urgente sob forma civil ou católico, é admissível o casamento civil urgente sob forma religiosa, nas mesmas condições em que é permitido

⁷¹⁷ O preceito do CRC foi introduzido pelo DL nº 324/2007, de 28 de Setembro, pelo que revoga o art. 19º, nº 6, da Lei da Liberdade Religiosa, que concedia ao conservador o prazo de dois dias para efectuar a transcrição.

⁷¹⁸ Cf., *infra*, Parte III, nº 5.1.

o casamento católico. Para identificar a espécie de casamento urgente, é importante apurar se foi celebrado com a intervenção de funcionário do registo civil, de ministro da Igreja Católica ou de ministro de outro culto. Na ausência de qualquer uma destas entidades, aplica-se, directa e analogicamente, o art. 1590º: o casamento é havido como católico, civil sob forma civil ou civil sob forma religiosa, “segunda a intenção das partes, manifestada expressamente ou deduzida das formalidades adoptadas, das crenças dos nubentes ou de quaisquer outros elementos”.

O casamento civil urgente celebrado em Portugal está sujeito a requisitos de fundo e formalidades, que são comuns à forma civil e religiosa.

II. São requisitos de fundo do casamento urgente o fundado receio da morte próxima de algum dos nubentes ou iminência de parto (art. 1622º, nº 1).

III. Comparando com o casamento civil comum, as formalidades do casamento civil urgente são distintas, em alguns casos simplificadas. As principais especialidades são as seguintes: desnecessidade da precedência do processo preliminar de casamento; na celebração do casamento urgente, dispensa-se a presença do conservador do registo civil, ou do ministro de culto, e é obrigatória a presença de quatro testemunhas; há uma fase de formalidades subsequentes à celebração, a fase da homologação, que é prévia à do registo.

As formalidades preliminares do casamento urgente resumem-se à proclamação oral ou escrita de que vai celebrar-se o casamento, feita, à porta da casa onde se encontram os nubentes, por qualquer das pessoas presentes (art. 156º, al. a), do CRC). O casamento celebra-se com a declaração expressa do consentimento de cada um dos nubentes perante quatro testemunhas, duas das quais não podem ser parentes sucessíveis dos nubentes (art. 156º, al. b), do CRC). Em seguida, é redigida uma acta do casamento, assinada

por todos os intervenientes que saibam e possam fazê-lo (art. 156º, al. c), do CRC).

Apresentada a acta do casamento, o conservador decide se o casamento deve ser homologado (art. 1623º, nº 1). Se não tiver já corrido, o processo preliminar de casamento é organizado oficiosamente e a decisão sobre a homologação será proferida no despacho final desse processo (art. 1623º, nº 2). As causas justificativas da não homologação são referidas no art. 1624º, nº 1: não verificação dos requisitos do fundado receio de morte próxima ou iminência de parto; inobservância das formalidades prescritas para a celebração do casamento urgente; indícios sérios de serem supostos ou falsos esses requisitos ou formalidades; impedimento dirimente; se o casamento tiver sido considerado como católico e, como tal, se encontrar transcrito.

O casamento civil urgente não homologado é juridicamente inexistente (art. 1628º, al. b)). Os cônjuges ou seus herdeiros, bem como o Ministério Público podem recorrer do despacho do conservador que recusar a homologação para o tribunal, a fim de ser declarada a validade *lato sensu* do casamento (art. 1624º, nº 3; art. 292º do CRC).

O casamento urgente considerado como católico pelas autoridades eclesiásticas e, como tal, transcrito é inexistente *enquanto casamento civil*. Mas produz todos os efeitos civis próprios de um casamento católico.

O registo do casamento civil urgente homologado é lavrado por transcrição (art. 53º, al. c), do CRC), com base no despacho de homologação (art. 182º, nº 2, do CRC). Se o casamento urgente que foi homologado e registado como civil vier a ser reconhecido como católico pelas autoridades eclesiásticas e, como tal, se encontrar transcrito o assento paroquial, é cancelada a transcrição como casamento civil (art. 183º do CRC).

O casamento urgente existente e válido que não tenha sido precedido do processo preliminar de casamento considera-se celebrado sob o regime imperativo da separação de bens (art. 1720º, nº 1, al. a)).

4.6. Casamento de portugueses no estrangeiro e de estrangeiros em Portugal

I. O casamento contraído no estrangeiro entre dois portugueses ou entre português e estrangeiro pode ser celebrado perante os ministros do culto católico, perante os agentes diplomáticos ou consulares portugueses, pela forma prevista na lei portuguesa, ou perante as autoridades locais competentes, pela forma estabelecida na lei do lugar da celebração (art. 161º do CRC).

O casamento é precedido do processo preliminar de casamento, excepto se dele estiver dispensado por lei (art. 162º do CRC). Esse processo é organizado pelos agentes diplomáticos ou consulares portugueses ou por qualquer conservatória do registo civil.

O art. 51º, nº 4, determina que “o casamento no estrangeiro de dois portugueses, ou de português e estrangeiro, em harmonia com as leis canónicas, é havido como casamento católico, seja qual a forma legal da celebração do acto segundo a lei local”. Deste modo, admite-se que produza efeitos civis no território português um casamento celebrado no território de um Estado que não reconhece efeitos ao acto (v.g., casamento católico entre portugueses celebrado em França), o que é, no mínimo, estranho⁷¹⁹.

O casamento no estrangeiro de dois portugueses, ou de português e estrangeiro, será registado no consulado português competente (art. 184º, nº 1, do CRC). O casamento celebrado perante o agente diplomático ou consular português é registado por inscrição (art. 184º, nº 2, do CRC). O casamento católico é transcrito, com base no assento paroquial (art. 178º, nº 1, do

⁷¹⁹ Cf. MARQUES DOS SANTOS, “Constituição e Direito Internacional Privado – O estranho caso do art. 51º, nº 3, do Código Civil”, na obra colectiva *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 367-390. O actual art. 51º, nº 4 deve a sua numeração ao Decreto-Lei nº 324/2007, de 28 de Setembro, correspondendo ao anterior art. 51º, nº 3.

CRC); a transcrição pode ser recusada nas situações em que o pode ser a transcrição do casamento católico celebrado em Portugal (art. 178º, nº 2, do CRC). O casamento celebrado perante as autoridades estrangeiras, pela forma estabelecida na lei do lugar da celebração, é registado por transcrição do documento comprovativo do casamento, passado de harmonia com a referida lei (art. 184º, nº 2, do CRC). Em qualquer das hipóteses, a transcrição é subordinada à prévia organização do processo preliminar de casamento (art. 185º, nº 1, do CRC) e deve ser recusada se houver impedimento dirimente à celebração do casamento, desde que tal impedimento ainda subsista (art. 185º, nº 3, do CRC).

O casamento celebrado perante as autoridades estrangeiras que não tenha sido registado no consulado pode ser directamente transcrito em qualquer conservatória do registo civil, nos termos do art. 187º do CRC.

II. O casamento de português com estrangeiro celebrado em Portugal só pode realizar-se pelas formas (civil não religiosa, civil religiosa e católica) e segundo as formalidades previstas na lei portuguesa para o casamento de portugueses no país (art. 164º do CRC).

O casamento de dois estrangeiros em Portugal pode ser celebrado segundo a forma prescrita na lei nacional de qualquer dos contraentes, perante os respectivos agentes diplomáticos ou consulares, desde que igual competência seja reconhecida pela mesma lei aos agentes diplomáticos e consulares portugueses (arts. 51º, nº 1; 165º do CRC), ou segundo as formas e formalidades previstas na lei portuguesa, para o casamento de portugueses no país (cf. art. 166º, nº 1, do CRC).

Ao abrigo do art. 166º do CRC, o estrangeiro que pretenda casar em Portugal com português, ou com estrangeiro, por qualquer das formas de casamento estabelecidas na lei portuguesa, deve instruir o processo preliminar de casamento com certificado

de inexistência de impedimentos à celebração do casamento, passado pela entidade competente do país de que seja nacional. Quando não seja possível apresentar o certificado por motivo de força maior, a falta do documento pode ser suprida pela declaração de que, de harmonia com a sua lei pessoal, nenhum impedimento obsta à celebração do casamento.

5. Casamento católico

5.1. O casamento católico enquanto modalidade autónoma do casamento

I. Enquanto acto ou *in fieri*, o casamento católico identifica-se com o consentimento matrimonial, que o Código de Direito Canónico define como “o acto da vontade pelo qual o homem e a mulher, por pacto irrevogável, se entregam e recebem mutuamente, a fim de constituírem o matrimónio” (cân. 1057, § 2)⁷²⁰. Enquanto estado ou *in facto esse*, o casamento católico traduz-se no “consórcio íntimo de toda a vida, ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e à educação da prole” (cân. 1055, § 1, do CDC).

II. Numa solução que não encontra paralelo nos demais casamentos religiosos (casamentos civis sob forma religiosa), é atribuída relevância civil ao regime de Direito Canónico do casamento católico em matérias que se não cingem à forma. Com a Concordata de 2004 (cf. art. 16º), as decisões definitivas das autoridades eclesiais relativas à nulidade do casamento civil e à dispensa do casamento rato e não consumado continuam a ser susceptíveis de produzir efeitos civis, embora agora essa eficácia dependa da revisão e confirmação das mesmas decisões,

⁷²⁰ O casamento católico é necessariamente heterossexual. A Lei nº 9/2010, de 31/5, aplica-se unicamente ao casamento civil.

nos termos do direito português, pelo competente tribunal do Estado português, o que resulta igualmente do art. 1626º, na redacção do Decreto-Lei nº 100/2009, de 11 de Maio⁷²¹. Por conseguinte, não havendo colisão com o disposto no art. 1625º⁷²², no domínio dos requisitos de fundo (possibilidade legal, capacidade e consentimento), o casamento católico só pode ser tido como inválido se violar o Direito Canónico. Se infringir regras canónicas sobre requisitos, o casamento católico poderá ser declarado nulo pelas autoridades eclesiais. Mas se infringir regras civis sobre os requisitos do casamento já não será anulável.

Ao casamento católico aplica-se exclusivamente a categoria da nulidade e esta modalidade do casamento só pode ser invalidada na sequência de uma decisão das autoridades eclesiais. Em contrapartida, a categoria da nulidade não é aplicável ao casamento civil, cujo desvalor jurídico é unicamente a inexistência ou a anulabilidade (anulabilidade que tem de ser arguida nos tribunais do Estado português). Tudo isto se depreende, nomeadamente, do capítulo do Código Civil atinente à invalidade do casamento (arts. 1625º-1646º), em que se refere a nulidade, a propósito do casamento católico (art. 1625º), e a inexistência e anulabilidade, relativamente ao casamento civil (art. 1627º).

⁷²¹ Entre a Concordata de 2004 e o diploma de 2009, foi mantida a redacção do art. 1626º da época de aprovação do Código Civil (1966), pelo que o artigo, nessa versão, deixou de vigorar com a nova Concordata (cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 329-330). Diversamente, LIMA PINHEIRO, *O reconhecimento de decisões* pp. 525-526 (em particular, na seguinte passagem: “parece que o sentido do art. 16º da Concordata de 2004 é o de obrigar o Estado português a reconhecer, sob certas condições, as decisões em causa; o preceito não obsta a que o Direito interno português estabeleça um regime de reconhecimento mais favorável”).

⁷²² Que, conservando-se na versão originária, reserva o conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento concordatário aos tribunais e repartições eclesiais competentes – entidades que aplicam o Direito Canónico na resolução dos litígios que lhes são submetidas.

III. Não se pense, porém, que, no nosso ordenamento, vigoram duas modalidades do casamento subordinadas a um conjunto muito diferente de requisitos. Na disciplina do vínculo matrimonial, o Direito Civil inspirou-se no Direito Canónico. De qualquer modo, há divergências, no domínio dos requisitos de fundo, entre os dois ordenamentos (que se tornaram maiores com a entrada em vigor da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio). As principais discrepâncias que se vislumbram no Código de Direito Canónico são as seguintes: o casamento só pode ser contraído entre um homem e uma mulher (cân. 1057, § 2); a idade de 14 anos, para a mulher (cân. 1083, § 1; contudo, ao abrigo do § 2, que permite que as conferências episcopais de cada país estabeleçam idade nupcial mínima superior, a Conferência Episcopal Portuguesa fixou, em 1985, os 16 anos como idade mínima para a mulher), e o casamento civil anterior não dissolvido não constituem impedimentos; a anomalia psíquica permanente também não é impedimento, mas pode afectar a validade do consentimento, nos termos do cân. 1095; a impotência (cân. 1084), a disparidade de culto (cân. 1086), as ordens sacras (cân. 1087) e o voto de castidade (cân. 1088) configuram impedimentos; o casamento contraído sob condição é inválido (cân. 1102, § 1); é admissível a representação dos dois nubentes por procurador *ad nuptias* (câns. 1104º e 1105º); a simulação, ou reserva mental, *parcial* implica a invalidade do casamento (cân. 1101, § 2); o erro-vício simples torna inválido o matrimónio apenas quando “directa e principalmente se pretenda esta qualidade” (can. 1097, § 2); é inválido o casamento contraído por vítima de erro qualificado por dolo “acerca de uma qualidade da outra parte, que, por sua natureza, possa perturbar gravemente o consórcio da vida conjugal” (cân. 1098); a coacção moral acarreta a invalidade do matrimónio “celebrado por violência ou medo grave, incutido por uma causa externa, ainda que não dirigido para extorquir o consentimento” (cân. 1103).

IV. Como se viu, certos impedimentos de Direito Civil não o são no Direito Canónico e o casamento católico que viole as regras civis não é susceptível de anulação. No entanto, o art. 1596º estabelece que o casamento católico só pode ser celebrado por quem tiver a capacidade matrimonial exigida na lei civil. Ora, na falta do instrumento da invalidade, a garantia do respeito dos impedimentos de Direito Civil na celebração do casamento católico é assegurada mediante os instrumentos gerais remanescentes de tutela dos impedimentos (a cominação de sanções criminais para o ministro da Igreja Católica, nos termos do art. 296º, nº 1, als. a) e b), do CRC, e de sanções civis patrimoniais para um dos nubentes, nos termos dos arts. 1649º e 1650º) e, sobretudo, com base no instituto da recusa da transcrição.

A recusa da transcrição permite ao Estado português assegurar a observância dos impedimentos de Direito Civil mais importantes (os impedimentos dirimentes, que se fundam no interesse público). O casamento católico comum com um impedimento dirimente consagrado na lei civil não será transcrito (art. 174º, nº 1, al. d), do CRC)⁷²³, o que significa que não produzirá a generalidade dos efeitos civis (cf. art. 1669º). E a recusa da transcrição atinge o casamento católico legalmente dispensado do processo preliminar de casamento, desde que subsista um dos impedimentos dirimentes de Direito Civil que, até hoje, não tem constituído também uma proibição de casar no Direito Canónico (art. 174º, nº 1, al. e), do CRC)⁷²⁴.

⁷²³ E também deve ser recusada a transcrição do casamento católico comum celebrado com inobservância do impedimento impediante previsto no art. 1604º, al. a): cf. art. 174º, nº 1, al. b), do CRC, que obsta à transcrição se o duplicado ou certidão do assento paroquial não contiver as indicações exigidas no art. 167º do mesmo CRC, designadamente as do nº 1, al. e) – “Referência à existência do consentimento dos pais ou representantes legais dos nubentes menores ou ao respectivo suprimento e, quando tiver sido prestado no acto da celebração, a menção desta circunstância”.

⁷²⁴ Com uma única excepção: a demência notória, impedimento dirimente por força do art. 1601º, al. b), não legitima a recusa de transcrição.

5.2. Formalidades civis do casamento católico

I. As formalidades do casamento católico são reguladas quer pelo Direito Canónico quer pelo Direito Civil. O Direito da Família ocupa-se somente das formalidades civis, que ou se referem ao momento prévio ou ao momento subsequente à celebração do matrimónio (as formalidades do acto de celebração são reguladas exclusivamente pelo Direito Canónico, nomeadamente pelos câns. 1108º-1120º do CDC).

A generalidade dos casamentos católicos está sujeita a processo preliminar de casamento, que é organizado nas conservatórias do registo civil (art. 1597º, nº 1). A declaração para casamento, que inicia o processo, pode ser prestada na conservatória pelos nubentes, pessoalmente ou por intermédio do procurador, ou pelo pároco competente para a organização do processo canónico, mediante requerimento por si assinado (art. 135º, nºs 1 e 2, do CRC). Verificada no despacho final do processo preliminar a inexistência de impedimento à realização do casamento, o conservador passa, dentro do prazo de um dia a contar da data do despacho ou daquela em que os nubentes manifestaram intenção de contrair casamento católico, um certificado no qual declara que os nubentes podem contrair casamento (art. 146º, nºs 1 e 2, do CRC). O casamento católico não pode ser celebrado sem que ao pároco seja apresentado o aludido certificado, a não ser que se trate de casamento dispensado do processo preliminar de casamento (art. 151º do CRC). Se, posteriormente, o conservador tomar conhecimento de impedimentos, deve comunicar o facto ao pároco; a fim de que seja sustada a celebração do casamento (art. 148º do CRC).

Está dispensado do processo preliminar de casamento (e da passagem do certificado matrimonial) o casamento católico urgente: o casamento *in articulo mortis*, na iminência de parto ou cuja celebração seja expressamente autorizada pelo ordinário próprio por grave motivo de ordem moral (art. 1599º, nº 1).

Os casamentos católicos não precedidos do processo preliminar de casamento consideram-se contraídos sob o regime imperativo da separação de bens (art. 1720º, nº 1, al. a)).

Após a celebração do casamento católico, o pároco deve lavrar o assento paroquial em duplicado (cf. arts. 167º e 168º do CRC) e enviar à conservatória competente, dentro do prazo de três dias, o duplicado do assento (art. 169º, nº 1, do CRC). A obrigação de remessa do duplicado não existe nos casos apontados no art. 170º do CRC: casamento de consciência ou secreto (cujo assento só pode ser transcrito perante certidão de cópia integral e denúncia feita pelo ordinário); casamento urgente quando não possa ser transcrito; casamento que carece de convalidação simples, ou seja, aquele em que, logo após a celebração, se verifique a necessidade de convalidar o acto mediante a renovação do consentimento dos cônjuges na forma canónica (bastando remeter à conservatória o duplicado do assento da nova celebração)⁷²⁵.

II. O conservador deve transcrever o duplicado dentro do prazo de um dia e comunicar o registo civil do casamento ao pároco até ao termo do dia imediato àquele em que foi feito (art. 172º, nº 1, do CRC). Na falta de remessa do duplicado ou da

⁷²⁵ Na eventualidade de ter sido transcrito o casamento nulo antes da convalidação simples, o pároco deve lavrar novo assento, para o casamento convalidado, e enviar o respectivo duplicado à conservatória, sendo transcrito o segundo assento e cancelado o primeiro, sem prejuízo dos direitos de terceiro (art. 177º, nºs 2 e 3, do CRC).

A convalidação simples não se confunde com a sanção *in radice* do casamento católico nulo. A sanção *in radice* consiste na convalidação do acto, sem que haja renovação do consentimento dos cônjuges (cf. câns. 1161-1165 do CDC). A obrigação de remessa do duplicado aplica-se ao matrimónio católico inválido nulo susceptível de ser convalidado por esta forma. Transcrito o casamento, a sanção *in radice* é averbada à margem do assento do casamento, mediante comunicação do pároco feita no interesse dos cônjuges e com o consentimento do ordinário do lugar da celebração (art. 177º, nº 1, do CRC).

certidão do assento pelo pároco, a transcrição pode ser feita a todo o tempo, em face do documento necessário, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público (art. 172º, nº 3, do CRC). No entanto, se o casamento não tiver sido precedido do processo preliminar de casamento, a transcrição só se efectua depois de organizado o processo (art. 173º, nº 1, do CRC). A esta causa de recusa de transcrição, que perdura enquanto não correr o processo, acrescem as hipóteses previstas no art. 174º, nº 1, do CRC, sendo de destacar as que se fundam na verificação de impedimentos dirimentes: a al. d), que se aplica aos casamentos católicos comuns, e a al. e), relativa aos casamentos urgentes. O art. 175º do CRC prescreve que a transcrição recusada com base em impedimento dirimentes deve ser efectuada, logo que cesse o impedimento. À luz do art. 175º do CRC, por razões de economia processual, há que concluir que, apesar da letra do art. 174º, nº 1, al. d), do CRC, a recusa de transcrição do casamento católico comum, com fundamento em impedimento dirimente oponível no momento da celebração, só é lícita se o impedimento subsistir à data do registo⁷²⁶.

Um problema clássico na doutrina é o da natureza jurídica da transcrição do casamento católico. O facto de a morte de um ou ambos os cônjuges não obstar à transcrição (cf. art. 174º, nº 4, do CRC) é um elemento que afasta claramente a qualificação como condição de existência ou validade do acto matrimonial em face do ordenamento estatal. Todavia, hesita-se entre atribuir à transcrição o carácter de condição legal de eficácia civil⁷²⁷ ou de simples requisito de prova perante o Estado⁷²⁸. A posição que parece ser mais convincente é a que confere à transcrição do

⁷²⁶ Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC* 1657º (8), a propósito de artigos do Código Civil, entretanto revogados, com teor idêntico aos dos mencionados artigos do Código do Registo Civil em vigor.

⁷²⁷ Neste sentido, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 322-325.

⁷²⁸ A favor, ANTUNES VARELA, *DF* pp. 313-317.

casamento católico a natureza que tem qualquer outro acto de registo do casamento, isto é, de formalidade *ad probationem* (que, naturalmente, influi na eficácia do casamento, porque o que não pode ser invocado não produz efeitos). É que o casamento católico não transcrito produz um efeito civil, que se não reconduz ao domínio da prova em acções de estado ou registo: enquanto não for dissolvido, o casamento católico não transcrito obsta à celebração de casamento civil subsequente (cf. art. 1601º, al. c)).

Por fim, não obstante o que dispõe o art. 53º, nº 1, al. c), nem todos os casamentos católicos celebrados em Portugal são registados por transcrição. O registo do casamento católico contraído por pessoas já ligadas entre si por casamento civil não dissolvido faz-se por averbamento ao assento do casamento civil (arts. 179º do CRC e 1589º, nº 1).

Capítulo II – Efeitos do casamento

Secção I – Generalidades

6. O *status* ou estado de casado

I. Todos os casamentos, independentemente da sua modalidade (civil ou católica) ou forma (civil ou religiosa), se regem, quanto aos efeitos civis, pelas normas legais (art. 36º, nº 2, da CRP, e art. 1588º). E as normas da lei portuguesa que disciplinam o regime da relação conjugal não distinguem em razão do casamento que foi celebrado. O casamento civil sob forma civil, o casamento civil sob forma religiosa e o casamento católico produzem efeitos civis idênticos.

II. Os efeitos legais do casamento consistem na aquisição do *status* ou estado de casado e na sujeição das partes ao regime inerente, o que se exprime, designadamente, na vinculação aos chamados deveres dos cônjuges e em soluções que se demarcam

das que são impostas pelas regras comuns em matéria de nome, filiação, nacionalidade, entrada e permanência no território português; titularidade de bens, prática de actos de administração e disposição, dívidas e validade dos contratos.

III. A palavra “estado” ou “*status*” pode ser usada em duas acepções: como uma qualidade de que resulta um regime ou como um regime associado a uma certa qualidade⁷²⁹. Na primeira acepção, o termo é usado em sentido próprio. O estado de casado é, então, a ligação que se estabelece entre duas pessoas que casaram uma com a outra, a qualidade de cônjuge, sujeito de uma relação conjugal ou membro daquele grupo que é a família conjugal. Já na expressão “casamento-estado” ou “casamento enquanto estado”, a palavra é usada em sentido impróprio, como estatuto ou regime associado a uma certa qualidade. Assim, o casamento enquanto estado identifica-se com os efeitos do acto. Estando em causa uma questão meramente formal, de perspectiva, optou-se pela aceitação desta terminologia, que está enraizada no Direito da Família, sem prejuízo de se alertar para a sua menor precisão.

Enquanto qualidade, o estado de casado tem características gerais do *status*, p.e, a indisponibilidade, a durabilidade virtual e a oponibilidade *erga omnes*, e características específicas, como a exclusividade. A exclusividade significa que uma pessoa não pode estar casada ao mesmo tempo com duas ou mais pessoas. Expressamente consagrada no art. 1601º, al. c), a característica em apreço inscreve-se num princípio crucial dos ordenamentos matrimoniais ocidentais – o princípio da monogamia⁷³⁰.

IV. Enquanto regime, o casamento-estado adquire importância fundamental no Direito da Família.

⁷²⁹ Cf. ALPA, *Status e capacità (La costruzione giuridica delle differenze individuali)*, Roma, Laterza, 1993, pp. 123-124.

⁷³⁰ Sobre o fundamento do princípio, cf. DUARTE PINHEIRO, *Poligamia* pp. 58-63.

Já se tomou contacto com o rigor e a extensão que a lei confere à disciplina do casamento como acto. O legislador cria um sistema de impedimentos cujo respeito é susceptível de controlo e verificação em três momentos: antes, durante e depois da cerimónia do casamento. E, para defesa do seu sistema de impedimentos, o legislador não hesita em atribuir competência a duas entidades: ao conservador do registo civil e ao juiz. A tudo isto soma-se um sistema de publicidade do casamento, que assenta no registo civil e só tem paralelo no registo das situações jurídicas reais, situações estas que se notabilizam por conferirem ao seu titular um direito exclusivo.

Todo o empenho na regulamentação do casamento como acto seria absurdo se, uma vez celebrado o casamento, o Estado se desinteressasse da relação conjugal. O investimento na disciplina da constituição do vínculo matrimonial não teria razão de ser se ao casamento como estado correspondesse uma fórmula vazia ou um instituto cujo conteúdo estivesse inteiramente ao sabor da vontade das partes. O casamento é alvo de atenção legislativa por causa dos seus efeitos. O casamento muda juridicamente a vida das pessoas e esta mudança não é algo que somente diga respeito aos cônjuges. Trata-se de um fenómeno dotado de relevância social. É a repercussão externa do casamento que justifica o intervencionismo jurídico do Estado numa esfera que parece, à primeira vista, particularmente íntima e estritamente bipolar.

O Estado impõe aos cônjuges uma determinada imagem do casamento, que se consegue apreender mediante uma análise das disposições do Código Civil que definem o casamento e estabelecem os efeitos do mesmo quanto às pessoas e aos bens dos cônjuges. No art. 1577º encontra-se a imagem ideal, utópica, do casamento como plena comunhão de vida. Ninguém ignora que a plena comunhão de vida não é exequível. Duas pessoas não podem fundir-se numa só. Como diz Carbonnier⁷³¹, os cônjuges,

⁷³¹ CARBONNIER, *Droit civil* 2 p. 483.

ainda que durmam no mesmo leito, têm sonhos diferentes. Todavia, a utopia legal vincula-nos, no limite do possível. A união conjugal deve traduzir-se numa comunhão íntima, extensa e profunda de duas vidas. E o art. 1672º (sobre deveres dos cônjuges) especifica um pouco o entendimento legal da eficácia do casamento, no mundo do possível.

O que avulta no casamento como estado é a dimensão pessoal. Embora digna de nota, não é a dimensão patrimonial que fundamenta a existência e a protecção do casamento. Na sua essência, a relação conjugal não é concebida como uma unidade de bens mas como uma comunhão entre duas pessoas.

E essa comunhão tem de ser construída com base na imagem legal do casamento, vertida, nomeadamente, nos arts. 1671º e s. Como decorre dos arts. 1618º, 1698º e 1699º, as normas jurídicas sobre efeitos do casamento são, em princípio, injuntivas. As normas que, p.e., prevêm o princípio da igualdade e os deveres conjugais não são susceptíveis de serem afastadas pelo acordo das partes. É o que decorre dos arts. 1618º, 1698º e 1699º, que, apesar de terem em vista concretamente um período anterior à aquisição do estado de casado, contêm uma solução necessariamente extensível ao momento posterior. Seria estranho que a lei impedisse uma estipulação dos nubentes contrária ao regime legal dos efeitos do casamento, se, após a celebração do matrimónio, tudo fosse permitido à vontade comum dos cônjuges.

A doutrina tende a separar os efeitos pessoais dos efeitos patrimoniais, estudando-os separadamente⁷³². Nesta lógica, os deveres dos cônjuges, bem como os aspectos do nome, filiação, nacionalidade, entrada e permanência no território português,

⁷³² Cf., entre outros, CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* pp. 117 e 122, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 337.

caberiam nos efeitos pessoais, enquanto os restantes aspectos dariam corpo aos efeitos patrimoniais. A distinção é conhecida na lei (cf. a epígrafe do capítulo IX, "Efeitos do casamento quanto às pessoas e aos bens dos cônjuges", do Título II do Livro IV do Código Civil), que, porém, compreensivelmente, não dividiu a disciplina dos efeitos do casamento segundo tal classificação (cf. arts. 1671º-1736º). O tratamento separado dos efeitos pessoais e patrimoniais pressupõe a integração dos deveres dos cônjuges nos primeiros. Ora, alguns dos deveres conjugais têm uma estrutura patrimonial (v.g., o dever de assistência) ou uma vertente simultaneamente patrimonial e pessoal (v.g., o dever de respeito). Por isso, a exposição dos efeitos do casamento não seguirá a bipartição tradicional. Abstraindo da presente secção, a área temática será repartida por quatro pontos: deveres dos cônjuges (secção II); efeitos do casamento no domínio do nome, da filiação, da nacionalidade, da entrada e permanência no território português (secção III); efeitos predominantemente patrimoniais do casamento (secção IV); e efeitos do casamento em situações de ruptura da vida em comum (secção V).

A última secção (quinta) deste capítulo II trata dos efeitos do casamento nos casos de separação de facto e de separação de pessoas e bens. Deste modo, são assegurados dois resultados: a separação de facto, realidade que se pode eternizar, não desembocando necessariamente num divórcio (ou numa reconciliação), é autonomizada, em vez de ser remetida para a secção dedicada ao divórcio (que é a terceira do capítulo III); o instituto da separação de pessoas e bens é analisado sem que se precise de abrir um capítulo destinado meramente a cobrir figuras com impacto limitado (a simples separação judicial de bens; e a separação de pessoas e bens, que tem escassíssimo relevo estatístico).

7. O princípio da igualdade dos cônjuges

À luz do art. 1671º, nº 1, o casamento baseia-se na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. O princípio da igualdade dos cônjuges, que já constava da Constituição portuguesa, na versão de 1976, foi reproduzido no Código Civil, na versão de 1977, evitando-se, assim, qualquer polémica em torno da aplicabilidade imediata das normas constitucionais dos particulares, numa época em que até há pouco a lei, a sociedade e os tribunais atribuíam à mulher uma posição muito menos favorável que aquela de que beneficiava o marido (o “chefe da família”, na versão originária do art. 1674º do Código Civil)⁷³³.

Não se julgue, porém, que o princípio da igualdade dos cônjuges é algo que pertence ao passado, um mero símbolo da Revolução de 25 de Abril de 1974 no Direito da Família. Na Lei nº 16/2001, de 22 de Junho, a Lei da Liberdade Religiosa, determina-se, no art. 19º, nº 3, que o certificado para casamento civil sob forma religiosa não é passado sem que o conservador se tenha assegurado de que os nubentes têm conhecimento de quatro artigos do Código Civil, entre os quais se conta o art. 1671º. A igualdade dos cônjuges, proibindo a discriminação em razão do sexo, é uma trave mestra do casamento ocidental moderno. A necessidade de reafirmar o princípio permanece hoje num contexto de pluralismo religioso, em que, por vezes, se sente a tentação de tolerar, senão legitimar, as convicções e práticas fundamentalistas, cristãs ou islâmicas, que assentam na subordinação da mulher ao marido⁷³⁴. Além disso, não é líquido o cumprimento do princípio da igualdade na generalidade dos casamentos entre pessoas de sexo diferente.

⁷³³ Cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 113-120.

⁷³⁴ Cf. a argumentação contrária ao princípio da igualdade dos cônjuges de PAWLOWSKI (“Die Ehe im Staat der Glaubensfreiheit”, *Familie und Recht* 4/90, pp. 213-215), que é criticada por DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 148-149, 384-388.

Contudo, a ligação preferencial à condição da mulher não reduz o alcance do princípio da igualdade dos cônjuges, que pode ser invocado pelo marido perante a mulher ou por uma pessoa casada com outra do mesmo sexo.

Numa das suas vertentes mais nítidas (cf. letra do art. 1671º, nº 1), o princípio da igualdade influi na quantificação e concretização dos deveres conjugais. Os cônjuges estão reciprocamente vinculados a situações jurídicas em igual número e com igual conteúdo, não sendo, em regra, lícita uma leitura dos deveres variável em função do género. P.e., o dever de assistência não dita a necessária afectação exclusiva da mulher às tarefas do lar e a plena isenção do marido quanto ao chamado trabalho doméstico.

Noutra vertente, o princípio implica, nos termos do art. 1671º, nº 2, a atribuição aos membros do casal da direcção conjunta da família.

8. Os acordos sobre a orientação da vida em comum

I. Para assegurar o princípio da igualdade no governo da família, a lei impôs aos cônjuges a obrigação de tentarem chegar a acordo sobre a orientação da vida em comum, “tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro”. Correspondendo a uma “obrigação de meios” inscrita no dever nominado de cooperação conjugal⁷³⁵, a obrigação de tentar alcançar o acordo não deixa, por isso, de ter um grande peso, que se detecta nas consequências jurídicas da ausência de consenso. A recusa persistente e gratuita de um cônjuge em concordar com o outro quanto à direcção da família é susceptível de preencher os pressupostos do divórcio

⁷³⁵ Cf., *infra*, Parte III, nº 14. Contra, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 341, que promovem a obrigação de dever de acordar sobre a orientação da vida em comum a um dever pessoal dos cônjuges, a aditar aos cinco deveres referidos no art. 1672º.

sem o consentimento daquele. Na falta de acordo dos cônjuges sobre um assunto que cabe na orientação da vida em comum, como é a fixação ou alteração da residência da família, consagra-se a possibilidade de a decisão incumbir ao tribunal (art. 1673º, nº 3). Destinando-se a resolver uma situação de bloqueio e a evitar a prevalência da vontade de uma das partes, a intervenção judicial numa hipótese que não é de ruptura (divórcio, separação de pessoas e bens ou separação de facto) mostra que o acordo é o único instrumento de autogoverno da família.

II. Os acordos sobre a orientação da vida em comum têm como objecto os assuntos com especial relevância familiar, p.e., a fixação da residência, a determinação do número de filhos e do momento de os ter, o modo de cumprimento dos deveres conjugais e de exercício do poder paternal. Ficam de fora os direitos de personalidade que não estejam directamente abrangidos pela relação conjugal (p.e., o direito à liberdade de actividade, cujo exercício por um cônjuge não carece, nos termos do art. 1677º-D, do consentimento do outro), sem prejuízo de o respectivo titular estar obrigado a agir com consideração pelos interesses da sua família.

Um problema controverso é o da natureza jurídica dos acordos sobre a orientação da vida em comum⁷³⁶: são ou não verdadeiros negócios jurídicos, que vinculam os cônjuges a cumprir as obrigações convencionadas? A resposta é afirmativa, uma vez que, sendo o consenso sequência do princípio da igualdade dos cônjuges, a negação de carácter vinculativo aos acordos é incompatível com a natureza inderrogável do princípio. No entanto, os acordos sobre a orientação da vida em comum, em cuja realização é preciso atender a parâmetros distintos dos que são normalmente aplicáveis aos negócios jurídicos (cf. parte

final do art. 1671º, nº 2), estão coerentemente submetidos a um regime particular de modificação e extinção, menos rígido do que o regime geral: não têm de ser acatados por um cônjuge sempre que determinem o sacrifício irrazoável dos seus interesses individuais ou que não prossigam o bem da família⁷³⁷.

9. A tutela da personalidade no casamento e a ideia do núcleo intangível da comunhão conjugal

I. A generalidade das normas sobre os efeitos do casamento é injuntiva e, na visão do legislador, a união conjugal deve aproximar-se de uma plena comunhão de vida. Será que a relação conjugal implica a perda absoluta de liberdade pessoal das partes, condenadas a cumprir deveres de comportamento amplos e íntimos que a lei define minuciosamente? Na verdade, não. O casamento não elimina a individualidade de cada cônjuge. A própria disciplina matrimonial contempla a protecção da personalidade⁷³⁸, ao indicar os interesses individuais dos cônjuges como factores a ponderar na celebração dos acordos sobre a orientação da vida em comum (art. 1671º, nº 2), ao consagrar expressamente o direito à liberdade de actividade profissional ou outra (art. 1677º-D) e, sobretudo, ao prever o dever conjugal de respeito (art. 1672º). Com o dever de respeito, reconhece-se a vigência da generalidade das situações jurídicas inerentes à dignidade da pessoa humana (o direito à integridade física, o direito à honra, o direito à privacidade, o direito à liberdade de religião e de culto, etc.) no seio da família.

⁷³⁷ Mas os acordos sobre a orientação da vida em comum cuja falta fundamenta o requerimento de uma intervenção judicial (cf. art. 1673º, nº 3, atinente ao acordo sobre a fixação ou alteração da casa de morada da família, e art. 1901º, nº 2, que se refere ao acordo sobre questões de particular importância em matéria de responsabilidades parentais) só podem ser alterados ou extintos por mútuo consentimento ou decisão do tribunal.

⁷³⁸ Cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 123-134.

Mas a preocupação de tutela da personalidade não pode chegar ao ponto de se afastarem efeitos jurídicos essenciais do casamento (v.g., do dever de coabitação, que exige residência no mesmo local e comunhão sexual), em nome do direito à liberdade⁷³⁹⁻⁷⁴⁰⁻⁷⁴¹. Há que encontrar um ponto de equilíbrio entre

⁷³⁹ Cf. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milão, Giuffrè, 1979, p. 169 (concretamente contra a existência do dever conjugal de habitação sob o mesmo tecto); PAWLOWSKI, *Das Studium der Rechtswissenschaft: eine Einführung in das Wesen des Rechts*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1969, pp. 304 e s. (o autor, adverso, em regra, a restrições de índole matrimonial às liberdades constitucionalmente previstas, considera que não tem de haver relações sexuais entre os cônjuges se um deles entender que isso colide com os seus compromissos religiosos).

⁷⁴⁰ A particular sensibilidade do Direito Matrimonial contemporâneo à questão do exercício da actividade profissional está patente no art. 1677º-D. Mas outras normas podem ser invocadas: o art. 1673º, nº 1, ao determinar que os cônjuges devem escolher de comum acordo a residência da família, atendendo, nomeadamente às exigências da sua vida profissional; o art. 1678º, nº 2, al. a), ao entregar a administração dos proventos do trabalho apenas ao cônjuge que os auferiu, nos regimes em que tais rendimentos são comunicáveis; o art. 1678º, nº 2, al. e), ao conceder a cada um dos cônjuges a administração exclusiva dos bens móveis, próprios do outro cônjuge ou comuns, por eles exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho; o art. 1682º, nº 3, al. a), na parte que exige o consentimento de ambos os cônjuges para a alienação ou oneração de móveis utilizados como instrumento comum de trabalho; o art. 1731º, ao prever, no momento da partilha familiar, uma atribuição preferencial dos instrumentos de trabalho que tiverem entrado no património comum por força do regime de bens, em benefício do cônjuge que deles necessita.

No entanto, nada justifica uma interpretação que dê prevalência a estas normas sobre outras disposições próprias do Direito Matrimonial. De facto, o casamento impõe limites ao exercício da actividade profissional, como ao exercício de qualquer outra. O direito de exercício de uma profissão não pode ser entendido de uma forma susceptível de fazer perigar o conteúdo essencial da relação conjugal. Os cônjuges têm de se esforçar por conciliar a sua vida profissional com as suas obrigações familiares. Por isso, são configuráveis hipóteses de exercício da actividade profissional em colisão com o Direito Matrimonial. É o que pode acontecer, por exemplo, se um cônjuge, contra a

vontade do outro, desenvolver uma actividade que, pela sua intensidade e duração, não permita uma convivência familiar mínima; ou se ele escolher arbitrariamente condições laborais desvantajosas para o desenvolvimento da relação conjugal (cf. FURGIUELE, "Libertà di manifestazione del pensiero e famiglia", *Il diritto di famiglia e delle persone* 1976, p. 1828), v.g., solicitando a transferência para um local situado numa região distante da casa de morada da família, sem que haja um motivo ponderoso (perspectiva de efectivação, de promoção, de aumento do vencimento, de melhoria de ambiente, que era mau no anterior local de trabalho, etc.).

E se após a Revisão Constitucional de 1997 (que suprimiu a referência a um dever de trabalhar, constante do art. 58º, nº 2, da CRP, na versão da Revisão de 1989), é menos controversa, entre nós, a existência de uma vertente negativa na liberdade de trabalho, a verdade é que também a liberdade de não trabalhar é balizada pelos deveres conjugais, mais concretamente pelo dever de assistência. Por outras palavras, nos casos em que a satisfação dos encargos familiares não seja viável sem a realização de trabalho profissional ou doméstico, o exercício de uma actividade surge não apenas como um direito mas como um dever de cada cônjuge (cf., igualmente, no direito italiano, RUSCELLO, *I rapporti personali fra coniugi*, Milão, Giuffrè, 2000, pp. 275-276).

⁷⁴¹ É pacífico que cada um dos cônjuges goza do direito à liberdade religiosa e que essa liberdade, tutelada pelo art. 41º da CRP, inclui a liberdade de actuação conforme às crenças (cf. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 222, 223 e 259). Mas isto não quer dizer que seja lícita qualquer conduta de um cônjuge perante o outro, desde que fundada nas convicções religiosas do agente.

Na opinião de PAWLOWSKI (*Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes; ein Lehrbuch*, 2ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1991, pp. 392 e s.), o vínculo matrimonial não pode impedir uma pessoa de viver segundo as suas próprias concepções religiosas. Consequentemente, a imposição legal de regras de conduta conjugal, baseando-se inevitavelmente num determinado padrão moral, seria inadmissível por marginalizar os comportamentos assentes num código moral diverso, que está associado a confissões religiosas minoritárias. Todavia, esta tese não tem em conta a finitude dos direitos fundamentais. Levada às suas últimas consequências, a posição do autor alemão em apreço implica a consagração de um direito geral irrestrito de "objecção de consciência", perante o qual toda e qualquer regulamentação estatal, matrimonial ou não, teria de ceder (cf. a crítica de LIPP, *Die ehelichen Pflichten und ihre Verletzung - ein Betrag zur*

os direitos de personalidade e os efeitos do casamento, o que se consegue com o auxílio da ideia de núcleo intangível da comunhão conjugal⁷⁴².

II. O regime injuntivo dos efeitos do casamento não abarca pormenorizadamente todos os aspectos da vida pessoal dos cônjuges: o art. 1672º alude aos deveres recíprocos dos cônjuges segundo uma técnica de conceitos indeterminados e não de conceitos precisos. Só os elementos que conferem identidade própria ao casamento (v.g., deveres de índole sexual, com uma certa configuração), formando o núcleo intangível da comunhão conjugal, é que não podem ser derogados pela vontade de um ou de ambos os cônjuges. A restante área pertence aos direitos individuais.

Secção II – Deveres dos cônjuges

10. A centralidade e dificuldade da matéria dos deveres conjugais

I. O art. 1672º enumera os deveres recíprocos dos cônjuges: respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência. Estas situações jurídicas integram o núcleo intangível da comunhão

Fortbildung des persönlichen Eherechts, Bielefeld, Gieseking, 1988, pp. 36 e s.). A liberdade religiosa tem de ser exercida de modo a não atingir os direitos de terceiros, nomeadamente do parceiro conjugal; a prática religiosa não exonera uma pessoa dos seus deveres jurídicos, familiares ou outros (cf. o ac. do STJ de 16/05/2002, processo nº02B1290, <http://www.dgsi.pt>, que, antes da entrada em vigor da Lei nº 61/2008, de 31/10, declarou único culpado pela dissolução do casamento o cônjuge que, vivendo fanaticamente as suas convicções religiosas, violou gravemente o dever conjugal de respeito). A conversão de uma pessoa não a autoriza a negligenciar a família nem a agir com intolerância para com o cônjuge que não partilha do mesmo entusiasmo pela sua nova crença.

⁷⁴² Cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 152-162.

conjugal, exprimindo, no seu conjunto, um entendimento legal da obrigação de comunhão tendencialmente plena de vida a que se vinculam as partes que contraem matrimónio. Deste modo, é clara a inderrogabilidade dos deveres conjugais, que, se já decorreria do art. 1618º, é reforçada expressamente pelo disposto no art. 1699º, nº 1, al. b)⁷⁴³.

A relevância dos deveres conjugais na disciplina do casamento, em geral, e dos efeitos do casamento, em particular, é bem marcada pelo legislador quando estabelece que aqueles serão referidos pelo conservador nas formalidades da celebração do casamento ou nas formalidades preliminares⁷⁴⁴. E a violação dos deveres conjugais permite, dentro de certos pressupostos, a obtenção imediata do divórcio por um dos cônjuges, sem a dependência de um prazo de separação de facto (cf. art. 1781º, al. d)), e a aplicação do instituto geral da responsabilidade civil⁷⁴⁵.

⁷⁴³ Opinião algo distinta é a de PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* pp. 28-29, 33-34: referindo-se à “duvidosa índole jurídica dos assim chamados deveres conjugais”, este ilustre pensador das realidades jurídicas familiares afirma que “a tutela da personalidade impede a disponibilidade de situações jurídicas de cariz pessoal, para além do que possa ser consentido no artigo 81º do Código Civil”; no casamento, haveria “injunção de um mero projecto coexistencial, consentâneo apenas com a aplicação dos princípios gerais do direito”.

⁷⁴⁴ Na cerimónia do casamento civil, o conservador refere os direitos e os deveres dos cônjuges, previstos na lei civil, imediatamente antes de perguntar a cada um dos nubentes se aceita o outro por consorte (art. 155º, nº 1, al. d), do CRC); no casamento civil sob forma religiosa, o conservador não passa o certificado para casamento sem que se tenha assegurado de que os nubentes têm conhecimento do teor do art. 1672º (art. 19º, nº 3, da Lei da Liberdade Religiosa). Nada se prescreve quanto ao casamento concordatário, porque se parte do princípio que os nubentes são cabalmente informados pelo pároco acerca dos deveres matrimoniais.

⁷⁴⁵ Cf., *infra*, Parte III, nº 16 V.

II. Todavia, a importância dos deveres não é acompanhada por uma formulação legal precisa. Eles são enumerados por uma disposição legal, o que constitui um progresso relativamente a uma situação em que tivessem de ser extraídos, pelo intérprete, da cláusula geral da plena comunhão de vida, plasmada no art. 1577º. Mas o elenco do art. 1672º é feito sob a forma de uma "cascata" de conceitos indeterminados, técnica que, num clima propício à heterogeneidade valorativa, cria dúvida, incerteza e divisão doutrinária quanto ao conteúdo dos deveres conjugais⁷⁴⁶.

Apesar de tudo, é viável uma concretização minimamente segura do conteúdo dos deveres conjugais, mediante uma utilização cuidadosa dos instrumentos comuns de preenchimento dos conceitos indeterminados: a tópica, complementada com a ponderação articulada de dados normativos fundamentais, v.g., o cerne da tutela da personalidade e o núcleo intangível da comunhão conjugal, no sector em causa⁷⁴⁷.

11. O dever de respeito

I. Num sentido mais imediato e mais restrito, o dever de respeito consiste em não lesar a honra, sendo indiscutível a ilicitude dos comportamentos de um cônjuge que atinjam a integridade moral do outro (p.e., proferir insultos verbais, fazer gestos obscenos, não cumprimentar).

II. Todavia, é unânime a atribuição de um significado mais vasto ao dever de respeito conjugal. Na orientação que tem dominado⁷⁴⁸, o dever surge como um reflexo da tutela geral

⁷⁴⁶ Cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 75-85.

⁷⁴⁷ Cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 108-113, 158-161.

⁷⁴⁸ Cf. ANTUNES VARELA, *DF* pp. 359-365; EDUARDO DOS SANTOS, *DF* p. 288; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 349-350; TEIXEIRA DE SOUSA, *Divórcio* pp. 39-40.

da personalidade física e moral, assegurada pelo art. 70º, nº 1, no domínio dos efeitos matrimoniais. Ao consagrar o dever de respeito, a lei teria pretendido acentuar que o casamento não autoriza o cônjuge a violar os direitos e liberdades pessoais do outro.

De facto, o valor deste dever advém-lhe principalmente do seu papel na afirmação da subsistência, no essencial, dos direitos de personalidade, durante o matrimónio. Só que o dever conjugal de respeito ultrapassa a esfera pessoal, salvaguardando não apenas os direitos pessoais gerais mas também os direitos patrimoniais individuais de cada cônjuge. Afinal, o dever conjugal corresponde a uma especificação, no campo do casamento, do dever geral de respeito, figura que está originariamente ligada à discussão em torno do conceito de direito real⁷⁴⁹.

O conteúdo do dever conjugal de respeito é, portanto, amplo. Por isso, o elenco do art. 1672º é taxativo⁷⁵⁰: a extensão do dever de respeito torna inútil qualquer referência a um dever conjugal não nominado. Mais, o que se afigura necessário é reduzir o alcance do dever de respeito de modo a que os demais deveres mencionados no art. 1672º encontrem um espaço próprio⁷⁵¹. Por

⁷⁴⁹ Cf., nomeadamente, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pp. 597 e s. (em particular pp. 611-612) e MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, reprint de 1979, Lex, Lisboa, 1993, nºs 106 e s. (em particular nºs 111-IV e 142-III). A doutrina alemã alude a um dever conjugal de respeito que compreende a esfera patrimonial: cf., entre outros, LÜDERITZ, *Familienrecht*, obra iniciada por Beitzke, 27ª ed., Munique, Beck, 1999, p. 74.

⁷⁵⁰ Contra a taxatividade do art. 1672º, TEIXEIRA DE SOUSA, *Divórcio* pp. 38, 39, 42 e 43.

⁷⁵¹ Não asseguram a autonomia dos outros deveres conjugais perante o dever de respeito, FERREIRA PINTO (*Divórcio* p. 76), e FRANÇA PITÃO (*Sobre o divórcio: anotações aos artigos 1773º a 1895º-D do Código Civil*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986, pp. 58-59), que consideram que a recusa de ter relações sexuais pode constituir uma violação simultânea do dever de respeito e do dever de coabitação.

consequente, fora da sua área típica, mais restrita, que é a honra, o dever de respeito imporá obrigações que não sejam impostas pelos restantes deveres nominados⁷⁵².

III. Enquanto especificação de um dever geral, o dever conjugal de respeito encerra, porém, uma particularidade: se, por um lado, não obstante o casamento, garante a vigência dos direitos individuais, pessoais ou patrimoniais, por outro, limita o respectivo exercício em função da preservação da vida em comum. Ao cônjuge não é lícito agir sistematicamente como se estivesse sozinho. Em várias circunstâncias, o estado de casado exige a um cônjuge que seja prudente no exercício dos seus direitos gerais.

12. O dever de fidelidade

I. No direito português, tem prevalecido⁷⁵³ a posição que identifica o dever de fidelidade com um dever duplo de abstenção: um dever de fidelidade física, que impede o adultério, ou seja, a prática de actos sexuais com terceiro; e um dever de fidelidade moral, que impede qualquer ligação amorosa (não carnal) de um cônjuge com terceiro⁷⁵⁴.

⁷⁵² A favor do carácter residual do dever de respeito, cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 349, EDUARDO DOS SANTOS, *DF* p. 288.

⁷⁵³ Cf. ANTUNES VARELA, *DF* p. 343; EDUARDO DOS SANTOS, *DF* p. 286; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 350-351; TEIXEIRA DE SOUSA, *Divórcio* p. 41.

⁷⁵⁴ P.e.: o simples namoro ou *firt*; o envio de mensagens amorosas, por qualquer meio de comunicação. O ac. do STJ de 25/2/1987, *BMJ* 364, p. 866, chegou a considerar "infidelidade matrimonial de ordem moral" o facto de um dos cônjuges escrever uma peça literária em que "se imagina a copular com uma personagem desse escrito que não o seu cônjuge".

II. Certos autores estrangeiros atribuem outro conteúdo, mais vago e com menor conotação sexual, ao dever de fidelidade, identificando-o com um dever de devoção, dedicação, lealdade⁷⁵⁵ ou boa fé⁷⁵⁶. Há também quem rejeite qualquer conexão com a abstenção de relações físicas extramatrimoniais, reconduzindo o dever de fidelidade ao "vínculo recíproco de responsabilidade dos cônjuges", enquanto a exclusividade sexual seria objecto de um dever conjugal normal, mas não necessário, resultante, por outra via, do casamento⁷⁵⁷. Por fim, é conhecida uma análise que sustenta que, "com a descoberta dos métodos de contracepção", o dever de abstenção de adultério teria perdido razão de ser, no pressuposto de que o mesmo visaria assegurar a conformidade entre a paternidade biológica e a paternidade presumida do marido da mãe⁷⁵⁸.

III. A imposição aos cônjuges do dever de não ter relações sexuais com terceiro repercute-se nos direitos de liberdade e privacidade: a regra da exclusividade não permite o reconhecimento da faculdade de escolha do parceiro sexual e a relevância do adultério, numa acção de divórcio sem o consentimento do outro cônjuge (1781º, al. d)), abre a porta a uma prova que recai sobre aspectos íntimos da vida do alegado infractor (e do seu cúmplice). Atendendo ao seu efeito restritivo, a proibição do adultério carece de uma justificação razoável.

⁷⁵⁵ Tendência dominante em Itália: cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 184-193.

⁷⁵⁶ Cf. HAUSER/HUET-WEILER, *Traité de Droit Civil. La famille (Fondation et vie de la famille)* 2ª ed., Paris, LGDJ, 1993, p. 746.

⁷⁵⁷ Cf. ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, 2ª ed., Milão, Giuffrè, 1983, pp. 77 e s.

⁷⁵⁸ Cf. CALAIS-AULOUY, "Pour un mariage aux effets limités", *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1988, pp. 255-256.

A proibição não se destina a evitar a concepção extramatrimonial, de forma a garantir a coincidência entre presunção de paternidade e paternidade biológica, porque vincula todos os cônjuges, e não apenas a mulher que tenha casado com uma pessoa do sexo oposto. A obrigação de exclusividade sexual decorre da imagem legal do casamento como comunhão tendencialmente plena de vida (cf. art. 1577º) e monogâmica (cf. art. 1601º, al. c)). Sendo entendida como uma ligação absorvente e monopolizadora, a união conjugal não se harmoniza com a prática de actos sexuais extramatrimoniais.

Detectado o fundamento da obrigação de exclusividade sexual entre cônjuges, importa acrescentar que ela está contida no dever de fidelidade. No art. 1672º, o termo “fidelidade” é usado num contexto, respeita à relação conjugal. Numa óptica de senso comum, ser fiel ao cônjuge passa, ainda hoje, por não ter relacionamento sexual com outrem.

E o dever de fidelidade resume-se à proibição do adultério. O alegado dever de fidelidade moral está directamente associado ao dever de não “injuriar”, ao domínio mais restrito do dever conjugal de respeito, onde se enquadra⁷⁵⁹.

O adultério que é vedado pelo dever de fidelidade compreende todos os actos sexuais realizados com outra pessoa que não o cônjuge: a cópula vaginal, a cópula vulvar ou vestibular, o coito anal, o coito oral, a masturbação com intervenção de terceiro, o auxílio à masturbação, etc.

⁷⁵⁹ A construção da infidelidade moral foi importada do direito francês, ordenamento que a criou para superar a falta de consagração legal de um dever conjugal nominado de respeito: cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 175-184, 203-206.

13. O dever de coabitação

I. Na perspectiva comum e clássica⁷⁶⁰, o dever de coabitação impõe “comunhão de leito, mesa e habitação”. A expressão “comunhão de leito” não tem em vista a mera partilha de uma cama, engloba a prática de actos sexuais. A alusão à “comunhão de mesa” não se confina à ideia de refeições tomadas em conjunto; refere-se a uma comunhão de vida económica. Das três faces do dever de coabitação, é justamente a obrigação de comunhão de vida económica, que vincularia os cônjuges a uma partilha de recursos, que menor atenção tem suscitado. Por vezes, nem sequer é mencionada no âmbito do dever de coabitação, atitude que se percebe por força das afinidades que a referida obrigação parece ter com outros deveres conjugais nominados, v.g., de cooperação e de assistência. No contexto do dever de coabitação, são a comunhão de habitação e a comunhão sexual que ostentam maior relevância.

II. Na acepção tradicional, a obrigação de comunhão de habitação exige a convivência dos cônjuges a tempo inteiro ou, pelo menos, habitual, num determinado local – a casa de morada da família. Essa ideia de convivência está subjacente ao art. 1673º: a adopção de uma residência da família é imposta como regra⁷⁶¹ para que a vida quotidiana do casal aí se desenrole.

No entanto, a obrigação de comunhão de habitação, na acepção tradicional, torna-se, por vezes, pouco viável na sociedade actual, que reclama uma elevada mobilidade das pessoas por razões

⁷⁶⁰ Cf. ANTUNES VARELA, *DF* pp. 345 e s.; LEITE DE CAMPOS, *DFS* pp. 253-254; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 352; TELXEIRA DE SOUSA, *Divórcio* p. 40; na jurisprudência, ac. do STJ de 23/4/1998, *CJ-S* 1998/2, p. 54.

⁷⁶¹ Regra que é garantida pela intervenção judicial, nos termos do art. 1673º, nº 3. O processo de fixação ou alteração da residência da família está regulado no art. 1415º do CPC.

profissionais e que valoriza o direito à liberdade de actividade. É, nomeadamente, o que acontece se ambos os cônjuges são funcionários públicos e foram colocados em extremos opostos do país. Aliás, as razões profissionais podem estar entre os “motivos ponderosos” que, de acordo com o n.º 2 do art. 1673º permitem a não adopção da residência da família, tanto mais que, à luz do n.º 1, os aspectos da vida profissional constituem um dos parâmetros do acordo para a fixação da casa de morada da família. De qualquer modo, vigora sempre uma obrigação de comunhão de habitação, se bem que possa assumir uma configuração particular: não sendo exequível a convivência num esquema de residência habitual, os cônjuges têm de se esforçar por desenvolver uma convivência que se aproxime o mais possível daquela (p.e., aproveitando ao máximo fins-de-semana, férias e feriados) e por eliminar os obstáculos ao afastamento do ideal legal. No exemplo dos dois funcionários públicos, é de esperar não só que se encontrem nos dias em que um deles não trabalhar, mas também que não evitem os concursos abertos para lugares numa cidade onde ambos possam residir habitualmente⁷⁶².

II. A obrigação de comunhão sexual, que vincula os cônjuges a terem relações sexuais um com o outro, é, por vezes, excluída em virtude de não resultar claramente da letra da lei⁷⁶³ ou por ser incompatível com a existência do direito de liberdade sexual⁷⁶⁴.

O argumento da pouca visibilidade legal da obrigação não procede. É natural que o legislador civil não se tenha referido concretamente à comunhão sexual, porque decidiu aludir aos

⁷⁶² Cf., porém, infra, Parte IV, n.º 14 (união sem comunhão de habitação).

⁷⁶³ Cf. SOUTO PAZ, *Derecho Matrimonial*, 2ª ed., Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2002, p. 122, que compara o Direito Civil com o Direito Canónico.

⁷⁶⁴ Cf. SESTA, *Lezioni di Diritto di Famiglia*, 2ª ed., Pádua, CEDAM, 1997, pp. 108-109.

deveres conjugais com recurso a conceitos indeterminados. No entanto, um dos conceitos tem um sentido que abarca aquela comunhão. Na língua portuguesa, coabitação significa prática habitual de actos sexuais com outra pessoa. E o reconhecimento de uma dimensão sexual à palavra coabitação, no art. 1672º, é apoiada por vários indícios da regulamentação civil do casamento. São previstos requisitos de existência e validade do casamento que assentam no aspecto sexual, como a proibição do incesto, estabelecida nos arts. 1602º, als. a), b) e c). E, no art. 1829º, que regula a presunção de paternidade de filhos, a expressão “coabitação dos cônjuges” é associada à procriação (não medicamente assistida).

Quanto ao argumento da incompatibilidade com a liberdade sexual, é de sublinhar que os direitos não são ilimitados; que as restrições traçadas pela obrigação de comunhão sexual à liberdade sexual têm por fonte o casamento, contrato em que a vontade das partes se encontra suficientemente acautelada; e que tais restrições estão longe de suprimir todas as prerrogativas inscritas no direito de liberdade sexual. Por um lado, é totalmente vedada a satisfação do débito conjugal mediante o emprego da força, pública ou privada. Por outro lado, a obrigação de comunhão sexual não é muito intensa, por força da sobrevivência dos direitos de personalidade à celebração do casamento e da necessidade de estabelecer um ponto de equilíbrio entre as exigências daqueles direitos e as dos deveres conjugais. Os cônjuges gozam de alguma liberdade sexual: pelo menos, podem decidir quando e como terão relações sexuais um com o outro. A obrigação de comunhão sexual só se entende violada após recusa sistemática, injustificada e prolongada⁷⁶⁵.

⁷⁶⁵ Para mais pormenores, cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 297-310.

14. O dever de cooperação

I. O art. 1674º decompõe o dever de cooperação em duas obrigações: obrigação de socorro e auxílio mútuos; obrigação de os cônjuges assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram. A obrigação de socorro e auxílio mútuos pressupõe a intervenção na esfera do outro cônjuge, enquanto a segunda obrigação se refere ao domínio mais genérico da vida da família⁷⁶⁶, tendo como beneficiários, em primeira linha, os parentes dos cônjuges e o colectivo familiar.

A obrigação de socorro e auxílio mútuos equivale ao dever de cooperação na vida do outro cônjuge. As palavras socorro e auxílio são quase sinónimas. Contudo, o primeiro termo põe a tónica numa ajuda que procura superar situações anormais e graves, de crise ou emergência do outro cônjuge, e o segundo termo sugere uma colaboração destinada a fazer face aos problemas do quotidiano⁷⁶⁷.

Numa exemplificação mais permeável à influência francesa, a obrigação abarca o apoio do outro cônjuge na sua actividade profissional e na doença⁷⁶⁸. Numa formulação de sabor germânico, a obrigação de socorro e auxílio mútuos traduz-se em deveres de ajuda e protecção, relativos quer à pessoa quer ao património do outro cônjuge⁷⁶⁹. Como se observa, a obrigação não tem cariz exclusivamente imaterial.

⁷⁶⁶ Cf. LEONOR BELEZA, *Efeitos* p. 113.

⁷⁶⁷ Cf. FERREIRA PINTO, *Divórcio* p. 80; EDUARDO DOS SANTOS, *Divórcio* pp. 140-141.

⁷⁶⁸ Cf. ANTUNES VARELA, *DF* p. 350, tal como CARBONNIER, *Droit civil* 2 p. 473.

⁷⁶⁹ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, *Divórcio* p. 41, seguindo os ensinamentos de GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *LF* pp. 145 e 151. Os deveres de ajuda e protecção incluem, designadamente: a defesa contra actos de terceiros; o apoio psicológico para impedir o suicídio ou a prática de crimes e para alcançar a recuperação do estado de toxicod dependência; a colaboração na administração dos bens próprios do outro cônjuge e a protecção dos mesmos quando se encontrem em risco.

Como todas as demais obrigações inseridas em deveres conjugais, a obrigação de socorro e auxílio mútuos está, naturalmente, sujeita a limites. É certo que um cônjuge tem de apoiar o outro na doença ou ajudá-lo na recuperação de um estado de toxicod dependência. Mas a ninguém é exigível um comportamento heróico ou próprio de um mártir. Daí que, p.e., a alteração grave das faculdades mentais do outro cônjuge que dure há mais de um ano possa constituir fundamento de um pedido de divórcio "litigioso" (cf. art. 1781º, al. b)).

II. A obrigação de assunção em conjunto das responsabilidades inerentes à vida familiar implica a cooperação no sustento, guarda e educação dos filhos⁷⁷⁰, bem como o apoio a outros familiares (pais, p.e.) que estejam a cargo de um ou de outro cônjuge⁷⁷¹. Ora, o artigo 1676º, nº 1, prevê expressamente a possibilidade do cumprimento do dever de contribuir para os encargos da vida familiar através do trabalho despendido na manutenção e educação dos filhos. Há, portanto, uma certa afinidade entre a obrigação de assunção em conjunto das responsabilidades familiares e a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, que origina críticas à opção legal de autonomizar o dever de cooperação perante o dever de assistência⁷⁷². No entanto, é preciso aceitar a letra da lei e procurar um resultado interpretativo que evite a sobreposição das duas obrigações referidas, o que tem de ser feito por razões de diferença de regime, uma vez que o artigo 1675º, nº 3, retira, dentro de certas condições, o carácter

⁷⁷⁰ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 355; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC* 1674º (4); TEIXEIRA DE SOUSA, *Divórcio* p. 42.

⁷⁷¹ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC* 1674º (4). Contra, EDUARDO DOS SANTOS, *Do divórcio* cit, pp. 141-143, afirmando que a obrigação "não pode ter por objecto senão a prole" (nascida do casamento).

⁷⁷² Cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *Relatório* p. 110.

de reciprocidade às obrigações inscritas no dever de assistência e não àquelas que se enquadram no dever de cooperação. A intersecção evita-se tendo em conta que o artigo 1676º, nº 1, não obriga à manutenção e educação dos filhos; indica uma forma, entre outras, de satisfação do dever de contribuir para os encargos da vida familiar.

A obrigação de assunção em conjunto das responsabilidades familiares não se cinge à cooperação na actividade relativa aos filhos e outros familiares de um ou ambos os cônjuges. Liga-se de uma forma muito estreita ao princípio da igualdade dos cônjuges⁷⁷³, impondo o respeito da regra de co-direcção da família e de decisão bilateral em matéria de orientação da vida em comum. Assim se obsta a qualquer tentativa de reduzir a eficácia do art. 1671º, nº 2. O preceito não pode ser visto como um derivado não vinculativo de uma eventual norma constitucional programática, formulado com a melhor das intenções na legislação ordinária, porque o que nele se dispõe encontra abrigo num dos chamados deveres dos cônjuges.

Mas a obrigação de assunção em conjunto das responsabilidades familiares é mais rica. Vincula também os cônjuges a trabalharem para a prosperidade comum, a criarem riqueza para os dois, dando expressão a um dever de cooperação patrimonial⁷⁷⁴.

15. O dever de assistência

I. O dever de assistência corresponde a um dever estruturalmente patrimonial, envolvendo prestações susceptíveis de avaliação pecuniária. Nele cabem duas obrigações que nunca vigoram

⁷⁷³ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, *Divórcio* p. 42, e LEONOR BELEZA, *Direito da Família* apontamentos das lições proferidas no ano lectivo de 1980-81, Lisboa, AAFDL, p. 87.

⁷⁷⁴ Cf. RITA LOBO XAVIER, *Limites* pp. 375 e 437, nota 21.

simultaneamente e que diferem quanto ao círculo de beneficiários do cumprimento: a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar (art. 1675º, nº 1). A obrigação de alimentos é absorvida pela de contribuir para os encargos da vida familiar numa situação de normalidade conjugal, só adquirindo autonomia numa situação de ruptura (sem extinção do vínculo matrimonial)⁷⁷⁵. Enquanto a obrigação de contribuir para os encargos da família vincula o cônjuge quer perante o outro quer perante os familiares a cargo dos cônjuges, o credor da obrigação conjugal de prestar alimentos é unicamente o cônjuge.

Verificando-se a ruptura da vida em comum, a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar converte-se numa obrigação de alimentos que vincula um cônjuge perante o outro e, se necessário, noutra obrigação de alimentos, autónoma, que incumbirá a cada um dos cônjuges relativamente aos familiares a seu próprio cargo, v.g., os filhos. Embora a lei só aluda a este fenómeno de conversão nos casos em que tenha sido instaurada a curadoria definitiva (cabendo aqui ao cônjuge não separado de pessoas e bens exigir a efectivação da obrigação de alimentos à custa do património do ausente, nos termos do art. 108º) e em que tenha sido decretada a separação de pessoas e bens (art. 1795º-A), a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar pressupõe, logicamente, a existência de...vida familiar (cf. o lugar paralelo do art. 1874º, nº 2). A última obrigação extingue-se, portanto, em todas as hipóteses em que falta a vida em comum, nomeadamente, por haver separação de facto (o que é confirmado pelo tratamento da situação no art. 1675º e não no 1676º)⁷⁷⁶ ou por haver alteração grave das faculdades mentais de um dos cônjuges.

⁷⁷⁵ Igualmente, CRISTINA DIAS, *Divórcio* pp. 58-59.

⁷⁷⁶ Contra, o ac. do STJ de 16/4/1998, *CJ-S* 1998/2, p. 45, que admite a vigência da obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar durante a separação de facto.

No entanto, convém não desenhar um contraste excessivo entre a obrigação conjugal de prestar alimentos e a obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar. Afinal, aquela sub-roga-se a esta, substituindo-a apenas porque a última não se adequa a um vínculo matrimonial que já se não reflecte numa comunhão de vida. Isto significa que o que separa a obrigação de alimentos e o dever de contribuir para os encargos é tão-só a ausência de economia comum. De resto, a obrigação alimentar dos cônjuges aproxima-se do dever sub-rogado (como é sugerido pelo art. 2015º). É por isso que a medida dos alimentos conjugais é diversa da medida dos alimentos gerais: não se circunscreve àquilo que seja indispensável ao sustento, habitação e vestuário, compreende tudo o que esteja de acordo com aquela que era a condição económica e social do agregado familiar, antes da separação.

Na falta da norma específica acerca da separação de facto, seriam aplicados, com adaptações, os critérios gerais que presidem à constituição da obrigação de alimentos (necessidade de uma das partes e capacidade da outra, com ponderação do anterior nível económico e social), que valem justamente para a ruptura decorrente da alteração grave das faculdades mentais de um dos cônjuges. Contudo, o legislador entendeu que a obrigação alimentar na separação de facto não pode estar dependente de razões puramente económicas. No art. 1675º, a culpa ou imputabilidade dos cônjuges surge também como uma condição da obrigação alimentar. Se a separação de facto não for imputável a qualquer dos cônjuges ou se for imputável a ambos, qualquer um deles pode exigir alimentos ao outro. Mas se a separação de facto for imputável a um dos cônjuges, ou a ambos, a obrigação alimentar só incumbe, em princípio, ao único ou principal culpado. Apenas excepcionalmente, por considerações de equidade (que atendem sobretudo aos factores da duração do casamento e do contributo das partes para a economia do casal), o cônjuge inocente ou menos culpado pode ser obrigado a prestar a alimentos ao outro.

A regra consagrada no nº 3 do art. 1675º, semelhante à que foi adoptada pelo parágrafo 1º do art. 146 do *Codice Civile*⁷⁷⁷, constitui um corpo estranho num sistema que aboliu a culpa enquanto pressuposto de obtenção do divórcio (Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro). Não impondo a nova lei que se averigue da culpa na ruptura da vida em comum para determinar a dissolução do casamento ou para concessão de alimentos entre ex-cônjuges, o juiz é forçado a formular tal juízo na constância do matrimónio, no quadro da obrigação alimentar.

II. A obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, manifestação normal do dever conjugal de assistência, destina-se a ocorrer a necessidades dos membros do agregado familiar de base conjugal que vivam em economia comum. As necessidades podem ser dos cônjuges, filhos e até de outros parentes ou afins associados à mesma economia doméstica, mas nem todas se integrarão no conceito de encargos da vida familiar, que baliza o dever em apreço. Relevam apenas as necessidades que se coadunam com a condição económica e social de um determinado núcleo familiar em concreto.

Uma delimitação mais precisa, assente no critério do tipo de necessidades, afigura-se complexa. O art. 1676º, nº 1, traça uma conexão entre os encargos da vida familiar e o lar ou a manutenção e educação dos filhos. Deste modo, cabem certamente entre esses encargos, p.e., as despesas com a vida na residência familiar (renda ou prestação do empréstimo relativa ao imóvel, gastos

⁷⁷⁷ Preceito legal italiano a que alguma doutrina atribui finalidade coerciva (enquanto meio conferido a um cônjuge para pressionar o outro, que, sem justa causa, se afastou do lar conjugal, a restabelecer a vida em comum): cf. CHECCHINI, "Allontanamento per giusta causa o ripudio?", *Rivista di Diritto Civile* 1981, I, p.270; VILLA, "Gli effetti del matrimonio", em *Famiglia e matrimonio*, sob a direcção de Bonilini e Cattaneo, Torino, UTET, 1997, p. 206.

com electricidade, gás, água e telefone, salário da empregada doméstica, compra de mobiliário, electrodomésticos e outros objectos para o lar, etc.) e com a alimentação, o vestuário, a higiene, a saúde e a escolaridade dos filhos. Contudo, a referência legal não é taxativa. Enquadram-se, obviamente, na categoria dos encargos da vida familiar as despesas dos cônjuges com o seu vestuário e com a sua alimentação, higiene, aparência física e saúde. Mais: abstraindo do critério do padrão de vida do casal, nem sequer se pode excluir *a priori* as “necessidades de lazer, de recreio físico e espiritual, de realização e afirmação profissional e de expressão e aquisição espiritual” de cada um dos membros da família⁷⁷⁸. Torna-se, por isso, patente o carácter artificial de uma qualquer tentativa de contraposição rígida entre os encargos familiares e os encargos profissionais (tanto mais que a satisfação destes proporciona, em regra, a obtenção de boa parte dos recursos que permitem a satisfação daqueles) ou individuais. O único tipo de encargos inequivocamente estranhos ao dever conjugal de contribuição acaba por ser o daqueles que colidem com a própria ideia de vida em comum, materializando uma violação de outros deveres conjugais (v.g., compra de um objecto caro, destinado à decoração do lar, quando o cônjuge adquirente sabia que o mesmo atinge profundamente a sensibilidade estética do outro; despesas de alojamento num hotel com vista à prática do adultério).

III. O dever de assistência vincula reciprocamente os cônjuges só que estes não são obrigados a realizar uma prestação idêntica. De harmonia com a dimensão material do princípio da igualdade, a lei impõe uma contribuição proporcional, ajustada às possibilidades de cada um.

Daqui resulta que nem sempre é possível escapar, na prática, à difícil tarefa de quantificação da prestação que dá corpo ao dever de contribuição. Em muitos casos, é essa quantificação que permite avaliar se um cônjuge dispõe ou não de um crédito sobre o outro, quando se trata de proceder à partilha do casal ou antes, se vigorar o regime da separação (cf. art. 1676º, nº 3). Além disso, a quantificação é imprescindível para que o cônjuge lesado possa beneficiar do regime constante do art. 1676º, nº 4, e para apurar o valor da indemnização que um terceiro tem de pagar ao cônjuge lesado pela diminuição ou perda da capacidade contributiva do outro cônjuge⁷⁷⁹.

Genericamente, a fixação do montante da contribuição que é exigível implica, a par de uma operação de identificação e de avaliação de todos os encargos da vida familiar, uma operação de avaliação da capacidade contributiva de cada cônjuge. Ora, como se disse, os encargos podem ser do tipo mais diverso e podem ser, inclusive, adversos a uma análise de cariz patrimonial. E como se isto não fosse suficiente, as formas de contribuição para ocorrer a tais encargos podem ser várias. A lei repartiu-as em duas categorias: afectação de recursos e trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos. Na categoria da afectação de recursos situam-se as realidades mais facilmente quantificáveis: os proventos ou ganhos do trabalho, as pensões, os dividendos, os juros, as rendas, as mais-valias decorrentes da transmissão de imóveis ou partes sociais, a disponibilização de bens próprios (p.e., um imóvel no qual é fixada a casa de morada da família). No entanto, é mais problemática uma avaliação precisa do trabalho directo de um cônjuge em prol do lar ou dos filhos. Problemática mas imperiosa, dado que a referência

⁷⁷⁹ Cf., p.e., certas acções por acidente de viação intentadas pelo cônjuge da vítima, objecto dos acs. da RP de 4/4/1991, CJ 1991/2, p.254, e da RC de 12/5/1992, CJ 1992/3, p.103.

legal a esta forma de contribuição pretende reconhecer o valor económico do trabalho doméstico e com os filhos⁷⁸⁰.

E importa ir mais além: a alusão a um género de trabalho como uma forma de cumprir um dever que incumbe a ambos os cônjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um, mostra que o abandono do exercício de qualquer actividade profissional por parte de um cônjuge pode acarretar uma violação do dever de assistência, nomeadamente, nos casos em que o montante da contrapartida pelo exercício daquela actividade constitua o único contributo imaginável do mesmo cônjuge para a satisfação dos encargos da vida familiar⁷⁸¹.

Apesar de tudo, não deixa de ser apreciável a margem de autonomia da vontade das partes no que toca à fixação do modo de cumprimento do dever em apreço. A lei não define o conceito de encargos da vida familiar, não os hierarquiza, não indica o montante que deve ser afectado a cada uma das necessidades familiares, nem impõe esta ou aquela forma de contribuição aos cônjuges. E até a prescrição da contribuição proporcional, que esteve aliada à presunção de que o cônjuge que efectuou uma contribuição superior àquilo que lhe era exigido renuncia ao direito de exigir ao outro a correspondente compensação, antes da Lei nº 61/2008, de 31/10, parece subtrair-se à regra da injuntividade em matéria de deveres conjugais⁷⁸², dadas as dificuldades que enfrenta o cônjuge que pretender fazer valer o seu direito a compensação por contribuição excessiva⁷⁸³. A contribuição para os encargos da vida familiar é, assim, um domínio privilegiado dos acordos sobre a orientação da vida em comum.

⁷⁸⁰ Cf. LEONOR BELEZA, *Efeitos* p.110.

⁷⁸¹ Cf., *supra*, nota 740, *in fine*.

⁷⁸² Cf. ALICE FEITEIRA, *Autonomia da vontade e efeitos pessoais do casamento*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1996, pp. 114-115.

⁷⁸³ Cf., *infra*, V deste número 15.

IV. Na ausência de acordo, vigora plenamente a prescrição da contribuição proporcional, assistida da garantia estabelecida pelo art. 1676º, nº 4. A faculdade que é conferida a um cônjuge de obter judicialmente o cumprimento do dever de contribuição que incumbe ao outro contraria dois mitos do Direito da Família: o mito do não-intervencionismo judicial na relação conjugal, salvo em situações de ruptura da vida em comum, que é desacreditado também pelo art. 1673º, nº 4; e o mito da insusceptibilidade de execução específica dos deveres conjugais, incompreensível quando se depara com um dever conjugal, como o dever de assistência, que se pode cumprir mediante a realização de prestações fungíveis.

Mas o âmbito da garantia especificamente prevista para o dever de contribuição não é irrestrito. A providência de contribuição do cônjuge para as despesas domésticas, regulada no art. 1416º do CPC, apenas tutela o cônjuge credor na medida em que o cônjuge inadimplente seja, por seu turno, titular de um crédito de rendimentos ou proventos sobre um terceiro perfeitamente identificável. É o que acontece se o cônjuge faltoso trabalhar por conta de outrem, podendo o tribunal notificar a respectiva entidade patronal para entregar directamente ao outro cônjuge a parte do vencimento necessária à satisfação da dívida periódica de contribuição para os encargos da vida familiar. Em contrapartida, a providência é, p.e., inaplicável se todos os recursos do cônjuge faltoso provierem do exercício de comércio a retalho.

V. A Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, introduziu uma alteração importante no regime do dever de assistência, ao eliminar a presunção *juris tantum* de renúncia do cônjuge que contribuiu excessivamente para os encargos da vida familiar ao direito de exigir o outro a correspondente compensação (presunção que constava do art. 1676º, nº 2, na redacção do Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de Novembro).

Presentemente, o nº 2 do art. 1676º estabelece que se a contribuição de um dos cônjuges for consideravelmente superior ao que é devido, “porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse cônjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação”.

A nova redacção do art. 1676º, nº 2, tem suscitado desenvolvimentos doutrinários⁷⁸⁴, que são úteis, atendendo ao facto de agora ser reconhecido o direito a uma compensação, de modo muito vago e impreciso.

O preceito visa, implicitamente, valorizar a relevância do trabalho no lar, protegendo o cônjuge que, por se ter dedicado exclusiva ou predominantemente ao trabalho doméstico, não exerceu uma actividade remunerada nem progrediu na carreira⁷⁸⁵.

Contudo, as boas intenções do legislador não escondem o facto de este ter tomado algumas opções infelizes: p.e., o uso da expressão “renunciou” no art. 1676º, nº 2, numa interpretação literal, não teleológica, impediria o cônjuge que nunca exerceu qualquer profissão de exigir ao outro uma compensação⁷⁸⁶. Mas é sobretudo esse cônjuge que se pretende tutelar...

Problemas não faltam. Como avaliar em concreto quando se verifica uma renúncia “excessiva”? Como determinar quando é que a contribuição de um dos cônjuges foi “consideravelmente superior” à do outro? O que são “prejuízos patrimoniais importantes”?

⁷⁸⁴ Cf., nomeadamente, CRISTINA DIAS, *Divórcio* pp. 66-74; RITA LOBO XAVIER, *Divórcio* pp. 45-59. Na opinião da última autora, “se um dos cônjuges renuncia total ou parcialmente ao exercício de uma profissão remunerada para se dedicar ao trabalho de casa e com os filhos, a sua contribuição deverá sempre considerar-se, do ponto de vista «qualitativo», «consideravelmente superior» à do outro, por maior que seja a contribuição patrimonial do outro” (ob. cit., p. 57).

⁷⁸⁵ Cf. CRISTINA DIAS, *Divórcio* pp. 67-69; RITA LOBO XAVIER, *Divórcio* pp. 48-49.

⁷⁸⁶ Cf. CRISTINA DIAS, *Divórcio* p. 69.

Na opinião de uma insigne especialista do Direito Patrimonial da Família⁷⁸⁷, os conceitos “renúncia excessiva” e “contribuição consideravelmente superior” estariam preenchidos se um dos cônjuges abdica total ou parcialmente do exercício de uma profissão remunerada para se dedicar ao trabalho de casa e com os filhos; e o conceito “prejuízos patrimoniais importantes” inspira-se no instituto do enriquecimento sem causa, havendo que efectuar a prova de que o trabalho proporcionado à família, sem retribuição, criou uma situação de desequilíbrio económico entre os cônjuges.

16. Características dos deveres conjugais e das situações jurídicas activas correspondentes

I. A análise precedente confirma que não é rigoroso situar os deveres dos cônjuges na área dos efeitos pessoais do casamento: o dever de respeito obriga um cônjuge a não violar os direitos patrimoniais do outro; o dever de cooperação pode acarretar colaboração na actividade profissional remunerada do outro consorte e um esforço em prol da elevação do bem-estar económico comum; o dever de assistência reflecte-se em prestações de cariz patrimonial.

II. Aos deveres a que os cônjuges estão vinculados correspondem, no lado activo, direitos subjectivos⁷⁸⁸ e não poderes funcionais. As situações jurídicas conjugais activas constituem permissões:

⁷⁸⁷ Cf. RITA LOBO XAVIER, *Divórcio* pp. 56-58, que acrescenta: “não está aqui em causa a questão de saber se o cálculo da medida de «compensação» deve abranger aquilo que normalmente se designa por «lucros cessantes», no sentido daquilo que o cônjuge deixou de ganhar com a actividade alternativa que poderia ter desenvolvido se não tivesse realizado o seu trabalho na família”.

⁷⁸⁸ Adere-se aqui à definição de direito subjectivo (“permissão normativa específica de aproveitamento de um bem”), proposta por MENEZES CORDEIRO (cf. *TDC I/1* p. 332).

o seu titular é livre de as exercer. Ele não está obrigado a exigir que, p.e., o seu cônjuge lhe seja fiel. E, em caso de violação de um dever conjugal, o cônjuge afectado não tem de solicitar o divórcio nem de requerer a reparação dos danos causados pela infracção, ainda que estejam preenchidos os pressupostos do art. 1781º, al. d), e do instituto da responsabilidade civil.

No entanto, são direitos subjectivos peculiares, não se confundindo com os direitos de crédito nem com outros direitos subjectivos centrados no interesse exclusivo dos respectivos titulares. As situações jurídicas conjugais activas são “direitos de comunhão”, instrumentos concedidos para a realização da finalidade do casamento. O cônjuge titular pode optar entre o exercício ou o não exercício, mas, quando decida agir, tem de proceder de forma a criar, manter e aprofundar os laços de comunhão de vida com o outro.

III. Assentando na relação jurídica matrimonial e referindo-se a bens que são comportamentos de uma das partes, os direitos conjugais integram-se na categoria de direitos relativos que têm por objecto prestações⁷⁸⁹. Todavia, como já se disse, são direitos subjectivos peculiares, especialmente marcados por uma vertente funcional comunitária, que se divisa, aliás, na técnica de consagração legal das situações jurídicas conjugais, preferencialmente como deveres recíprocos⁷⁹⁰.

⁷⁸⁹ Sobre a problemática do objecto dos deveres conjugais, cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 434-445, onde se contesta a tese de que os “direitos familiares pessoais não possuem um objecto”, adoptada por HÖRSTER (*A parte geral do Código Civil português. Teoria Geral do Direito Civil*, reimpressão da ed. de 1992, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 153 e s., 174-175, 255-256), bem como a posição que vê o cônjuge como objecto, defendida por CARNELUTTI (“Accertamento del matrimonio”, *Foro italiano* 1942, IV, pp. 41-42).

⁷⁹⁰ Cf., *supra*, Introdução, nº 10.4., *in fine*.

IV. Afinal de contas, os direitos conjugais formam uma espécie do género situações jurídicas familiares, pelo que não é de estranhar o que os marca – além da acentuada funcionalidade, têm carácter estatutário, durabilidade virtual e carácter *erga omnes*; são típicos, indisponíveis e gozam de uma tutela comum.

Os direitos conjugais apresentam natureza estatutária. Ligam-se ao estado de casado e subsistem, em princípio, enquanto não operar uma alteração do estado civil; isto, mesmo que haja incumprimento ou ruptura. Consequentemente, beneficiam também de durabilidade virtual. Cessam quando o estado civil muda, quando se passa a ser separado de pessoas e bens, viúvo ou divorciado.

Os terceiros estão obrigados a não contribuir para o incumprimento ou para a impossibilidade de cumprimento dos deveres dos cônjuges. A favor da oponibilidade *erga omnes* dos direitos conjugais, depõem os seguintes elementos: a finalidade comunitária dos interesses subjacentes às situações jurídicas, que justifica a preterição de interesses individuais de terceiros; a concepção do casamento como uma comunhão exclusiva entre duas pessoas (cf. arts. 1577º e 1601º, al. c)), que não deixa margem para uma ligação concorrente com terceiros; os casos, expressamente previstos pela lei, em que os interesses de terceiro são preteridos por causa de um casamento em que não foi parte⁷⁹¹.

Como se viu, os direitos conjugais são típicos. Não há deveres dos cônjuges que não estejam previstos no art. 1672º⁷⁹². E são

⁷⁹¹ Invalidez do segundo casamento contraído com o cônjuge bigamo (arts. 1601º, al. c) e 1631º, al. a)); retroacção da eficácia do registo do casamento sem ressalva dos direitos de terceiro incompatíveis com os “direitos e deveres de natureza pessoal dos cônjuges” ou até dos direitos compatíveis, se, tratando-se de registo por transcrição, esta tenha sido feita dentro dos sete dias subsequentes à celebração do casamento (art. 1670º, nº 2); invalidade das liberalidades feitas pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice (arts. 2196º e 953º).

⁷⁹² Cf., *supra*, Parte III, nº 11 II.

direitos indisponíveis⁷⁹³. Os cônjuges apenas podem estipular validamente quanto ao modo de exercício. Não é válida, p.e., a exclusão do dever de assistência, embora seja admissível a definição consensual da forma de contribuição para os encargos da vida familiar, dentro de certos limites.

V. A garantia dos direitos conjugais não é propriamente frágil, atendendo à tutela comum de que beneficiam, cumulável com uma tutela especificamente familiar⁷⁹⁴.

A tutela especificamente familiar é aquela que a lei estabelece concretamente para a violação de situações jurídicas familiares.

Na constância do matrimónio, uma violação do dever de coabitação, a separação de facto pela qual um dos cônjuges for o único ou principal culpado, é normalmente sancionada com a suspensão do dever de assistência a cargo do outro: o único ou principal culpado continua obrigado ao dever de assistência perante o cônjuge inocente ou menos culpado, mas não pode exigir a este o respectivo cumprimento (art. 1675º, nº 3). E em caso de violação do dever de contribuir para os encargos da vida

⁷⁹³ Cf., *supra*, Parte III, nº 10 I.

⁷⁹⁴ Antes da Lei nº 61/2008, de 31/10, a tutela especificamente familiar era particularmente intensa: o principal meio de garantia exclusivamente familiar dos deveres conjugais consistia na regulamentação das consequências do divórcio e da separação de pessoas e bens (cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 636-661).

Sendo decretado o divórcio litigioso (ou a separação litigiosa de pessoas e bens), a sentença declarava se tinha havido culpa de um ou de ambos os cônjuges e, na última hipótese, se a culpa de um fosse consideravelmente superior à do outro, qual deles era o principal culpado (art. 1787º, nº 1). A declaração de culpa pressupunha uma violação ilícita e culposa dos deveres conjugais que tivesse provocado ou aprofundado a ruptura da vida em comum. O cônjuge declarado único ou principal culpado sujeitava-se a sanções punitivas de índole patrimonial em matéria de partilha dos bens (art. 1790º), de eficácia das liberalidades (arts. 1791º), de responsabilidade civil pela dissolução do casamento (art. 1792º) e de alimentos (art. 2016º).

familiar, a lei admite que seja instaurada uma acção destinada a exigir o seu cumprimento (art. 1676º, nº 4).

A tutela especificamente familiar opera igualmente contra terceiros. Aquele que contribuir para o incumprimento do dever de fidelidade, mediante a prática de relações sexuais com o cônjuge de outrem, é afectado pela invalidade das liberalidades que tenham sido feitas pelo cônjuge adúltero (cf. arts. 2196º e 953º).

Aos direitos conjugais aplica-se a garantia comum. A infracção por um cônjuge de direitos individuais, patrimoniais ou pessoais, do outro, que se inscreve numa violação do dever de respeito, é susceptível de determinar responsabilidade civil e criminal, nos termos gerais. P.e., as ofensas corporais são criminalmente puníveis e os danos causados aos bens são ressarcíveis. A violação da obrigação conjugal de prestação de alimentos permite ao credor intentar uma acção de cumprimento.

Independentemente de divórcio ou separação de pessoas e bens, a violação de deveres conjugais, incluindo deveres distintos do de respeito e de feição mais íntima, como os de fidelidade e coabitação, pode acarretar responsabilidade civil, ao abrigo das regras gerais (cf. art. 483º e s.), como decorre claramente do art. 1792º, nº 1, na redacção da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro⁷⁹⁵.

⁷⁹⁵ Mais ambíguo era o art. 1792º, nº 1, na versão anterior, do DL nº 496/77, de 25/11, que dispunha: "O cônjuge declarado único ou principal culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea c) do artigo 1781º, devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento. Mesmo durante a vigência desta versão, entendemos (DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* p. 680) que o art. 1792º, na parte que impunha ao cônjuge único ou principal culpado a obrigação de ressarcimento dos danos não patrimoniais decorrentes do divórcio, enquanto norma especial, não levava à recusa da indemnização por danos causados directamente pela violação dos deveres conjugais. O âmbito de regulação do preceito, colocado na subsecção dos efeitos do divórcio, circunscrevia-se aos danos causados pelo divórcio; aos demais danos eram plenamente aplicáveis as regras gerais da responsabilidade civil.

Importa é que se verifiquem os pressupostos da obrigação de indemnizar. O casamento não cria uma *área de excepção*. A responsabilidade civil é um instrumento de protecção de todos os direitos subjectivos e não apenas de garantia de certos direitos, como os direitos reais, de crédito ou de personalidade).

VI. A violação de um dever conjugal predominantemente pessoal pode preencher os pressupostos da obrigação de indemnizar⁷⁹⁶: ilicitude, culpa, dano e o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano.

Vários autores⁷⁹⁷ contestam a viabilidade da aplicação das noções de culpa, dano e causalidade à relação conjugal.

Na verdade, as suas posições deixam a impressão de que se nega a legitimidade de tais noções não só no Direito Matrimonial como no Direito em geral. Os critérios comuns de definição da culpa são aplicáveis a todos os deveres que se baseiam na liberdade da vontade humana e que tenham um conteúdo determinável, o que sucede com os deveres conjugais. A dificuldade de delimitação dos danos indemnizáveis, em especial quando sejam não patrimoniais, verifica-se em muitas situações, e resolve-se recorrendo à concepção da causalidade adequada, adoptada no art. 563º.

⁷⁹⁶ Cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 672-677.

⁷⁹⁷ Cf. BEHRENS, *Verschuldensfeststellung nach § 1579 Nr. 6 BGB (Rechts- und sozialwissenschaftliche Analyse obergerichtlicher Rechtsfindung)*, Frankfurt, Peter Lang, 1998, pp. 286 e s.; BREITHAUPT, *Die Akzeptanz des Zerrütungsprinzips des 1. EheRG*, Munique, Florentz, 1987, pp. 287 e s.; CIPPITANI, "L'addebito della separazione come remedio di carattere patrimoniale", *DFP* 1996, pp. 705 e s., *La ricerca giuridica e il Diritto di Famiglia (A proposito di un saggio di Augusto Pino)*, Milão, Giuffrè, 1998 pp. 82 e s. Jurisprudência superior alemã antiga [cf. ac. do Bundesgerichtshof de 30/1/1957, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ)* 23, p. 215] opõe-se à responsabilidade civil por ilícito conjugal, invocando a extrema dificuldade da tarefa da determinação dos danos indemnizáveis, fonte potencial de "uma excepcional insegurança jurídica".

São, p.e., passíveis de indemnização entre cônjuges os danos, patrimoniais e não patrimoniais, sofridos pelo marido da mãe que supunha ser o pai de uma criança nascida de relações sexuais extramatrimoniais, mantidas pelo cônjuge mulher durante o matrimónio. A recusa do nexo causal a pretexto da complexidade da relação conjugal não procede, uma vez que a causalidade enquanto categoria jurídica é forçosamente uma simplificação da realidade em todos os domínios do Direito (e não apenas no Direito Matrimonial).

Para alguns⁷⁹⁸, o argumento da liberdade vale por si só para excluir a responsabilidade civil por violação de deveres conjugais predominantemente pessoais. Qualquer forma de pressão económica para o cumprimento seria inconcebível. No entanto, o regime da promessa de casamento (cf. art. 1594º, nº 1) mostra que, na área matrimonial, o "interesse na liberdade" do sujeito vinculado não tem prioridade absoluta sobre o "interesse no ressarcimento". E a constituição da obrigação de indemnizar por ilícito conjugal está longe de ser fácil: depende da prova do ilícito, da culpa⁷⁹⁹, do dano, da gravidade do dano (sendo *não patrimonial* - cf. 495º, nº 1) e do nexo de causalidade.

⁷⁹⁸ Cf. LEITE DE CAMPOS, *DFS* pp. 141-142, que, em nome do direito à liberdade, exclui a possibilidade de um cônjuge que cometeu adultério indemnizar o outro; FISCHER, anotação ao § 1353 do BGB, *Leitsätze* 29-30, *Leitzatzkommentar zum Familienrech*, vol. I, Hüllsmann/Klattenhoff/Runge, Verlag Recht und Praxis, Februar 1994.

⁷⁹⁹ Embora o casamento seja um contrato, a sua especialidade obsta à aplicação da presunção constante do regime geral próprio da responsabilidade obrigacional (art. 799º, nº 1). O cônjuge lesado tem de demonstrar que houve culpa do outro na violação dos deveres conjugais, enquanto exigência de uma articulação ponderada de dois elementos, o cerne da tutela da personalidade individual e o núcleo intangível da comunhão conjugal, confirmada pela preocupação da liberdade no teor restritivo da responsabilidade civil por incumprimento da promessa de casamento (afastamo-nos assim do entendimento vertido em DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 692-699).

Por fim, a escassa tutela especificamente familiar dos deveres conjugais não contraria a responsabilidade civil comum⁸⁰⁰. O princípio *ne bis in idem* não é atingido, porque as sanções familiares são destituídas de natureza indemnizatória.

VII. O terceiro que contribuir para o incumprimento ou para a impossibilidade de cumprimento dos deveres conjugais não está isento de responsabilidade civil: ele está obrigado a indemnizar desde que se verifiquem os pressupostos do instituto. P.e., o “terceiro cúmplice de adultério” pode ser obrigado, solidariamente com o cônjuge participante no acto, a reparar os danos provocados ao cônjuge que foi vítima da violação do dever de fidelidade⁸⁰¹; o médico que lesar a capacidade sexual de um cônjuge é susceptível de responder perante o cônjuge operado, por violação do direito à integridade física, quer perante o outro cônjuge, agora por violação do direito à coabitação sexual⁸⁰².

Aliás, é famosa a recente decisão judicial portuguesa⁸⁰³ que concedeu a um cônjuge um direito a indemnização contra terceiro por danos não patrimoniais associados ao acidente de viação que levou à impotência sexual do outro. Efectivamente, “o acto ilícito de terceiro que impossibilita uma pessoa casada de ter relações sexuais viola direitos de duas pessoas que são eficazes *erga omnes*: o direito à integridade física, de que é titular a «vítima principal», e o direito de coabitação sexual, pertencente ao cônjuge da vítima da lesão corporal. Ou seja, um

⁸⁰⁰ Sobre a compatibilidade do cúmulo das sanções familiares com a responsabilidade civil comum, cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 677-692.

⁸⁰¹ Acerca da responsabilidade civil do “terceiro cúmplice de adultério”, cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 714-729.

⁸⁰² Sobre a responsabilidade civil do terceiro por situações de interferência na relação conjugal diversas da prática do adultério, cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 729-739.

⁸⁰³ Ac. do STJ de 26-5-2009, proc. 3413/03.2TBVCT.S1, <http://www.dgsi.pt>.

único acto causa simultaneamente dois danos indemnizáveis: um dano sofrido pela vítima da lesão corporal e um dano sofrido pelo seu cônjuge. E o segundo é, tal como o primeiro, um dano directo⁸⁰⁴.

VIII. Em situações muito excepcionais, não é de excluir até a tutela compulsória de deveres inequivocamente pessoais, como é o caso do dever de fidelidade. É possível a utilização de meios compulsórios contra o adultério, mas, sublinhe-se, apenas na casa de morada da família⁸⁰⁵. Se o adultério ocorrer no lar conjugal, se o amante de um dos cônjuges se instalar na casa de morada da família, a protecção do cônjuge lesado não se confina à concessão de uma indemnização e à obtenção do divórcio. Sendo o adultério, por si só, normalmente grave, a sua realização na casa de morada da família amplia a gravidade do ilícito, legitimando uma reacção mais enérgica. Ao cônjuge ofendido é facultado o recurso a acções ou providências cautelares, para solicitar o afastamento do cúmplice do cônjuge adúltero da casa de morada da família, sob cominação de uma sanção pecuniária compulsória ou da pena aplicável ao crime de desobediência.

⁸⁰⁴ DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* p. 737, passagem que é citada pelo acórdão identificado, *supra*, na nota 803.

⁸⁰⁵ Cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 587 e s., em particular pp. 601-604, e “A tutela da exclusividade sexual entre os cônjuges na casa de morada da família”, em *Comemorações dos 35 anos* pp. 265-274.

Secção III – Efeitos do casamento no domínio do nome, da filiação, da nacionalidade, da entrada e permanência no território português

17. O apelido dos cônjuges

O art. 1677º, nº 1, dispõe que cada um dos cônjuges conserva os seus próprios apelidos, mas pode acrescentar-lhes apelidos do outro até ao máximo de dois. No direito português⁸⁰⁶, a alteração do nome por causa do casamento constitui uma simples faculdade e não um dever. Entre nós, agora, a alteração do nome é também uma faculdade subordinada ao princípio da igualdade, podendo ser exercida por qualquer um dos cônjuges e não, como sucedia antes da Reforma de 1977 (cf. a primeira versão do artigo 1675º do Código Civil) ou como ainda ocorre no direito italiano, apenas pelo cônjuge mulher⁸⁰⁷.

Contudo, se a faculdade de alteração do nome por causa do casamento está subordinada ao princípio da igualdade, isto não

⁸⁰⁶ Ao invés do que se passa nos ordenamentos jurídicos alemão (o § 1355 I 1 BGB determina que os cônjuges devem adoptar um nome comum de família) e italiano (nos termos dos arts. 143 bis e 156 bis *Codice Civile*, a mulher junta o apelido do marido ao seu apelido originário e carece de autorização judicial para o não usar).

⁸⁰⁷ Neste aspecto, a reforma portuguesa foi até mais longe do que os ordenamentos que, globalmente, a inspiraram. Não se seguiu a solução italiana, já referida, nem a solução da reforma alemã de 1976, que era a seguinte: o § 1355 previa que de entre os apelidos do marido ou da mulher fosse escolhido o nome comum de família e que, na falta de acordo entre eles, esse nome seria o apelido do marido. O legislador português adiantou-se cerca de 15 anos. A fixação do apelido do marido como nome comum de família foi declarada incompatível com a Constituição da República Federal Alemã, por um acórdão de 5/3/1991 do *Bundesverfassungsgericht* (*FamRZ* 1991, p.535), e, na sequência da *Familiennamensrechtsgesetz*, de 16/12/1993, o § 1355 do BGB passou a prever que, na ausência de acordo e excepcionalmente, não será adoptado um apelido familiar comum, mantendo ambos os cônjuges os nomes que tinham à data da celebração do casamento.

significa que possa ser exercida simultaneamente por ambos os cônjuges. A razão de ser da consagração de tal faculdade implica o exercício apenas por um dos cônjuges (opinião que se sabe colidir com o entendimento corrente). Deste modo, e em observância do princípio da igualdade, as partes devem indicar por consenso qual das duas a irá exercer. Na falta de acordo, não haverá qualquer alteração do nome.

A faculdade de alteração do nome por causa do casamento representa uma excepção ao princípio da imutabilidade do nome fixado no assento de nascimento, consignado no art. 104º, nº 1, do CRC, carácter esse que se harmoniza com a disciplina estabelecida no art. 1677º, nº 2 (nega o exercício daquela faculdade a quem volte casar, conservando apelidos do cônjuge de anterior casamento). A semelhança de outras hipóteses de alteração do nome (cf. arts. 1988º e 1995º), a excepção justifica-se por ser conveniente a existência de uma marca distintiva comum a todos os membros da mesma família⁸⁰⁸. De facto, a comunhão de apelidos tende a criar e reforçar o sentimento de pertença ao grupo familiar. A derrogação do princípio da imutabilidade do nome, por causa da celebração de um casamento, só se pode aceitar à luz do valor da integração na família. Por isso, e ao arrepio do que é, por vezes, defendido⁸⁰⁹, não nos parece legítima uma interpretação literal do artigo 1677º, no sentido de permitir que um ou os dois cônjuges alterem os seus nomes, sem que daí resulte um elemento identificador comum. Faz sentido admitir, por exemplo, que, por efeito do casamento, Ana Ribeiro mude o seu nome para Ana Ribeiro Silva e que António Silva mude o

⁸⁰⁸ Diferentemente, ANTUNES VARELA, "Alterações legislativas do direito ao nome", *RLJ* 114º, pp. 294-295, afirmando que a Reforma de 1977 não foi sensível ao "interesse do nome como símbolo e instrumento da unidade institucional da família".

⁸⁰⁹ Nomeadamente por ANTUNES VARELA, *DF* p. 366, e PAMPLONA CORTE-REAL, *Relatório* p. 111.

seu nome para António Silva Ribeiro? Ou que Ana Ribeiro mude o seu nome para Ana Silva Ribeiro, enquanto o marido mantém o nome de António Silva? O exercício da faculdade prevista pela norma em apreço tem de se traduzir numa coincidência quanto à ordem ou à disposição do apelido ou apelidos dos cônjuges.

A obtenção de um nome comum de família não é um valor absoluto, como o demonstra a previsão da alteração do nome, por efeito do casamento, sob a forma de uma faculdade e não de um dever, bem como da possibilidade da renúncia aos apelidos adoptados por virtude do casamento (cf. art. 104º, nº 2, al. d), do CRC). E o risco de confusão ou de perda de identidade não é um assunto que diga respeito apenas ao próprio titular do nome. A alteração do nome tem uma importante repercussão social. Por conseguinte, parece-nos de aplaudir a orientação que rejeita a formação do nome de família através do recurso à intercalação dos apelidos de um cônjuge ao nome do outro⁸¹⁰. Apesar de procurar assegurar o carácter de faculdade recíproca à alteração do nome (por exemplo, Ana Ribeiro, recorrendo à técnica da adição, mudaria o nome para Ana Ribeiro Silva e António Silva, recorrendo à técnica da intercalação, passaria a ser conhecido como António Ribeiro Silva), o certo é que a tese da intercalação⁸¹¹ acarreta uma modificação estrutural do nome fixado no assento do nascimento e, portanto, uma mudança demasiado profunda para ser reconhecida (atente-se nas dúvidas de identidade provocadas pela mudança do nome António Silva para António Ribeiro Silva). Em suma, a faculdade conferida pelo art. 1677º só pode ser exercida por um cônjuge, e apenas por um cônjuge, que adita aos seus próprios apelidos apelidos do outro até ao máximo de dois.

⁸¹⁰ Cf. VILHENA DE CARVALHO, *O nome das pessoas e o Direito*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 142 e s.

⁸¹¹ Propugnada por PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF I* pp. 361-362; acs. do STJ de 14/10/1997, *BMJ* 470, p.612, e de 23/11/1999, *BMJ* 491, p.281.

18. A filiação na constância do matrimónio

I. O presente número refere-se exclusivamente ao casamento de pessoas de sexo diferente, dado que, na perspectiva da lei, o problema da filiação na constância do matrimónio não se põe, por enquanto, relativamente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo⁸¹².

O casamento não cria um dever conjugal de procriação conjunta⁸¹³.

Nos termos do art. 1577º, o casamento visa a constituição de família, mas isso não quer dizer que o instituto tenha por finalidade a geração: a ligação entre os cônjuges é ela própria uma relação familiar (art. 1576º). Das alusões que o regime dos deveres conjugais faz aos filhos (cf. arts. 1673º, nº 1, e 1676º, nº 1), marcadas por um espírito de protecção, não se retira uma obrigação de procriação. E tão-pouco da presunção de paternidade do marido da mãe, consagrada no art. 1826º: basta verificar que a presunção abrange o caso de concepção antenupcial do filho nascido após o casamento.

O princípio da identidade de efeitos civis entre as várias modalidades e formas de casamento⁸¹⁴ obsta à relevância (pelo menos, directa), na ordem estatal, da conexão que o Código de Direito Canónico estabelece entre o matrimónio católico e a procriação (cân. 1055, § 1º).

Apesar de tudo, o casamento produz efeitos importantes no domínio da filiação.

II. As questões em torno da concepção de filhos (sua existência ou não, número e momento de os ter) enquadram-se no objecto do acordo sobre a orientação da vida em comum. E o não

⁸¹² Cf., *supra*, Parte III, nº 3.1. IV.

⁸¹³ Sem prejuízo de poder ser abusivo o exercício do direito de não procriar: cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 300-301.

⁸¹⁴ Cf., *supra*, Parte III, nº 6 I.

cumprimento de acordo eventualmente alcançado quanto à concepção ou contracepção é susceptível de integrar um ilícito conjugal⁸¹⁵.

III. Com o casamento, surge a presunção de que os filhos nascidos ou concebidos na constância do matrimónio têm como pai o marido da mãe (art. 1826º, nº 1). A presunção de paternidade, que se estende à procriação heteróloga medicamente assistida, feita com o consentimento do marido da mãe (cf., nomeadamente, o art. 1839º, nº 3), constitui a filiação do marido da mãe, nos termos do art. 1796º, nº 2. A paternidade presumida do marido da mãe só pode ser destruída por acção de impugnação (cf. art. 1838º). No entanto, a presunção cessa, sem necessidade de impugnação judicial, se a mulher casada fizer a declaração de nascimento com a indicação de que o filho não é marido (art. 1832º, nº 2), se o filho tiver sido concebido antes do matrimónio e a mãe ou o marido declararem no acto de registo de nascimento que o marido não é o pai (art. 1828º) ou se o filho tiver sido concebido depois de findar a coabitação dos cônjuges, nos termos do art. 1829º.

IV. No campo da filiação adoptiva, é conferida a faculdade de adopção plena conjunta às pessoas casadas uma com a outra há mais quatro anos e não separadas de pessoas e bens, se ambas tiverem mais de 25 anos (art. 1979º, nº 1). A adopção, plena ou restrita, de filho do cônjuge do adoptante pode ser feita por quem tiver mais de 25 anos e não está limitada pela idade do adoptante (arts. 1979º, nºs 2 e 5, e 1992º). A adopção plena do filho de um cônjuge pelo outro representa uma excepção ao princípio da extinção das relações familiares entre o adoptado e os seus ascendentes e colaterais naturais (cf. art. 1986º). A adopção

plena singular de menor que não é filho de um cônjuge, feita pelo outro, constitui um vínculo de afinidade no 1º grau da linha recta entre o adoptado e o cônjuge do adoptante, por força do art. 1986º, nº 1.

As pessoas casadas uma com a outra que não se encontrem separadas de pessoas e bens ou separadas de facto podem recorrer a técnicas de procriação medicamente assistida, desde que sejam maiores de idade e não tenham sido declaradas interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica (art. 6º da LPMA). A filiação da criança nascida graças à aplicação consentida das técnicas de PMA será fixada relativamente a ambos os membros do casal⁸¹⁶.

V. Uma vez estabelecida ou constituída a filiação do menor relativamente aos dois cônjuges, o exercício de todas as responsabilidades parentais pertence a ambos, na constância do matrimónio (art. 1901º, nº 1), e será feito de comum acordo. Na falta de acordo em questões de particular importância (acordo esse que cabe na categoria de acordos sobre a orientação da vida em comum), qualquer dos pais pode suscitar a intervenção do tribunal, nos termos do art. 1901º, nº 2. Quando não se trate de questão de particular importância ou para a qual a lei exija expressamente o consentimento de ambos os pais, presume-se o acordo na prática, por um só deles, de actos que integrem o exercício das responsabilidades parentais (art. 1902º, nº 1).

VI. O interesse dos filhos tem de ser ponderado na realização da generalidade dos acordos sobre a orientação da vida em comum (cf. a referência ao "bem da família" no art. 1671º, nº 2), na fixação da residência da família (cf. art. 1673º, nº 1) e no cumprimento dos deveres de cooperação (por via da obrigação de assunção em conjunto das responsabilidades familiares,

consagrada no art. 1674º) e de contribuir para os encargos da vida familiar (cf. art. 1676º, nº 1).

19. Casamento, nacionalidade, entrada e permanência no território português

I. A nacionalidade portuguesa não se adquire nem se perde pelo mero facto da celebração do casamento.

A Lei da Nacionalidade (aprovada pela Lei nº 37/81, de 3 de Outubro) prevê que o estrangeiro casado há mais de três anos com nacional português pode adquirir a nacionalidade portuguesa mediante declaração feita na constância do matrimónio (art. 3º, nº 1). Em regra, a declaração deve ser instruída com certidão do assento de casamento e com certidão do assento de nascimento do cônjuge português (art. 14º, nº 3, do Regulamento da Nacionalidade Portuguesa, aprovado pelo DL nº 237-A/2006, de 14 de Dezembro). O requisito dos três anos de duração do casamento foi aditado pelo art. 1º da Lei nº 25/94, de 19 de Agosto, na sequência de uma larga publicidade conferida pela comunicação social a casamentos celebrados por estrangeiros (v.g., jogadores de futebol), com portugueses, que alegadamente teriam como único objectivo a obtenção da nacionalidade portuguesa. Aparentemente, o requisito visa dificultar a simulação absoluta.

O português que case com nacional de outro Estado não perde por esse motivo a nacionalidade portuguesa, salvo se, sendo também nacional de outro Estado, declarar que não quer ser português (art. 8º da Lei da Nacionalidade). A declaração deve ser instruída com documento comprovativo da nacionalidade estrangeira do interessado (art. 30º, nº 3, do Regulamento da Nacionalidade Portuguesa).

As declarações de que dependem a aquisição ou perda da nacionalidade portuguesa devem constar do registo central da nacionalidade, a cargo da Conservatória dos Registos Centrais (art. 16º da Lei da Nacionalidade).

II. A entrada e a permanência em território nacional de estrangeiro casado são reguladas pela Lei nº 37/2006, de 9 de Agosto (sobre livre circulação e residência dos cidadãos da União Europeia e dos membros das suas famílias em território nacional), se o respectivo cônjuge for “cidadão da União”, entendendo-se como “cidadão da União” o cidadão nacional de Portugal, de outro Estado membro da União Europeia, da Suíça ou de Estado parte no Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (cf. arts. 1º-3º).

Genericamente, a lei em apreço estabelece um regime mais favorável ao cônjuge de “cidadão da União” (do que ao cônjuge de outro cidadão), em matéria de entrada e saída do território nacional, direito de residência ou protecção contra o afastamento do território português.

III. A entrada e a permanência em território nacional de estrangeiro casado são reguladas pela Lei nº 23/2007, de 4 de Julho (que aprovou o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional), se o respectivo cônjuge não for “cidadão da União”.

Os arts. 98º a 108º da Lei nº 23/2007, de 4 de Julho, disciplinam a autorização de residência para reagrupamento familiar. O direito ao reagrupamento familiar com o cônjuge é conferido, nomeadamente, ao cidadão estrangeiro com autorização de residência válida no território nacional, que com ele tenha vivido noutro país, que dele dependa ou que com ele coabite (arts. 98º, nº 1, e 99º, nº 1, al. a)).

Secção IV – Efeitos predominantemente patrimoniais do casamento

20. Preliminares

O título da secção IV confirma a rejeição de uma dicotomia rígida que reparte os efeitos do casamento em pessoais e patrimoniais.

Há, quando muito, efeitos *predominantemente* patrimoniais do casamento.

Nesta secção, são expostos primeiramente os temas das convenções antenupciais (nº 21) e das doações para casamento (nº 22), enquanto actos que produzem efeitos patrimoniais na relação conjugal e que só podem ser validamente praticados antes do casamento.

Segue-se a consideração do património do casal na vigência do casamento, tanto do lado do activo (nº 23) como do lado do passivo (nº 24). No lado do activo patrimonial, incluem-se os assuntos da titularidade, da administração e da disposição de bens. A problemática da titularidade de bens abarca os temas do regime de bens e da modificação superveniente desse regime (nºs 23.1. e 23.2., respectivamente). É a propósito da modificação superveniente do regime de bens que serão considerados o princípio da imutabilidade do regime de bens (que, por vezes, é ensinado no âmbito das convenções antenupciais) e o instituto da simples separação judicial de bens (que, para alguns autores⁸¹⁷, forma, com a separação de pessoas e bens, uma divisão autónoma, colocada entre os efeitos e a extinção do casamento).

Uma vez apreciadas as questões relativas ao activo e ao passivo patrimonial (ou dívidas) dos cônjuges, chega a altura de estudar a matéria da partilha dos bens comuns do casal (nº 25), que é situada na esfera dos efeitos predominantemente patrimoniais do casamento porque pode ocorrer mesmo que não haja extinção do casamento (nas hipóteses de separação superveniente de bens e de separação de pessoas e bens).

⁸¹⁷ Cf., designadamente, CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* pp. 193 e s.; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 551 e s.

A secção encerra com o nº 26, atinente aos contratos celebrados entre os cônjuges⁸¹⁸.

21. Convenções antenupciais

21.1. Noção de convenção antenupcial

O único modo pelo qual é permitido às partes fazerem estipulações sobre regimes de bens é a convenção antenupcial. O art. 1717º determina que, na falta de convenção antenupcial, o casamento se considera celebrado sob o regime de bens supletivo. As estipulações sobre regime de bens feitas fora de convenção antenupcial consideram-se, portanto, não escritas.

No entanto, embora seja o único meio legalmente admissível de efectuar estipulações sobre regimes de bens e tenha, normalmente, por objecto esta espécie de estipulações, a convenção antenupcial não pode ser definida como “o acordo dos nubentes sobre o regime de bens que vai vigorar no seu casamento”⁸¹⁹. A convenção antenupcial não contém necessariamente cláusulas sobre regime de bens. Nada obsta à validade de uma convenção antenupcial em que se façam apenas doações para casamento (cf. art. 1756º, nº 1) ou certas disposições por morte (cf. art. 1700º).

Muito menos rigoroso é o entendimento de que a convenção antenupcial é o acordo mediante o qual os nubentes regulam as relações patrimoniais que se irão estabelecer no futuro casamento⁸²⁰.

⁸¹⁸ Para um balanço global vigorosamente crítico da disciplina vigente dos efeitos predominantemente patrimoniais do casamento, cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* pp. 60-68, que reclama um maior espaço de liberdade para as partes.

⁸¹⁹ Noção que é dada por EDUARDO DOS SANTOS, *DF* p. 295. De forma semelhante, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 484.

⁸²⁰ Cf. as noções formuladas por F. B. FERREIRA-PINTO, *Dicionário de Direito da Família e de Direito das Sucessões*, Livraria Petrony, Lisboa, 2004, p. 542; ANTUNES VARELA, *DF* pp. 427-428; ADRIANO PAIVA, *A comunhão de adquiridos* p. 76.

Como em seguida se demonstrará, não é permitido alterar, por convenção antenupcial, regras legais sobre administração e disposição de bens do casal nem sobre dívidas dos cônjuges.

A convenção antenupcial é um negócio celebrado em vista da futura realização de um casamento, com a necessária intervenção de, pelo menos, um dos nubentes, na qualidade de parte. Dizer mais do que isto é arriscado. A convenção não é forçosamente um acordo entre os nubentes e nem sequer tem de ser um contrato⁸²¹: pode incluir somente uma doação para casamento feita por terceiro a um dos esposados (cf. art. 1754º) ou uma disposição testamentária feita por um esposado (cf. art. 1704º).

Sendo celebrada em vista da futura realização de um casamento, a convenção antenupcial precede-o e caracteriza-se pela sua acessoriedade relativamente ao casamento⁸²². Ao condicionar a eficácia da convenção à ulterior realização de um casamento válido, o art. 1716º prova cabalmente que se está perante um negócio acessório do casamento. Deste modo, só integra uma verdadeira convenção antenupcial o negócio jurídico que tenha algum nexó com o futuro casamento⁸²³. Isto não significa que sejam nulas as cláusulas que, estando inseridas num acto denominado de convenção antenupcial, não tenham em vista a futura realização do casamento. Elas podem ser válidas. Só não estão subordinadas às regras legais específicas da convenção antenupcial.

⁸²¹ Mas a maioria dos autores portugueses enquadra a convenção na figura dos contratos (cf. ADRIANO PAIVA, *A comunhão de adquiridos* p. 76).

⁸²² Contra o uso da expressão, PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* p. 60: a convenção antenupcial “não é em rigor – nem o poderia ser face ao seu conteúdo – um acto acessório do casamento. Será um acto complementar do mesmo apenas, condicionado à sua celebração, sem que se entreveja qualquer subalternidade material ou funcional relativamente a ele”.

⁸²³ Igualmente, ANTUNES VARELA, *DF* p. 428, nota 1.

21.2. O conteúdo da convenção antenupcial

I. No que toca ao conteúdo da convenção antenupcial, há que separar os aspectos respeitantes ao regime de bens dos demais.

Em matéria de regime de bens, vigora o princípio da liberdade de estipulação (art. 1698º). Os nubentes podem fixar livremente o regime de bens do seu casamento, quer escolhendo um dos regimes típicos quer adoptando um regime atípico. Há, porém, restrições especiais à liberdade de estipulação neste domínio: não pode ser convencionada a comunicabilidade dos bens enumerados no art. 1733º (art. 1699º, nº 1, al. d)) nem dos bens objecto de doações entre casados (art. 1764º, nº 2); o art. 1699º, nº 2, determina que não é admissível a escolha do regime da comunhão geral nem a estipulação da comunicabilidade dos bens referidos no art. 1722º, nº 1, se o casamento for celebrado por quem tenha filhos; não é permitida a fixação, total ou parcial, do regime de bens por simples remissão genérica para uma lei estrangeira, para um preceito revogado, ou para usos e costumes locais (art. 1718º); o casamento celebrado sem precedência do processo preliminar de casamento ou por quem tenha completado sessenta anos de idade considera-se sempre contraído no regime imperativo da separação de bens (art. 1720º, nº 1); é proibida a adopção do regime dotal⁸²⁴, nos casamentos celebrados depois

⁸²⁴ O regime dotal estava previsto nos arts. 1738-1752º, na versão originária do Código Civil, tendo sido revogados pelo diploma que aprovou a Reforma de 1977. O regime dotal pressupunha a constituição do dote, que só podia abranger bens levados para o casamento pela mulher ou por ela adquiridos a título gratuito, na constância do matrimónio (cf. antigo art. 1739º). Em princípio, os bens dotais só podiam ser onerados ou alienados “em caso de necessidade urgente ou de utilidade manifesta, mediante prévio consentimento do marido e da mulher e com autorização do tribunal” (cf. antigo art. 1746º). Como era válida unicamente a constituição do dote a favor da mulher, a manutenção do regime dotal não se harmonizava muito bem com o princípio da igualdade dos cônjuges, consagrado pela Constituição da República Portuguesa em 1976.

de 1 de Abril de 1978 (cf. art. 180º do DL nº 496/77, de 25 de Novembro, que aprovou a Reforma do Código Civil).

Por força do art. 1699º, nº 1, al. d), o art. 1733º, nº 1, é, portanto, uma regra injuntiva que se aplica a todo e qualquer regime de bens e não apenas ao regime típico da comunhão geral.

O art. 1699º, nº 2, impõe uma proibição, quando o casamento for celebrado por quem tenha filhos, sem distinguir se os filhos são de ambos os nubentes ou de apenas um deles. Todavia, o preceito é alvo de uma interpretação restritiva dominante, consolidada⁸²⁵, que considera a proibição aplicável unicamente nos casos em que haja filhos de um nubente com terceiro. No caso de os nubentes só terem descendentes comuns, seria permitida a escolha do regime da comunhão geral e a estipulação da comunicabilidade dos bens referidos no art. 1722º, nº 1.

O art. 1699º, nº 2, é um instrumento de tutela dos sucessíveis legitimários em vida do *de cuius*, mais precisamente dos filhos, que, a par do cônjuge figuram entre os sucessíveis legitimários prioritários, nos termos dos arts. 2157º e 2133º, nº 1, al. a). Segundo os defensores da interpretação restritiva, o preceito visa proteger as expectativas sucessórias dos filhos de apenas um dos nubentes perante as de outros sucessíveis legitimários prioritários deste (cônjuge do progenitor ou filhos subsequentes do progenitor com o cônjuge). Mas testemos, com exemplos, a orientação em apreço.

1ª hipótese. *A* morre, deixando bens no valor de 180. Sobrevivem-lhe os filhos C, D e E. Valor da herança legitimária=120 (2/3X180; cf. arts. 2162º e 2159º, nº 2), que é dividida por cabeça (cf. arts. 2157º e 2139º, nº 2). Valor das legítimas subjectivas: C=40; D=40; E=40.

2ª hipótese. *A* e B casam, tendo previamente convencionado o regime da comunhão geral de bens. No momento do casamento,

⁸²⁵ Cf., nomeadamente, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 488-489; parecer da PGR nº 55/94, de 10/11/1994, *DR* II série, nº 91, de 18/4/1995, p. 4207.

os bens de *A* que iriam integrar a comunhão valiam 180, enquanto B não tinha bens comunicáveis. Suponha-se que não há qualquer variação patrimonial subsequente. *A* morre. Nesta altura, o património comum é 180 e os bens próprios de *A* e de B (enquadráveis no elenco do art. 1733º, nº 1) não são quantitativamente relevantes. Sobrevivem a *A* o cônjuge B e os filhos do casal, C, D e E, já nascidos no momento em que foi feita a convenção antenupcial. O valor da meação de cada cônjuge é igual a 90. O valor da herança de *A* coincide com o da meação. Na herança legitimária de *A*, avaliada em 60 (2/3X90; cf. art. 2159º, nº 1), cabe 15 a cada um dos quatro sucessíveis legitimários prioritários (arts. 2157º, 2139º, nº 1). B recebe imperativamente 105 (90, enquanto cônjuge meeiro, nos termos dos arts. 1730º, nº 1, e 1734º, e 15, enquanto herdeiro legitimário). Quando B falecer, C, D e E, seus legitimários prioritários, repartem entre si a herança legitimária de B, avaliada em 70 (2/3X105; cf. art. 2159º, nº 1). Como já tinham herdado de *A* uma quota no valor de 15, cada um dos filhos, C, D e E, adquire dos seus pais, por via da sucessão legitimária, um total de cerca 38,333 (15+23,333).

3ª hipótese. Os dados iniciais da 2ª hipótese sofrem as seguintes alterações: a *A* continua a sobreviver E, só que este é filho unicamente de *A*. Imagine-se, porém, que a estipulação convencional do regime da comunhão geral de bens entre *A* e B era válida, por não existir uma disposição legal semelhante à do art. 1699º, nº 2. Quando B morre, sucedem-lhe como legitimários C e D, uma vez que E é filho somente do primeiro *de cuius*. No final, cada um dos filhos de *A* com B, C e D, conseguiria, por via da sucessão legitimária dos seus pais, 50 (15, valor da legítima subjectiva na herança de *A*; e 35, valor da legítima subjectiva na herança de B). Na sucessão legitimária, E, filho de *A*, cônjuge que tinha contribuído com a totalidade dos bens que compõem o património comum, recebe 15, menos de um terço do que aquilo que obtém qualquer um dos seus meios-irmãos, graças à conjugação da cláusula de comunhão geral de bens com uma dupla sucessão.

4ª hipótese. Os dados iniciais da 3ª hipótese sofrem a seguinte alteração: aplica-se o art. 1699º, nº 2, sendo nula a cláusula que fixa o regime da comunhão geral de bens (art. 294º). Vigorando eventualmente o regime de bens supletivo, o património comum não abarca os bens que os cônjuges levaram para o casamento (cf. art. 1722º, nº 1, al. a)). A herança legitimária de *A* atinge agora o valor de 120 ($2/3 \times 180$; cf. art. 2159º, nº 1) e é dividida por cabeça entre B, C, D e E. Caberá a cada um deles a legítima subjectiva de 30. B falece, deixando um património de 30. São seus herdeiros legitimários C e D, mas não E, que era filho somente do primeiro *de cuius*. A legítima objectiva na herança de B, que é 20 ($2/3 \times 30$), será dividida entre aqueles. No final, cada um dos filhos comuns, C e D, conseguiria, por via da sucessão legitimária dos seus pais, 40 (30, a título de legítima subjectiva relativamente a *A*; e 10, a título de legítima subjectiva na herança de B). É muito menor a desproporção entre o que eles adquirem por via da sucessão legitimária relativamente a E (30 para este contra 40 para cada um daqueles). E no momento da abertura da sucessão de *A*, o valor dos benefícios patrimoniais de E é igual ao de qualquer um dos outros sucessíveis legitimários prioritários (incluindo aos de B, cônjuge sobrevivente de *A*).

Em síntese, a estipulação da comunhão geral de bens afecta sobretudo a expectativa sucessória daquele que seja filho apenas de um dos nubentes (compare-se a 3ª, em que lhe cabe 15, com a 4ª hipótese, em que lhe cabe 30).

No entanto, a interpretação restritiva do art. 1699º, nº 2, que hoje predomina, funda-se no pressuposto de que as expectativas legitimárias dos filhos comuns do casal não são significativamente atingidas porque ele sucede a ambos os progenitores. Será assim? E se o progenitor que sobreviveu ao outro voltar a casar ou vier a ter um filho⁸²⁶? Recorramos novamente a exemplos.

⁸²⁶ Cf., a propósito, votos de vencido emitidos no parecer da PGR nº 55/94, mencionado *supra*, na nota 825, que defendem antes uma interpretação declarativa.

Os dados da 2ª hipótese sofrem as seguintes alterações: antes de falecer, B volta a casar. No momento da sua morte, B tem quatro sucessíveis legitimários prioritários: C e D e E, filhos pré-matrimoniais dele com *A*, e F, cônjuge das segundas núpcias. Quando B falecer, C, D, E e F, legitimários prioritários, repartem entre si a herança legitimária de B (70), cabendo a cada um deles 17,5. No total, cada um dos filhos, C, D e E, adquire dos seus pais, por via da sucessão legitimária, um total de 32,5 (15+17,5).

Veja-se agora o que sucederia na falta da estipulação de comunhão geral relativamente ao primeiro casamento. A herança legitimária de *A* vale 120 ($2/3 \times 180$) e é dividida igualmente entre B, C, D e E. Cabe, portanto, 30 a cada um. B morre, após o segundo casamento. Sendo o património de B avaliado em 30, a legítima objectiva de 20 ($2/3 \times 30$) é repartida por igual entre C, D, E e F. Cabe 5 a cada um. Cada um dos filhos, C, D e E, adquire dos seus pais, por via da sucessão legitimária, um total de 35 (30+5).

É verdade que o efeito conjugado da comunhão geral convencional para o primeiro casamento com a celebração de um segundo casamento pelo progenitor que sobreviveu ao outro implica uma satisfação menor das expectativas sucessórias dos filhos comuns do casal já existentes à data da convenção antenupcial. Mas a redução resultante de um acréscimo do número de sucessíveis legitimários (cônjuge ou filhos apenas de B) não choca, porque nem sequer retira aos filhos de *A* com B a sua posição proporcionalmente vantajosa (concorrendo à sucessão legitimária dos dois progenitores, adquirem, na massa total, mais do que os outros sucessíveis legitimários de B: o cônjuge de B obtém 17,5 e cada um dos filhos de *A* com B 32,5); ora, a sua posição é bem diferente daquela que ocuparia alguém que fosse filho apenas de *A*, no caso de ser válida a estipulação de comunhão geral (cf., *supra*, 3ª hipótese: aquele que é filho apenas de *A* obtém 15; um filho de *A* com B consegue 50).

Em conclusão, parece-nos aceitável a posição dominante, favorável a uma interpretação restritiva do art. 1699º, nº 2: só

é vedado aos nubentes convencionarem o regime da comunhão geral ou estipularem a comunicabilidade dos bens referidos no art. 1722º, nº 1, se o casamento for celebrado por quem tenha filhos de terceiro⁸²⁷.

II. A convenção antenupcial pode ter como objecto aspectos não respeitantes ao regime de bens, conexos ou não com o futuro casamento.

Em geral, é admissível a realização na convenção antenupcial de quaisquer actos ou negócios que possam constar de escritura pública, desde que pelo menos um dos nubentes figure como autor, parte ou beneficiário. Esses actos ou negócios tanto podem ser patrimoniais (p.e., compra e venda, arrendamento) como extrapatrimoniais (v.g., perfilhação, declaração de maternidade).

As cláusulas insertas em escritura antenupcial que não tenham em vista o futuro casamento não estão subordinadas ao princípio da imutabilidade, consagrado no art. 1714º, nº 1, nem a outras regras específicas da convenção antenupcial. Inversamente, tais regras aplicam-se plenamente às cláusulas conexas com o casamento, salvo previsão em contrário.

No conteúdo da convenção antenupcial não respeitante ao regime de bens, mas conexo com o matrimónio que se irá celebrar, avultam as disposições por morte e as doações para casamento.

Ao abrigo do disposto nos arts. 1699º, nº 1, al. a), e 1700º, nº 1, a convenção pode incluir a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário, desde que seja feita por qualquer dos esposados ou em favor de qualquer um deles. O art. 1700º, nº 2, permite também cláusulas acessórias de reversão ou fideicomissárias (que, à luz do art. 1707º, são livremente revogáveis a todo o tempo pelo autor

⁸²⁷ Aparentemente, a teleologia do preceito nem invalida a estipulação da comunicabilidade dos bens (referidos no art. 1722º, nº 1) *unicamente* do nubente sem filhos, estipulação que até poderá vir a beneficiar os filhos do outro nubente (cf. ADRIANO PAIVA, *A comunhão de adquiridos* p. 98).

da liberalidade). Não é considerada lícita a inclusão de outras disposições por morte. Os arts. 1701º-1706º pormenorizam a regulamentação das liberalidades *mortis causa* admissíveis na convenção antenupcial, que será estudada na disciplina de Direito das Sucessões. Adiante-se, entretanto, que a ideia do *favor matrimonii* ou favorecimento matrimonial levou o legislador a estabelecer um regime excepcional em matéria sucessória. De facto, são admitidos pactos sucessórios designativos na convenção antenupcial (cf. arts. 1701º, 1702º, 1703º e 1705º), quando a regra geral proíbe a sucessão contratual (cf. art. 2028º, nº 2). E, na convenção antenupcial, em que intervêm várias pessoas, podem ser inseridas disposições testamentárias (cf. art. 1704º), o que constitui um desvio ao princípio do carácter singular do testamento (princípio cuja configuração resulta da letra e da *ratio* do art. 2181º).

As doações para casamento são doações feitas a um dos esposados, ou a ambos, em vista do seu casamento (art. 1753º, nº 1). Só podem ser realizadas na convenção antenupcial (art. 1756º, nº 1). Serão, adiante⁸²⁸, alvo de especial atenção.

Abstraindo das disposições por morte e das doações para casamento, é escassa a relevância do conteúdo da convenção antenupcial em aspectos conexos com o casamento que não incidam sobre a matéria da titularidade dos bens do casal. É permitido estipular que a partilha se faça segundo regras distintas das do regime de bens adoptado (cf., p.e., art. 1719º). É já possível uma regulamentação consensual de assuntos importantes da vida matrimonial, como o local de residência da família ou a forma de contribuição para os encargos da vida familiar. No entanto, a autoregumentação alcançada subordina-se às regras próprias dos acordos sobre a orientação da vida em comum⁸²⁹. Por conseguinte, não é imutável.

⁸²⁸ Cf., *infra*, Parte III, nº 22.

⁸²⁹ Cf., *supra*, Parte III, nº 8 II.

Na verdade, são significativas as restrições à liberdade de estipulação convencional no campo dos efeitos do vínculo matrimonial (e até do vínculo de filiação). O art. 1699º, nº 1, al. b), obsta à alteração dos direitos ou deveres, quer paternais, quer conjugais. Tem-se, nomeadamente, por não escrita uma cláusula mediante a qual um dos nubentes autoriza o outro a ter relações sexuais com terceiro, na constância do matrimónio. O art. 1699º, nº 1, al. c), proíbe a modificação das regras sobre administração dos bens do casal. Por identidade ou maioria de razão, não é admissível a alteração das regras sobre disposição. Afinal, a disposição de bens ou constitui um acto de administração ordinária ou um acto de administração extraordinária. Por fim, apesar do silêncio do art. 1699º, também o regime legal das dívidas não é susceptível de modificação convencional. As regras sobre dívidas pertencem ao estatuto patrimonial imperativo do casamento, o que decorre do art. 1618º, nº 2, conjugado com a integração sistemática das dívidas no capítulo dos efeitos do casamento, antes das convenções antenupciais⁸³⁰. E, independentemente do art. 1618º, nº 2, a alteração das regras sobre dívidas permitiria contornar o regime da administração e disposição de bens do casal.

⁸³⁰ Para CRISTINA DIAS, *Dívidas* p. 677, o art. 1699º, nº 1, al. b), “impede os cônjuges de modificar os deveres que lhes são impostos para protecção de terceiros, nomeadamente proíbe-os de alterarem o regime da responsabilidade por dívidas”. Este entendimento (que leva a ilustre professora da Escola de Direito do Minho a admitir alterações convencionais que favoreçam a posição dos credores do casal: cf., *infra*, nota 958) enfrenta duas dificuldades: a atribuição de um sentido à expressão “deveres conjugais” (constante do mencionado art. 1699º, nº 1, al. b)), que não coincide com o resultante dos arts. 1672º e 1577º (os deveres conjugais relacionam-se com a ideia de plena comunhão de vida, que surge como finalidade do casamento, e não com a tutela de credores das pessoas casadas); a absolutização do interesse dos credores no regime das dívidas dos cônjuges (interesse que, embora preponderante, não exclui a posição do cônjuge que contraiu a dívida: de outro modo, qualquer dívida contraída por um cônjuge responsabilizaria sempre ambos os cônjuges e solidariamente, o que não acontece).

III. É válida a convenção antenupcial sob condição ou a termo (art. 1713º, nº 1). Deste modo, é admissível a estipulação da vigência sucessiva de regimes de bens para um mesmo casamento. Os esposados podem, p.e., convencionar que o regime de bens adoptado é o da separação, nos primeiros cinco anos de casamento; o regime da comunhão de adquiridos, nos cinco anos subsequentes; e o regime da comunhão geral, a partir do décimo ano de casamento.

A previsão da convenção sob condição ou a termo não limita o alcance do princípio da imutabilidade, em virtude de as eventuais mudanças resultarem não de um acordo posterior à celebração do casamento, mas de cláusulas acessórias constantes da própria convenção.

Por força do art. 1713º, nº 2, é afastada a regra da retroacção dos efeitos do preenchimento da condição à data da conclusão do negócio (cf. art. 276º), em relação a terceiros⁸³¹. Por natureza, a verificação do termo não tem efeito retroactivo.

A incerteza associada à cláusula condicional torna aconselhável a introdução de uma norma que contemple a obrigatoriedade do registo civil do preenchimento da condição⁸³².

⁸³¹ Para delimitação do conceito de terceiros, é, neste contexto, atendível o disposto no art. 1711º, nº 2.

⁸³² PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 501, nota 250, sugerem que tal facto deva ser averbado ao assento de casamento para produzir efeitos em relação a terceiros, nos termos do art. 70º, nº 1, al. h), do CRC. No entanto, nem esse preceito nem o art. 1º, al. e), do mesmo diploma, impõem o registo do preenchimento da condição. As referidas normas registais têm em vista unicamente as alterações do regime de bens convencionado, não abrangendo, portanto, as modificações que sejam consequência do que foi convencionado.

21.3. A capacidade para celebrar convenções antenupciais

O art. 1708º regula somente a capacidade para intervir em convenções antenupciais *na qualidade de esposado ou nubente*. Outras são as normas aplicáveis à capacidade do terceiro outorgante: v.g., as normas gerais, se o terceiro pretende doar, ou as normas da capacidade testamentária, se pretende testar.

De harmonia com a máxima “*habilis ad nuptias, habiliis ad pacta nuptialia*”, a capacidade para outorgar na qualidade de esposado é definida pelo art. 1708º, nº 1 com base na capacidade matrimonial e não na capacidade genérica de exercício: têm capacidade para celebrar convenções antenupciais aqueles que têm capacidade para contrair casamento. Dada a não coincidência entre a capacidade matrimonial e a capacidade genérica de exercício (cf. arts. 122º e s. *versus* arts. 1600º e s.), é reconhecida capacidade de gozo para realizar convenções antenupciais a indivíduos desprovidos de capacidade genérica de exercício (menores com 16 e 17 anos, interditos ou inabilitados por motivo distinto de anomalia psíquica) e é negada capacidade de gozo para celebrar as mesmas convenções a indivíduos dotados de capacidade genérica de exercício (dementes notórios que não tenham sido interditos ou inabilitados por anomalia psíquica e pessoas que estejam casadas).

A outorga de convenção antenupcial sem a correspondente capacidade de gozo tem como consequência a nulidade, nos termos gerais⁸³³.

O art. 1708º, nº 2, não atribui capacidade de exercício para celebrar convenções antenupciais a todos aqueles que beneficiam de capacidade específica de gozo. Os menores de 16 e 17 anos, bem

⁸³³ Cf. C. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 10ª reimpressão da 3ª ed. (1985), Coimbra, Coimbra Editora, 1996, nº 50 I, p. 215 (“a incapacidade negocial de gozo provoca a nulidade dos negócios jurídicos respectivos”).

como os interditos ou inabilitados por motivo distinto de anomalia psíquica, carecem de autorização dos respectivos representantes ou assistentes legais (a expressão “representantes” é usada em sentido lato no art. 1708º, nº 2; em rigor, os inabilitados não são representados mas assistidos por um curador). Observa-se, assim, uma discrepância entre a capacidade de exercício para participar como esposado numa convenção antenupcial e a capacidade matrimonial de exercício: os referidos interditos e inabilitados não precisam de autorização para contrair matrimónio (cf. arts. 1604º, al. a), e 1619º).

Na falta de suprimento da incapacidade de exercício, aplica-se o art. 1709º: a convenção antenupcial celebrada por um nubente que, carecendo de capacidade específica de exercício, interveio sem a autorização dos seus representantes ou assistentes legais, é anulável, como é normal nos casos de actos praticados pessoal e livremente por quem não tinha a necessária capacidade de exercício. A anulabilidade só pode ser invocada pelo incapaz, pelos seus herdeiros ou por aqueles a quem competia conceder a autorização, dentro do prazo de um ano a contar do acto de casamento. A convenção convalida-se se o casamento vier a ser celebrado após a cessação da incapacidade.

Havendo incapacidade de exercício, o regime da anulabilidade da convenção antenupcial demarca-se do regime geral da anulabilidade em três aspectos (cf. arts. 287º e 288º): aos representantes ou assistentes legais do incapaz é conferida legitimidade para invalidar a convenção, independentemente de se encontrarem ou não no círculo de pessoas em cujo interesse a lei estabelece a anulabilidade; o prazo de um ano é contado a partir da data do casamento e não a partir do momento em que cessa a incapacidade (e o primeiro prazo pode terminar antes do segundo); a anulabilidade é sanável mediante a celebração do casamento depois de finda a incapacidade e não apenas mediante confirmação.

21.4. Forma e registo da convenção

I. O art. 1710º, na redacção que lhe foi dada pelo DL nº 163/95, de 13 de Julho, dispunha que as convenções antenupciais só eram válidas se fossem celebradas por escritura pública ou por auto lavrado perante o conservador do registo civil. No entanto, o preceito tinha de ser conjugado com o art. 189º do CRC, na versão então vigente, que previa a convenção antenupcial lavrada por meio de auto unicamente quando se pretendesse estipular um dos regimes tipo de bens do casamento. Deste modo, havia uma relação entre a forma e o conteúdo admissível da convenção. As convenções antenupciais cujo conteúdo se não circunscrevesse à escolha de um dos regimes típicos de bens tinham de ser realizadas por escritura pública: era, p.e., indispensável a escritura antenupcial para que fosse válida a doação para casamento ou a fixação de um regime atípico.

Entretanto, o DL nº 324/2007, de 28 de Setembro, alterou as referidas disposições legais, eliminando as restrições ao conteúdo permitido na convenção efectuada nas conservatórias do registo civil. Actualmente, o art. 1710º determina que as convenções antenupciais são válidas se forem celebradas por declaração prestada perante o funcionário do registo civil ou por escritura pública; e o art. 189º do CRC já não limita o âmbito material das convenções feitas por declaração prestada na conservatória. Ou seja, hoje pode celebrar-se qualquer convenção antenupcial nas conservatórias do registo civil⁸³⁴. A escolha de um regime típico de bens, as estipulações sobre regimes atípicos e as doações para casamento, p.e., podem ser incluídas em convenção cuja forma seja a escritura pública ou a declaração prestada perante o funcionário do registo civil.

⁸³⁴ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 502-503.

Os acordos de revogação ou modificação da convenção antenupcial (feitos antes da celebração do casamento) estão subordinados a idênticos requisitos de forma (art. 1712º, nº 2). Isto é, exige-se declaração prestada perante o funcionário do registo civil ou escritura pública.

II. A convenção antenupcial está sujeita a registo civil obrigatório (art. 1º, nº 1, al. e), do CRC). O registo faz-se por menção no texto do assento de casamento, se a convenção for lavrada por auto ou se a certidão da escritura antenupcial for apresentada até a celebração do casamento, ou por averbamento ao mesmo assento, quando a certidão da escritura tenha sido apresentada após a celebração do matrimónio (art. 190º do CRC).

O registo é condição legal da eficácia da convenção antenupcial perante terceiros: as convenções só produzem efeitos em relação a estes depois de efectuado o registo (art. 1711º, nº 1). Em regra, o registo não tem efeito retroactivo perante terceiros. Vai neste sentido o art. 191º, nº 1, do CRC, ao prescrever que a convenção que tenha por objecto a fixação do regime de bens ou a sua alteração só produz efeitos em relação a terceiros a partir da data do registo. Contudo, referindo-se ao casamento católico, o art. 191º, nº 2, do CRC, estabelece que os efeitos do registo da convenção lavrado simultaneamente com a transcrição do casamento retroagem, perante terceiros, à data da celebração do casamento, desde que este tenha sido transcrito dentro dos sete dias imediatos. Estando claramente marcada pela disciplina art. 1670º, nº 2, a solução ajusta-se igualmente ao casamento civil celebrado por forma religiosa.

Independentemente do registo, a convenção antenupcial é oponível entre as partes (art. 1711º, nº 1, *a contrario*), entendendo-se por partes os cônjuges, os outorgantes na escritura de convenção antenupcial que não intervieram na qualidade de esposados e os herdeiros de uns e outros (cf., quanto aos herdeiros, o disposto no art. 1711º, nº 2).

De acordo com o art. 1711º, nº 3, o registo civil da convenção antenupcial não dispensa o registo predial dos factos a ele sujeitos (p.e., das doações de imóveis constantes da convenção). A falta do necessário registo predial obstará à oponibilidade do facto perante terceiros (cf. art. 5º do CRPr). Nesta situação, a eficácia *extra partes* implica um duplo registo.

As regras sobre requisitos de publicidade registal, ora expostas, aplicam-se a todas as convenções antenupciais, incluindo as que revogam ou modificam uma convenção anterior (cf. art. 1712º, nº 2).

21.5. Revogação e modificação da convenção

I. O regime da revogação ou modificação da convenção antenupcial não é uniforme: antes da celebração do casamento, vigora o princípio geral da modificação ou extinção por mútuo consentimento dos contraentes (art. 1712º, nº 1); após a celebração do casamento, vigora o princípio da imutabilidade (art. 1714º, nº 1).

No período anterior ao casamento, a revogação ou modificação da convenção antenupcial depende do consentimento de todas as pessoas que nela outorgaram ou dos respectivos herdeiros (cf. art. 1712º, nº 1). Contudo, entre nós, ao contrário do que vem previsto no art. 1396, al. 1 do *Code-civil* (que considera inválida a alteração ou revogação da convenção antenupcial, efectuada antes do casamento, se não tiver sido prestado o “consentimento simultâneo” de todos os que nela outorgaram), a falta de intervenção de alguma das pessoas que outorgaram na primeira convenção — noutra qualidade que não a de esposado, entenda-se — não implica a irrelevância total da convenção revogadora ou modificadora. Dentro da lógica inerente à máxima “*utile per inutile non vitiatur*”, ao outorgante na convenção anterior assiste apenas o direito de resolver as cláusulas da nova convenção que lhe digam respeito (cf. art. 1712º, nº 3).

II. O art. 1714º, nº 1, determina que, depois da celebração do casamento, não é permitida a revogação ou modificação da convenção antenupcial nem a alteração do regime de bens legalmente fixado, a não ser nos casos previstos na lei. A razão de ser da regra da proibição é evitar que um cônjuge, por causa do ascendente psicológico ou afectivo do outro⁸³⁵, aceite alterações que o prejudiquem sob o ponto de vista patrimonial. O princípio da imutabilidade não tem como fundamento a natureza das convenções antenupciais enquanto pactos de família. Quando é normal que os esposados sejam os únicos sujeitos da convenção, não se pode propriamente afirmar que se está perante um acordo que, regulando assuntos que ultrapassam o interesse dos nubentes, é insusceptível de ser modificado exclusivamente pela vontade destes. Além disso, o princípio da imutabilidade obsta à modificação do regime de bens que vigorar supletivamente, abarcando, portanto, situações em que nem sequer foi celebrada convenção antenupcial. O princípio em apreço também não encontra a sua justificação na tutela de terceiros. Se o intuito fosse acautelar a posição de terceiros, seria excessivo impor a regra da imutabilidade: bastaria estatuir que as alterações à convenção ou ao regime de bens legalmente fixado só produzem efeitos a partir da data do respectivo registo.

Já se tem procurado⁸³⁶ fundar a imutabilidade num princípio mais geral que proíbe o enriquecimento injustificado de um cônjuge à custa do outro. Nesta perspectiva, a imutabilidade constitui a principal concretização do princípio da equidade nas relações patrimoniais emergentes do casamento, surgindo como uma “garantia radical e preventiva do equilíbrio patrimonial, tal

⁸³⁵ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 495-496; ANTUNES VARELA, *DF* pp. 432-433; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC* 1714º (2).

⁸³⁶ Cf. RITA LOBO XAVIER, *Limites*, nomeadamente, pp. 125, 128, 177 e 422.

como inicialmente definido entre os cônjuges". No entanto, a explicação não é totalmente convincente: por que motivo se deve pensar que a disciplina patrimonial que vigora no momento da celebração do casamento se ajusta melhor à equidade do que aquela que as partes pretendem acordar em momento subsequente? A lei consagra a prevalência da disciplina inicial, independentemente de um juízo relativo de equidade. Se assim é, a imutabilidade só pode radicar na ideia de que, após o casamento, se torna difícil um exercício autêntico da autonomia privada na relação entre os cônjuges.

A interdição de alterações posteriores à celebração do casamento abarca fundamentalmente o regime de bens, os pactos sucessórios e as doações para casamento. Contudo, a lei estabelece exceções ao princípio da imutabilidade quanto a cada uma dessas matérias. De acordo com o art. 1715º, nº 1, als. b), c) e d), são admitidas mudanças do regime de bens inicial pela simples separação judicial de bens, pela separação de pessoas e bens e "em todos os demais casos, previstos na lei, de separação de bens na vigência da sociedade conjugal"⁸³⁷. E os pactos sucessórios feitos por terceiro a esposado ou por esposado a terceiro são revogáveis (cf. art. 1715º, nº 1, al. a)), tal como as doações para casamento feitas por terceiro (o art. 1758º impede unicamente a revogação das doações para casamento feitas por esposado).

21.6. Invalidade e caducidade da convenção

I. À convenção antenupcial aplicam-se as regras gerais sobre invalidade dos negócios jurídicos. Há, porém, que ressaltar o disposto no art. 1709º, que estabelece um regime especial para a incapacidade de exercício. As cláusulas da convenção que não

⁸³⁷ Para maiores desenvolvimentos sobre a modificação superveniente do regime de bens, cf., *infra*, Parte III, nº 23.2.

respeitem as restrições do art. 1699º ou outros preceitos legais injuntivos são nulas, nos termos do art. 294º. No entanto, entre as cláusulas nulas importa destacar aquelas pelas quais os nubentes "pretendem modificar os efeitos do casamento, ou submetê-lo a condição, a termo ou à preexistência de algum facto", que se têm por não escritas (art. 1618º, nº 2). As cláusulas "não escritas" nunca determinam a invalidade de toda a convenção e são insusceptíveis de conversão, o que representa um desvio parcial ao que é preceituado no art. 292º e um afastamento total da disciplina do art. 293º.

II. À luz do art. 1716º, a convenção antenupcial caduca se o casamento não for celebrado dentro de um ano, ou, se tendo-o sido, vier a ser declarado nulo ou anulado. Os dois casos de caducidade ilustram bem o carácter acessório da convenção antenupcial relativamente ao casamento.

No entanto, graças ao princípio da boa fé, a não celebração do casamento no prazo de um ano e a declaração de nulidade ou anulação do casamento não implicam inevitavelmente a ineficácia da convenção. Ressalvando o disposto em matéria de casamento putativo, o artigo 1716º reconhece expressamente um limite ao funcionamento da regra tradicional de que o acessório segue o regime do principal, na hipótese de invalidade do casamento. Se ambos os cônjuges tiverem contraído de boa fé o casamento anulado ou declarado nulo, a convenção é plenamente eficaz até ao trânsito em julgado da sentença de anulação ou até ao registo, por averbamento, da declaração de nulidade pelos tribunais e repartições eclesiásticas (cf. art. 1647º, nºs 1 e 3). Se apenas um dos cônjuges tiver contraído casamento de boa fé, só esse cônjuge pode analogamente invocar a eficácia, p.e., das cláusulas da convenção relativas ao regime de bens e a liberalidades entre esposados – mas não das cláusulas em que o mesmo possua a qualidade de beneficiário de liberalidades feitas por terceiro (cf. art. 1647º, nº 2).

Apesar do silêncio da lei, o princípio da boa fé é susceptível ainda de obstar à caducidade da convenção, na eventualidade de o casamento não ser celebrado dentro do prazo de um ano⁸³⁸.

22. Doações para casamento

22.1. Noção e espécies

I. A doação para casamento é “a doação feita a um dos esposados, ou a ambos, em vista do seu casamento” (art. 1753º, nº 1). Traduz-se numa doação em sentido técnico (cf. art. 940º), não se confundindo com as chamadas “prezadas para casamento”, donativos conformes aos usos sociais, que estão subordinadas, nomeadamente, ao disposto nos arts. 1592º e 1593º⁸³⁹. Sendo feita em vista do casamento, a doação em apreço tem como causa jurídica o casamento, do qual depende (cf. art. 1760º, nº 1, al. a)⁸⁴⁰.

⁸³⁸ Cf. ac. do STJ de 19/04/2001, processo nº 01A398, <http://www.dgsi.pt>, a cuja orientação aderimos. As partes tinham celebrado convenção antenupcial, em que se convencionou o regime da comunhão geral de bens; decorridos mais de dois anos foi celebrado o respectivo casamento e registada a referida convenção, sem que ninguém se tivesse apercebido da situação de caducidade; só após o divórcio é que um dos cônjuges detectou e levantou o problema. Perante tais elementos, o tribunal superior decidiu que a partilha devia ser feita de acordo com o registo da convenção antenupcial (isto é, segundo o regime da comunhão geral de bens e não da comunhão de adquiridos), atendendo à boa fé dos cônjuges relativamente à eficácia da convenção antenupcial registada, na constância do matrimónio. A argumentação do aresto afasta frontalmente o caminho do abuso do direito, preferindo uma construção assente na boa fé tabular. É o registo, a presença da fé pública registal, que dita a tutela da confiança dos interessados na vigência da convenção.

⁸³⁹ Cf. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Obrigações* p. 219.

⁸⁴⁰ Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC 1753º* (3 es.); LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Obrigações* pp. 223-224; PAULA BARBOSA, *Doações* pp. 127-128; nota 234. Diferentemente, PEREIRA COELHO/GUILHERME

II. Segundo o critério da qualidade do doador (cf. art. 1754º), há duas espécies de doações para casamento: doações entre esposados, que são feitas por um dos esposados ou pelos dois reciprocamente; e doações de terceiro, que podem ser feitas por terceiro a um ou a ambos os esposados.

Segundo o critério do momento da eficácia (cf. art. 1755º), as doações para casamento podem ser *inter vivos* ou *mortis causa*. Nas primeiras, o efeito de transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade de outro direito produz-se em vida do doador; nas segundas, por morte do doador. Salvo estipulação em contrário, as doações para casamento relevam como doações *inter vivos* e produzem os seus efeitos a partir da celebração do casamento. As doações para casamento *mortis causa* enquadram-se na categoria dos pactos sucessórios designativos e figuram entre as raras exceções ao princípio da proibição da sucessão contratual (cf. art. 2028º, nº 2).

Os critérios são cumuláveis, pelo que é possível encontrar doações para casamento, *mortis causa* ou *inter vivos*, entre esposados ou feitas por terceiro.

22.2. Regime

I. O regime específico das doações para casamento é formado pelos arts. 1753º a 1760º. As doações para casamento *mortis causa* estão subordinadas ainda ao que se dispõe nos arts. 1701º a 1703º (cf. art. 1755º, nº 2). Nos termos do art. 1753º, nº 2, as regras gerais relativas às doações (arts. 940º a 979º) aplicam-se, subsidiariamente, a todas as espécies de doações para casamento.

DE OLIVEIRA, *CDFI* pp. 470-471: as doações para casamento estão sujeitas a uma condição imprópria, a condição legal suspensiva da futura celebração de um casamento.

O regime especial das doações para casamento consagra desvios ao regime geral das doações que são motivadas pela ideia do *favor matrimonii*. Pretende-se promover a celebração de casamentos e a conservação dos vínculos matrimoniais constituídos. No entanto, não é tangida a liberdade matrimonial, nem são ofendidos os bons costumes. Não se trata de remunerar a prestação do consentimento para casar. A doação para casamento serve para remover eventuais obstáculos patrimoniais à decisão nupcial. Como é sabido, é difícil desenvolver uma vida a dois sem recursos económicos ou sem a perspectiva de os vir a obter; e, por vezes, a disparidade de condições materiais entre potenciais cônjuges é dissuasora do casamento.

Os sinais do favorecimento matrimonial que preside às doações para casamento divisam-se, nomeadamente, na admissibilidade das doações por morte (em regra proibidas pelo art. 946º, nº 1), no art. 975º, al. a), no art. 1757º, nas restrições à revogação (cf., *infra*, III) e nas causas de caducidade conexas com o próprio casamento (cf., *infra*, IV).

Ao abrigo do art. 975º, al. a), a doação para casamento não é revogável por ingratidão do donatário. A chamada revogação por ingratidão do donatário não é uma revogação em sentido técnico, mas uma forma de resolução que tem de ocorrer necessariamente por via judicial.

O art. 1757º contém uma norma supletiva que prevê a incommunicabilidade dos bens objecto de doação entre esposados, em qualquer regime de bens; a qualidade, própria ou comum, dos bens doados por terceiros será, naturalmente, a que resultar da aplicação das regras do regime de bens que vigorar para o casamento.

Não obstante o princípio do *favor matrimonii*, o art. 1759º sujeita as doações para casamento às regras de redução por inoficiosidade aplicáveis às doações comuns.

II. As doações para casamento só podem ser feitas em convenção antenupcial (art. 1756º, nº 1), celebrada quer por escritura pública quer por declaração prestada perante o funcionário do registo civil (art. 1710º, na ausência de qualquer restrição imposta pela actual versão do art. 189º do CRC).

A consequência da inobservância desta forma é estabelecida no art. 1756º, nº 2. As doações entre vivos não são inválidas: estão totalmente subordinadas ao regime geral das doações, não se aplicando o regime próprio das doações para casamento. Em contrapartida, as doações por morte são nulas enquanto tais, podendo, quando muito, relevar como disposições testamentárias, nos termos do art. 946º, nº 2.

Dada a integração formal nas convenções antenupciais, às doações para casamento são também subsidiariamente aplicáveis as normas das convenções, que prevalecem, aliás, sobre as normas gerais das doações. Deste modo, a capacidade do esposado para fazer doações para casamento é regulada pelos arts. 1708º e 1709º⁸⁴¹; tais doações só produzem efeitos em relação a terceiros depois de registadas as respectivas convenções (art. 1711º, nº 1); antes da celebração do casamento, todas as doações em vista do mesmo são revogáveis nos termos do art. 1712º.

III. Após a celebração do casamento, o regime de revogação das doações é diversificado. As doações para casamento feitas por terceiro seguem o regime geral da revogação por mútuo consentimento, plasmado no art. 406º, nº 1. Para obstar à produção de um resultado equivalente a uma revogação unilateral, é vedado ao autor de doações *mortis causa* prejudicar o donatário por actos gratuitos de disposição (cf. art. 1701º, nº 1). No caso de doação *mortis causa* de bem determinado (legado contratual), não havendo o necessário consenso para a revogação, é possível

ao doador conseguir uma conversão do objecto da liberalidade, com a autorização do donatário, nos termos do art. 1701º, nºs 1 e 2.

As doações entre esposados, *mortis causa* ou *inter vivos*, são irrevogáveis por força do art. 1758º. O fundamento da irrevogabilidade é idêntico ao da imutabilidade das convenções (cf., *infra*, Parte III, nº 23.2.): evitar que um cônjuge (o donatário), por causa do ascendente psicológico ou afectivo do outro (o doador), aceite alterações que o prejudiquem sob o ponto de vista patrimonial.

Todavia, vigora para todas as doações para casamento (entre esposados, feitas por terceiros, entre vivos ou por morte)⁸⁴² um regime distinto quanto às cláusulas de reversão e fideicomissárias. Tais cláusulas, que podem ser apostas às doações para casamento nos termos do art. 1700º, nº 2, são livremente revogáveis a todo o tempo pelo autor da liberalidade (art. 1707º).

IV. A lei estabelece casos especiais de caducidade.

O art. 1760º, nº 1, al. a), prevê a caducidade das doações em vista de um casamento que não foi celebrado dentro de um ano ou que veio a ser declarado nulo ou anulado. Ao mesmo tempo, ressalva o disposto em matéria de casamento putativo (cf. arts. 1647º e 1648º). Assim, se o casamento que foi celebrado dentro de um ano vier a ser declarado nulo ou anulado, havendo boa fé de ambos os cônjuges, a doação é sempre eficaz; havendo boa fé de um só, a doação feita por terceiro ou por cônjuge de boa fé caduca, enquanto a doação feita por cônjuge de má fé não caduca.

O art. 1760º, nº 1, al. b), impõe a caducidade da doação para casamento, se ocorrer divórcio ou separação de pessoas de bens, quando o donatário tenha sido considerado único ou principal culpado. Se a doação tiver sido feita por terceiro a ambos os

esposados ou os bens doados tiverem entrado na comunhão, o art. 1760º, nº 2, estatui que a caducidade atinge apenas a parte do cônjuge declarado único ou principal culpado no divórcio ou separação. Estas duas disposições, que ainda figuram na redacção do Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de Novembro, estão de harmonia com o disposto pelo art. 1791º, na redacção do mesmo diploma⁸⁴³. Delas resulta que não há nem uma caducidade total nem uma transferência do benefício patrimonial que cabia ao cônjuge declarado único ou principal culpado para o cônjuge inocente ou menos culpado. Contudo, a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, aboliu a declaração do cônjuge culpado no divórcio e modificou o art. 1791º, cujo nº 1 prevê presentemente a pura e simples perda dos benefícios recebidos em vista do casamento por estipulação anterior ao casamento, na sequência do divórcio, independentemente da culpa que possa ser ter cabido ao beneficiário na ruptura da vida em comum. O nº 2 admite que o autor da liberalidade determine que o benefício perdido pelo cônjuge, na sequência do divórcio, reverta para os filhos do casamento.

Por conseguinte, há uma incompatibilidade entre o que consta no art. 1760º, nº 1, al. b), e nº 2, na versão de 1977, com o que se estatui no art. 1791º, alterado em 2008, o que implica a revogação tácita dos dois primeiros preceitos pelo último. Ou seja, agora, com o divórcio, caducam sempre as doações para casamento, sem prejuízo de o bem doado puder reverter para

⁸⁴³ O art. 1791º, na versão de 1977, estabelecia:

“1. O cônjuge declarado único ou principal culpado perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento.

“2. O cônjuge inocente ou que não seja o principal culpado conserva todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, ainda que tenham sido estipulados com cláusula de reciprocidade; pode renunciar a esses benefícios por declaração unilateral de vontade, mas havendo filhos do casamento, a renúncia só é permitida em favor destes.”

os filhos do casamento, por vontade do doador (art. 1791º, na versão resultante da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro).

O art. 1703º, nº 1, prevê uma causa de caducidade que se aplica exclusivamente às doações para casamento *mortis causa*: morte do donatário antes do doador. Se, porém, a doação for feita por terceiro e ao doador sobreviverem descendentes do donatário, nascidos do casamento, o art. 1703º, nº 2, afasta a caducidade, determinando que estes serão chamados a suceder nos bens doados, em lugar do donatário. Trata-se do único exemplo de direito de representação na sucessão contratual, que se explica pelo princípio do *favor matrimonii*. Os descendentes beneficiários são os que nasceram do casamento conexo com a doação⁸⁴⁴.

23. Efeitos do casamento no campo do activo patrimonial

23.1. O regime de bens

I. Em sentido amplo, o regime de bens designa o complexo de normas relativas aos efeitos do casamento que se produzam, no plano patrimonial, durante a subsistência do vínculo matrimonial e não estejam estreitamente ligados à disciplina dos deveres dos cônjuges⁸⁴⁵. Neste contexto, é costume distinguir entre regime patrimonial primário ou efeitos gerais patrimoniais e regime patrimonial secundário ou efeitos especiais patrimoniais do casamento⁸⁴⁶.

⁸⁴⁴ A delimitação do círculo de beneficiários do direito de representação na doação *mortis causa* afigura-se, pois, constitucionalmente adequada. Juízo diferente merece a terminologia utilizada pelo art. 1703º, nº 2: a expressão “descendentes legítimos” colide com a interdição do uso de designações discriminatórias relativas à filiação (cf. art. 36º, nº 4, da CRP).

⁸⁴⁵ Cf. GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *LF*, p. 341 (conceito de “eheliches Güterrecht”).

⁸⁴⁶ Cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *Relatório* pp. 85 e 111; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 366.

O regime patrimonial primário cobriria as regras sobre administração e disposição dos bens do casal, bem como as regras da responsabilidade por dívidas. O regime patrimonial secundário respeitaria às regras sobre a titularidade dos bens. As regras do regime patrimonial primário seriam injuntivas, enquanto que as do regime patrimonial secundário seriam supletivas.

A divisão é algo artificial porque, se é certo que o regime patrimonial primário é tendencialmente injuntivo, há também regras injuntivas no âmbito do regime patrimonial secundário, como é o caso do art. 1720º.

Aqui será adoptada a acepção mais restrita. O regime de bens é o conjunto de regras cuja aplicação define a titularidade sobre os bens do casal. Isto é, respeita às regras que permitem saber se um bem pertence ao património comum, ao património de um cônjuge ou ao património do outro. É, aliás, esta a noção subjacente ao uso legal da expressão “regime de bens”, como se pode ver, nitidamente, a partir do art. 1717º.

Posto isto, passa-se a tratar dos regimes de bens em sentido estrito. Ao contrário do que é frequente⁸⁴⁷, o tema será estudado antes daquele que corresponderia ao chamado regime patrimonial primário, porque é essencial para a compreensão deste último. De facto, a aplicação de muitas das normas sobre administração, disposição e dívidas pressupõe a qualificação do regime de bens que vigora para o casamento e a determinação da natureza (comum, própria de um cônjuge ou própria de outro) de certos elementos do activo patrimonial (cf., patentemente, os arts. 1678º, 1681º, 1682º, 1682º-A, nº 1, 1683º, nº 2, 1685º, 1693º, nº 2, 1694º, 1695º, 1696º e 1697º).

⁸⁴⁷ Cf., nomeadamente, CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 123; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 366; ANTUNES VARELA, *DF* p. 371; CAPELO DE SOUSA, *Relatório* pp. 124-125.

II. Os regimes de bens podem ser agrupados segundo duas grandes classificações.

II.a) A primeira classificação contrapõe os regimes típicos aos atípicos. Os regimes típicos são os que se enquadram num dos tipos previstos na lei. Os regimes atípicos são os demais. No direito português actual, os regimes típicos de bens são os que estão regulados nos arts. 1721º-1736º: comunhão de adquiridos, comunhão geral e separação de bens.

A segunda classificação divide os regimes em convencionais, supletivos e imperativos. Os regimes convencionais de bens são aqueles que podem ser fixados pelas partes. A estipulação do regime de bens tem de ser feita em convenção antenupcial e, em princípio, pode consistir quer na escolha de um regime típico quer na fixação de um regime atípico (cf. art. 1698º). Os regimes supletivos são aqueles que vigoram na falta de uma estipulação válida e eficaz das partes. No direito português, ao abrigo do disposto no art. 1717º, o regime supletivo é o da comunhão de adquiridos. Assinale-se, porém, que, para os casamentos celebrados até 31 de Maio de 1967, o regime supletivo é o da comunhão geral (art. 15º do DL nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966, que aprovou o Código Civil)⁸⁴⁸. Os regimes imperativos são aqueles que vigoram num casamento mesmo contra a vontade das partes.

⁸⁴⁸ Nem todos os ordenamentos afins ou próximos do nosso têm consagrado regimes supletivos comunitaristas. O direito alemão, p.e, adoptou um regime separatista (o "Güterstand der Zugewinnngemeinschaft" ou "regime da participação nos adquiridos", cujas regras são estabelecidas nos §§ 1363-1390 BGB). A opção portuguesa por um regime supletivo comunitarista é criticada por PAMPLONA CORTE-REAL, *Relatório* pp. 113-115, que vê na comunhão de adquiridos uma fonte de complexidades e "impasses em matéria de gestão patrimonial", especialmente por força da sua conjugação com a disciplina matrimonial da administração, disposição e dívidas. ADRIANO PAIVA, *A comunhão de adquiridos*, declara que, na escolha do regime supletivo, a

II.b) O art. 1720º, nº 1, indica duas situações em que vigora o regime imperativo da separação de bens: casamento celebrado sem precedência do processo preliminar de casamento ou por quem tenha completado sessenta anos de idade. Nestas hipóteses, além de se excluir a existência de bens comuns, é nula a doação entre casados (art. 1762º). Todavia, é válida a doação entre esposados, entre aqueles que pretendendo casar ainda não o fizeram (art. 1720º, nº 2), e a posição sucessória do cônjuge sobrevivente não é afectada pelo facto de ter contraído casamento sob o regime imperativo da separação de bens (os arts. 2133º, nº 3, e 2317º, al. d), afastam unicamente o chamamento do cônjuge separado de pessoas e bens).

De qualquer modo, o regime matrimonial em apreço é aquele que mais restringe a possibilidade de obtenção de vantagens económicas por via da celebração do casamento. No regime típico, voluntário, da separação de bens, a ausência de meação coexiste com a permissão da transferência, a título gratuito, de bens do património próprio de um cônjuge para o património próprio do outro. Por este motivo, a imposição legal da separação de bens é entendida como um instrumento dissuasor do casamento por interesse económico. Contudo, por um lado, é um instrumento limitado, em virtude de não implicar uma regulamentação sucessória menos favorável para o cônjuge sobrevivente⁸⁴⁹. P.e., numa situação de casamento contraído entre uma pessoa de vinte e outra de oitenta anos de idade, em que o *de cuius* seja o cônjuge mais velho, o cônjuge sobrevivente pode

dúvida surge entre a comunhão de adquiridos e a separação de bens, sendo hoje pacíficas as vantagens daquela comunhão sobre a comunhão geral (pp. 134-135); e adiante conclui que "a comunhão de adquiridos, considerada no quadro do sistema de organização patrimonial entre nós vigente, é indiferente a uma partilha materialmente justa" (p. 352).

⁸⁴⁹ Cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *Efeitos* p. 57, que detecta, neste ponto, um "ilogismo" da lei.

adquirir a totalidade do património do cônjuge falecido, se não concorrer com outros sucessíveis legitimários prioritários (cf. arts. 2141º e 2158º), ou dois terços, se, tendo sido designado herdeiro da quota disponível, concorrer com um filho do *de cuius* (cf. arts. 2159º, nº 1, 2157º e 2139º, nº 1). Por outro lado, a *ratio* apontada ao regime imperativo da separação de bens – combate ao *casamento-negócio* – torna algo discutível a sujeição ao mesmo do casamento celebrado sem a precedência do processo preliminar de casamento (a não ser que se trate de casamento urgente *in articulo mortis*).

Mas o art. 1720º não é imune a outras críticas. A sujeição ao regime imperativo do casamento celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade funda-se na suspeita de que o consentimento do outro nubente é determinado por motivações económicas, partindo do pressuposto de que uma pessoa com sessenta ou mais anos de idade tem, em regra, pouco tempo, e pouca qualidade, de vida. No entanto, tal pressuposto não se adequa à realidade actual portuguesa, pelo que o art. 1720º, nº 1, al. b), ao negar a um casal a faculdade de escolha do regime de bens por causa da idade de um dos nubentes, enfrenta dificuldades de harmonização com o princípio da igualdade (art. 13º da CRP)⁸⁵⁰.

III. Os regimes típicos de bens são três: comunhão de adquiridos, comunhão geral e separação. No regime da comunhão de adquiridos, a regra é a de que são bens comuns o produto do trabalho dos cônjuges e os bens adquiridos por eles na constância do matrimónio a título oneroso (cf. arts. 1724º e 1722º, nº 1, al. a) e b)). Todos os demais bens tendem a ser próprios. No

⁸⁵⁰ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 477-478, que questionam a constitucionalidade do art. 1720º, nº 1, al. b) quer perante o art. 13º da CRP quer perante o art. 26º da CRP.

regime da comunhão geral, são bens comuns todos os que a lei não considere incomunicáveis (cf. art. 1732º). Deste modo, tendem a ser comuns bens que, em regra, são próprios no regime da comunhão de adquiridos, como os bens que os cônjuges tinham ao tempo da celebração do casamento e aqueles que eles venham a adquirir posteriormente a título gratuito. No regime da separação, não há bens comuns. Todos os bens são próprios de um ou de outro cônjuge. Como se diz no art. 1735º, cada um dos esposados conserva o domínio de todos os seus bens presentes e futuros.

III.a) No entanto, no regime típico da separação, pode haver bens que pertençam em compropriedade a ambos os cônjuges (cf. art. 1736º, nº 2). O bem que pertencer em compropriedade apenas aos cônjuges não é um bem comum, mas um bem que numa parte é próprio de um deles e que noutra parte é próprio do outro. Ou melhor, a qualificação incide sobre as quotas dos dois comproprietários, que serão tidas como bens próprios. Assim, se os nubentes convencionarem, p.e., que um imóvel comprado por um deles antes do casamento pertencerá em compropriedade a ambos, a estipulação é, isoladamente, compatível quer com o regime típico da comunhão de adquiridos (cf. art. 1722º, nº 1, als. a) e c)) quer com o regime típico da separação, mas não com o da comunhão geral de bens.

III.b) A comunhão conjugal de bens e a compropriedade são contitularidades de natureza distinta. A comunhão conjugal de bens corresponde a uma contitularidade de mão comum ou uma comunhão germânica⁸⁵¹. Enquanto a compropriedade tem na

⁸⁵¹ Rejeita a qualificação, que é dominante na doutrina, LEITE DE CAMPOS, *DFS* pp. 393-394. Para o ilustre professor, a comunhão conjugal é uma simples compropriedade, porque se extingue com a morte de um dos cônjuges, ao

base uma pluralidade de direitos da mesma espécie que recaem sobre o mesmo bem, os sujeitos da comunhão conjugal são titulares de um único direito sobre o chamado bem comum. Por vezes, afirma-se⁸⁵² que a compropriedade é uma comunhão por quotas, ao passo que a comunhão conjugal seria uma comunhão sem quotas. Contudo, a comunhão conjugal não se caracteriza pela ausência de quotas. Cada cônjuge tem necessariamente uma quota na comunhão, que é designada por meação nos bens comuns (cf., nomeadamente, as referências nos arts. 1685º, nº 1, 1696º, nº 1, e 1730º, nº 2). O que confere à comunhão conjugal a natureza de contitularidade de mão comum é antes o regime da respectiva quota. Ao contrário da quota na compropriedade (cf. art. 1408º, nº 1), um cônjuge não pode dispor válida e eficazmente da sua meação nos bens comuns, enquanto não cessar a própria comunhão patrimonial, nos termos que a lei prevê. O art. 690º exclui a hipoteca da meação dos bens comuns do casal. O art. 1730º, nº 2, permite doações por conta da meação e não doações da própria meação. No quadro das normas sobre actos de disposição dos bens do casal, somente o nº 1 do art. 1685º se refere à meação nos bens comuns e para admitir a prática de actos cuja eficácia seja posterior à dissolução do casamento. Por fim, embora o art. 1696º, nº 1, preveja a responsabilidade subsidiária da meação nos bens comuns pelas dívidas incomunicáveis, a meação nunca é penhorada ou vendida para pagamento de dívidas. Como resulta do art. 825º do CPC, a penhora recai sobre bens concretos.

Tão importante quanto o regime da quota, na argumentação relativa à natureza jurídica, é o facto de a comunhão conjugal subsistir enquanto se não verificar uma das situações legalmente estabelecidas de cessação das relações patrimoniais dos cônjuges

passo que o património colectivo, de tipo germânico ou anglo-saxónico, subsiste enquanto existir um dos titulares.

⁸⁵² Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 507.

ou separação superveniente de bens, seguida por uma partilha⁸⁵³. Por conseguinte, não é suficiente uma simples manifestação de vontade das partes para pôr termo à contitularidade. Já na compropriedade, a contitularidade cessa com a divisão de coisa comum, que pode ser exigida, a todo o tempo, por qualquer dos consortes, a não ser que haja uma cláusula de indivisão (art. 1412º). Essa divisão é feita amigavelmente ou nos termos da lei do processo (art. 1413º, nº 1).

A comunhão conjugal demarca-se da compropriedade em outros aspectos. As quotas na comunhão conjugal são idênticas (50-50): os sujeitos participam por metade no património comum, sendo nula qualquer estipulação em sentido diverso (art. 1730º, nº 1). Na compropriedade, os direitos dos consortes podem ser quantitativamente diferentes (cf. art. 1403º, nº 1). As regras de administração e disposição dos bens em contitularidade variam: arts. 1678º a 1687º, para a comunhão conjugal; arts. 1406º, 1407º, 1408º, nºs 1 e 2, para a compropriedade.

Apesar do que separa as figuras, há regras sobre a comunhão conjugal que, pela sua *ratio*, são aplicáveis à compropriedade entre cônjuges: v.g., o art. 1699º, nº 1, al. d). O propósito do art. 1699º, nº 1, al. d), é assegurar a um cônjuge a titularidade exclusiva de certos bens, o que obsta, portanto, a uma contitularidade de tipo romano que os abranja.

Além de constituir uma contitularidade de tipo germânico, a comunhão conjugal é um património de afectação especial, na medida em que se destina preferencialmente à satisfação de determinadas dívidas, as dívidas que responsabilizam ambos os cônjuges (cf. art. 1695º, nº 1). No entanto, não se trata de um património autónomo, porque, por um lado, os bens próprios podem também ser usados para pagar essas dívidas (cf. art. 1695º), e, por outro lado, os bens comuns podem ser destinados

⁸⁵³ Cf., *infra*, Parte III, nº 25.

à satisfação de dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges (cf. art. 1696º).

III.c) A estipulação ou aplicação de um regime de comunhão acaba, na maior parte dos casos, por levar ao enriquecimento patrimonial de um dos cônjuges, sem que, porém, se possa aplicar as regras das liberalidades em sentido técnico, v.g., das doações. P.e., no momento do casamento, Ana tem bens no valor de 100 e Bento no valor de 20. Adoptaram previamente um regime de bens e divorciaram-se pouco depois do casamento. Se o regime convencionado tiver sido o da separação, a situação patrimonial de cada um deles será provavelmente idêntica, antes do casamento e depois da dissolução do vínculo matrimonial. Se o regime convencionado tiver sido o da comunhão geral e se se abstrair da existência de bens incomunicáveis, provavelmente Ana terá direito a bens no valor de 60 (menos 40 do que tinha antes do casamento) e Bento a bens em igual valor (mais 40 do que tinha).

Na hipótese de o casamento se dissolver por morte, vigorando um regime de comunhão, o enriquecimento patrimonial de um dos cônjuges pode ser ainda superior, porque o cônjuge sobrevivente será simultaneamente meeiro dos bens comuns do casal e herdeiro da meação e dos bens próprios do falecido. Retomemos o último exemplo, introduzindo a seguinte alteração: Ana falece um dia depois do casamento. Sobrevivem-lhe os pais e o cônjuge. Enquanto cônjuge meeiro, Bento tem direito a bens no valor de 60; enquanto herdeiro legal, obterá bens no valor de 40, isto é dois terços da meação de Ana (cf. arts. 2133º, nº 1, al. b), 2142º, 2157º e 2161º, nº 1). O património de Bento aumenta subitamente de 20 para 100. A demonstração torna visível alguma desarticulação legal entre o regime matrimonial de bens e o regime sucessório instituído⁸⁵⁴.

Outro é o significado da estipulação da compropriedade entre cônjuges. A constituição da compropriedade depende de um contrato oneroso ou gratuito. Se um bem pertencente exclusivamente a um cônjuge passar, sem qualquer contrapartida do outro, a pertencer em compropriedade a ambos os cônjuges, tendem a aplicar-se as regras da doação. O enriquecimento patrimonial decorrente da compropriedade é ponderado para efeitos de cálculo da herança legitimária (cf. art. 2162º) e vale, normalmente, como preenchimento antecipado da legítima subjectiva do cônjuge beneficiado⁸⁵⁵. A expectativa sucessória de eventuais filhos de apenas um dos nubentes não será prejudicada. Por isso, o art. 1699º, nº 2, não obsta a uma estipulação de compropriedade entre cônjuges que abarque os seus bens presentes⁸⁵⁶.

IV. Regime da comunhão de adquiridos.

IV.a) O regime da comunhão de adquiridos vigora como regime convencional ou supletivo, desde que se não esteja perante uma das situações de regime imperativo da separação de bens (cf. art. 1720º, nº 1). Vigora como regime convencional quando tenha sido adoptado pelos nubentes em convenção antenupcial. Vigora como regime supletivo, relativamente aos casamentos celebrados depois de 31 de Maio de 1967 (cf. art. 15º do DL nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966, que aprovou o Código Civil), na falta de convenção ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da mesma (art. 1717º). As normas da comunhão de adquiridos estão previstas nos arts. 1722º a 1731º e são idênticas para o regime convencional e para o regime supletivo.

⁸⁵⁵ Em regra, imputam-se na quota indisponível as doações feitas pelo *de cuius* ao seu cônjuge (cf. PAMPLONA CORTE REAL, *Sucessões* pp. 248, nota 327, 307-310).

⁸⁵⁶ Em contrapartida, o art. 942º, nº 1, aplicável directamente ou por analogia, obsta à constituição da compropriedade de bens futuros (v.g., dos que são referidos no art. 1722º, nº 1, al. b)) por contrato gratuito.

IV.b) O art. 1724º é uma disposição central do regime da comunhão de adquiridos. Nos termos da al. a), o produto do trabalho faz parte da comunhão. Alguns autores invocam o preceito para defender que têm natureza comum “os bens adquiridos em substituição de salários, como as pensões de reforma, os complementos de reforma resultantes de aforros de salários, por exemplo, através de planos-poupança-reforma, e as indemnizações, por qualquer causa, que tenham na sua base uma intenção de compensar a diminuição ou capacidade de ganho”⁸⁵⁷. Contudo, do art. 1699º, nº 1, al. d), decorre a incomunicabilidade dos bens mencionados: a pensão e os complementos de reforma constituem direitos estritamente pessoais, que são exceptuados da comunhão pelo art. 1733º, nº 1, al. c), parte final; as indemnizações ou capitais de seguros que visam compensar a perda de capacidade para o trabalho são bens próprios, nos termos do art. 1733º, nº 1, als. d) e e). Quando muito e dentro da lógica que preside aos arts. 1722º, nº 2, 1726º, nº 2, 1727º e 1728º, nº 1, o cônjuge estará obrigado a compensar o património comum, se, para obter as referidas prestações, tiver contribuído com bens comuns, p.e. com parte do seu salário.

A al. b) do art. 1724º integra na comunhão “os bens adquiridos pelos cônjuges na constância do matrimónio, que não sejam exceptuados por lei”. Isto quer dizer que, em regra, são comuns os bens adquiridos, a título oneroso, pelos cônjuges na constância do matrimónio. De facto, o art. 1722º, nº 1, al. b), exceptua da comunhão os bens que os cônjuges adquiram depois do casamento por sucessão ou doação. Contudo, os bens havidos por meio de doação ou de herança testamentária de terceiro entram

⁸⁵⁷ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDFI* p. 544. A favor da qualificação da pensão de reforma como bem comum, à luz quer da al. a) quer da al. b) do art. 1724º, cf. especificamente MARIA JOÃO TOMÉ, *O direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, em particular pp 224-299.

na comunhão, desde que não integrem a legítima⁸⁵⁸, se o autor da liberalidade tiver determinado a sua comunicabilidade; e entende-se que o doador ou testador pretende estipular a comunicabilidade quando a liberalidade for feita em favor dos dois conjuntamente (art. 1729º). São necessariamente próprios os bens doados por um cônjuge ao outro (art. 1764º, nº 2). Salvo estipulação em contrário, os bens doados por um esposado ao outro não se comunicam (art. 1757º).

São ainda bens próprios, porque igualmente exceptuados por lei da comunhão, os bens que cada um dos cônjuges tiver ao tempo da celebração do casamento (art. 1722º, nº 1, al. a)); os bens adquiridos na constância do matrimónio anterior, por virtude de direito próprio anterior (art. 1722º, nº 1, al. c)), os bens sub-rogados no lugar de bens próprios (art. 1723º); os bens adquiridos maioritariamente com dinheiro ou bens próprios de um dos cônjuges (cf. art. 1726º, nº 1); a parte adquirida em bens indivisos pelo cônjuge que dele for comproprietário fora da comunhão (art. 1727º); os bens adquiridos por virtude da titularidade de bens próprios, que não possam considerar-se como frutos destes (art. 1728º, nº 1); e os bens que constam do elenco do art. 1733º, nº 1 (aplicável a qualquer regime de bens por força do art. 1699º, nº 1, al. d))⁸⁵⁹.

⁸⁵⁸ Não integram a legítima os bens doados ou deixados por conta da quota disponível ou em substituição da legítima (cf. DUARTE PINHEIRO, *Legado* p. 285). Estão a coberto do princípio da intangibilidade da legítima, sendo necessariamente próprios os bens que forem objecto de doações prioritariamente imputáveis na quota indisponível ou legados por conta da legítima.

⁸⁵⁹ No capítulo do arrendamento para habitação, o RAU, aprovado pelo DL nº 321-B/90, de 15 de Outubro, estabelecia no seu art. 83º que, fosse qual fosse o regime matrimonial, a posição do arrendatário não se comunicava ao cônjuge. A Lei nº 6/2006, de 27 de Fevereiro, pôs fim a este estatuto peculiar do arrendamento habitacional, ao introduzir um art. 1068º, em que se determina, indistintamente, que o direito do arrendatário se comunica ao seu

De notar que, havendo dúvidas sobre a natureza dos bens móveis, presume-se que são comuns (art. 1725º).

IV.c) O art. 1722º, nº 2, procede a uma enumeração meramente exemplificativa de bens que se consideram adquiridos na constância do matrimónio, por virtude de direito próprio anterior, sem prejuízo da compensação eventualmente devida ao património comum. Esta compensação é, aliás, devida sempre que a aquisição de bens qualificados como próprios não tenha sido efectuada inteiramente à custa do património próprio do adquirente (cf. arts. 1726º, nº 2, 1727º e 1728º, nº 1).

A enumeração do art. 1722º, nº 2, engloba: os bens adquiridos em consequência de direitos anteriores ao casamento sobre

cônjuge, nos termos gerais e de acordo com o regime de bens vigente. O direito do arrendatário habitacional passa a poder ser integrado na comunhão de bens. Se, por exemplo, os cônjuges casarem no regime da comunhão de adquiridos, o direito do arrendatário habitacional será bem próprio quando o contrato de arrendamento tiver sido celebrado antes do casamento, por força do art. 1722º, nº 1, al. a). Mas já será bem comum, quando o contrato de arrendamento for posterior, nos termos do art. 1724º, al. b).

Segundo as normas transitórias e finais do NRAU (arts. 26º, 28º e 59º), a solução do novo art. 1068º aplica-se aos contratos de arrendamento celebrados antes da entrada em vigor do NRAU (que foi aprovado pela dita Lei nº 6/2006, de 27 de Fevereiro). Conjugando-se o referido art. 26º do NRAU com o art. 12º (do CC), o disposto no art. 1068º compreende os contratos de arrendamento antigos, quando o casamento tenha sido celebrado após a entrada em vigor do NRAU, e os contratos de arrendamento novos, quando o casamento tenha sido celebrado antes da entrada em vigor do NRAU. Contudo, o art. 1068º não parece aplicar-se aos contratos de arrendamentos antigos, quando o casamento tenha sido contraído antes da entrada em vigor do NRAU. Neste caso, já se encontrava consolidada a natureza do direito do arrendatário: bem próprio deste e nunca bem comum, seja qual for o regime matrimonial de bens. Admitir a aplicação do art. 1068º não excluiria uma mudança da natureza do bem, o que colide com a presunção de que a lei retroactiva não afecta os efeitos já produzidos pelos factos que a mesma lei se destina a regular (art. 12º, nº 1, do CC).

patrimónios ilíquidos⁸⁶⁰ partilhados depois dele (al. a)); os bens adquiridos por usucapião fundada em posse que tenha o seu início antes do casamento (al. b)); os bens comprados antes do casamento com reserva de propriedade (al. c)); e os bens adquiridos no exercício do direito de preferência fundado em situação já existente à data do casamento (al. d))⁸⁶¹. Embora não estejam incluídos no elenco cabem também na categoria dos bens adquiridos por virtude de direito próprio anterior, nomeadamente, os bens adquiridos depois do casamento por causa de negócios aleatórios celebrados antes dele (p.e., o dinheiro de um boletim do totoloto registado antes do casamento, mas premiado depois); e os bens adquiridos por força de uma condição, ou termo, verificada durante o casamento, que foi inserida num contrato celebrado anteriormente.

Não é pacífica a qualificação dos bens adquiridos depois do casamento, em cumprimento de contrato-promessa anterior. Para alguma jurisprudência⁸⁶², só seriam próprios no caso de ter sido atribuída eficácia real ao contrato-promessa. Mas não vemos

⁸⁶⁰ V.g., heranças indivisas.

⁸⁶¹ Na perspectiva de RITA LOBO XAVIER ("Bem adquirido por cônjuge casado no regime da comunhão de adquiridos em cumprimento de contrato-promessa de compra e venda celebrado antes do casamento", *Lex Familiae* ano 1, 2004, nº 2, pp. 10-12), justifica-se uma interpretação restritiva do art. 1722º, nº 2, al. d): seriam próprios os bens adquiridos no exercício do direito de preferência, somente quando os pressupostos concretos desse exercício (decisão de venda do obrigado à preferência e notificação do titular do direito para preferir) se tivessem verificado antes do casamento. Todavia, a ilustre professora parte do princípio de que o direito de preferência apenas nasce com a verificação concreta dos pressupostos de exercício definidos no pacto ou na norma que prevê a obrigação de dar preferência. Ora, uma coisa é a constituição do direito de preferência, outra é o regime do respectivo exercício. O direito é atribuído pelo pacto de preferência ou pela norma que o prevê; já existe antes de o obrigado à preferência tomar a decisão de vender.

⁸⁶² Cf. ac. da RL de 8/2/2001, C/2001/1, p. 111; ac. do STJ de 27/04/2005, proc. nº 05A838, <http://www.dgsi.pt>

motivo para distinguir. O art. 1722º, nº 2, al. d), não o faz quanto ao direito de preferência, que pode ter carácter obrigacional ou real. Dada a manifesta afinidade entre o pacto de preferência e o contrato-promessa, pensamos que os bens adquiridos depois do casamento, em cumprimento de contrato-promessa anterior, cabem na previsão do art. 1722º, nº 1, al. c)⁸⁶³, independentemente de o contrato-promessa ter sido ou não dotado de eficácia real.

IV.d) O art. 1723º prevê situações de sub-rogação real, directa ou indirecta, atribuindo a qualidade de bens próprios aos bens adquiridos por meio de troca directa com bens próprios de um dos cônjuges (al. a)); ao preço dos bens próprios alienados (al. b)); e aos bens adquiridos ou às benfeitorias “feitas com dinheiro ou valores próprios de um dos cônjuges, desde que a proveniência do dinheiro ou valores próprios seja devidamente mencionada no documento de aquisição, ou em documento equivalente, com intervenção de ambos os cônjuges” (al. c)).

É particularmente polémica a consequência da falta de menção documental da natureza própria dos meios utilizados na aquisição de outros bens. Um sector sustenta que os bens adquiridos com dinheiro ou valores próprios seriam então comuns, nos termos do

⁸⁶³ Igualmente, ADRIANO PAIVA, *A comunhão de adquiridos* pp. 159-160. Com posição distinta, RITA LOBO XAVIER (“Bem adquirido por cônjuge casado no regime da comunhão de adquiridos em cumprimento de contrato-promessa” cit., pp. 5-16), que não recorre ao art. 1722º, nº 1, al. c), para resolver o problema da qualificação do bem adquirido em cumprimento de um contrato-promessa anterior ao casamento: será próprio o bem em causa se tiver sido adquirido com dinheiro ou valores próprios de um dos cônjuges, desde que a proveniência do dinheiro ou valores seja devidamente mencionada no contrato definitivo, com intervenção de ambos os cônjuges (art. 1723º, al. c)); de outra forma, será comum (art. 1724º, al. b)). Contudo, a recusa de aplicação do art. 1722º, nº 1, al. c), assenta na ideia de que o direito sobre o bem emerge do contrato prometido e não do contrato-promessa. Importa, porém, sublinhar que a aquisição é consequência do cumprimento de um contrato que conferiu um direito à celebração do contrato definitivo.

art. 1724º, al. b), cabendo ou não ao cônjuge adquirente um crédito de compensação sobre o património comum⁸⁶⁴. Considerando que a exigência da menção documental visa acautelar os interesses de terceiros credores, na falta de tal menção, outro sector não exclui o carácter próprio dos bens, na relação entre os cônjuges⁸⁶⁵ ou quando a atribuição desse carácter não afecte interesses de terceiros⁸⁶⁶.

A segunda orientação parece ser a mais ajustada. O art. 1723º, al. c), ao fazer depender de um requisito formal a qualificação como próprios dos bens adquiridos ou das benfeitorias feitas com dinheiro ou valores próprios de um dos cônjuges, tem em vista exclusivamente a protecção de terceiros. De facto, a disciplina do preceito não se adequa ao plano das relações entre cônjuges.

Admitir que um bem adquirido com dinheiro ou valores próprios seja considerado um bem comum apenas por ter faltado a menção da proveniência do dinheiro ou dos valores no documento de aquisição equivale a admitir uma transferência, a título gratuito, de um património próprio para o património comum que nem sequer é susceptível de ser entendida como uma doação válida.

A simples ausência de menção não pode ser entendida como uma liberalidade que tivesse por objecto o dinheiro ou os valores aplicados e, ainda que o pretendesse ser, não observaria os requisitos

⁸⁶⁴ Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC 1723º (4)* (sem crédito de compensação); RITA LOBO XAVIER, *Limites* pp. 367-368 (com crédito de compensação); parecer do Conselho Técnico da Direcção-Geral de Registos e Notariado, respeitante ao processo nº R.P. 174/2000-DSJ-CT, *BRN* 2/2001, Fevereiro de 2001, pp. 36-42 (com crédito de compensação).

⁸⁶⁵ Cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 170.

⁸⁶⁶ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 520; SALTER CID, “Desentendimentos conjugais e divergências jurisprudenciais”, *Lex Familiae* nº 7, 2007, pp. 12-14; acs. do STJ de 14/12/1995, *BMJ* 452, p. 437, de 24/9/1996, *BMJ* 459, p. 459, de 15/5/2001, *CJ-S* 2001/2, p. 75, de 24/10/2006, *CJ-S* 2006/3, p. 92, e de 6/3/2007, proc. nº 06A4619, <http://www.dgsi.pt>.

da doação entre casados, porque os bens objecto de doação entre cônjuges nunca se comunicam (cf. art. 1764º, nº 1). Além disso, defender que a ausência de menção da proveniência do dinheiro ou valores próprios implique pura e simplesmente a qualificação como bem comum do bem adquirido seria especialmente gravoso na relação entre cônjuges, dado que, ao contrário da doação entre casados (cf. art. 1765º), a transferência patrimonial ocorrida nem sequer poderia ser revogada unilateralmente pelo cônjuge a quem pertencia o dinheiro ou os valores aplicados na aquisição do bem.

Para eliminar tal iniquidade não basta invocar, sem mais e sistematicamente, o direito de compensação do cônjuge "empobrecido" relativamente ao património comum. É que a tutela compensatória só opera subsidiariamente. Isto é, o direito de compensação só surge, no caso em apreço, se houver razões que obstem à qualificação do bem que foi adquirido com bens ou valores próprios de um cônjuge como bem próprio desse mesmo cônjuge. Ora, no plano estrito da relação entre os cônjuges, não se detecta um motivo que afaste de modo consistente a natural aplicação do princípio da sub-rogação real (subjacente aos arts. 692º, nº 1, 794º e 1723º), independentemente de ter, ou não, havido menção de proveniência.

Contudo, os interesses dos cônjuges não são os únicos que merecem protecção no Direito Patrimonial da Família. Os interesses de terceiros são relevantes, como decorre dos arts. 1670º, nº 2, 1711º, nº 1, e 1713º, nº 2, bem como do regime legal das dívidas dos cônjuges. São aliás apenas esses interesses que podem justificar a exigência formal do art. 1723º, al. c), e a correlativa preterição do interesse do cônjuge proprietário do dinheiro ou dos valores aplicados, confinado à titularidade de um direito de compensação sobre o património comum (que só é satisfeito depois dos direitos de terceiros credores).

Com a imposição do requisito da menção de proveniência, o preceito visa, nomeadamente, proteger o terceiro que beneficia

de um crédito, hipotecário ou não, garantido pelo património comum do casal ou pela meação do cônjuge que não era titular do dinheiro ou dos valores aplicados na aquisição (cf. arts 1695º, nº 1, e 1696º, nº 1), e que confiou legitimamente na natureza comum do bem adquirido, devido à regra geral aplicável aos bens adquiridos pelos cônjuges na constância do matrimónio (art. 1724º, al. b)) e ao carácter não directo da sub-rogação a que respeita o art. 1723º, al. c).

Tudo ponderado, é de concluir que, se não for afectado o interesse de terceiros, o bem adquirido será próprio⁸⁶⁷. No caso de estar em risco a posição de terceiros, sem que nenhum deles tenha intervindo na escritura de rectificação, o bem adquirido será comum, restando ao cônjuge o direito a uma compensação sobre o património comum.

IV.e) O art. 1726º, nº 1, dispõe que os bens adquiridos em parte com dinheiro ou bens próprios de um dos cônjuges e noutra parte com dinheiro ou bens comuns revestem a natureza da mais valiosa das duas aplicações. O raciocínio aduzido quanto ao art. 1723º, al. c), é aplicável por maioria de razão às situações de bens adquiridos com o recurso a dinheiro ou bens próprios numa percentagem superior a 50%. Assumindo estes bens a qualidade de próprios, é devida uma compensação ao património comum (art. 1726º, nº 2).

O art. 1726º não resolve o problema da qualificação do bem que seja adquirido em 50% com bens comuns e em 50% com bens próprios. Assim, o bem será comum, por força do art. 1724º,

⁸⁶⁷ Parcialmente contra, ADRIANO PAIVA, *A comunhão de adquiridos* pp. 191-197: o bem será próprio desde que o cônjuge adquirente consiga provar, por qualquer meio, que o bem foi adquirido à custa do seu património próprio, independentemente de estarem em causa interesses de terceiros; essa qualificação do bem como próprio somente não será oponível aos terceiros que confiaram legitimamente que o bem pertencia à comunhão.

al. b), beneficiando o cônjuge que contribuiu com bens próprios de um crédito de compensação sobre o património comum, nos termos gerais⁸⁶⁸.

O art. 1728º, nº 1, qualifica como próprios os bens adquiridos por virtude da titularidade de bens próprios, que não possam considerar-se frutos destes. Por interpretação *a contrario* do preceito em apreço e por aplicação do art. 1724º, al. b), os frutos dos bens próprios são bens comuns.

O art. 1728º, nº 2, apresenta quatro exemplos de bens adquiridos por virtude da titularidade de bens próprios, que não são tidos como frutos destes: as acessões (al. a)); os materiais resultantes da demolição ou destruição de bens (al. b)); a parte do tesouro adquirida pelo cônjuge na qualidade de proprietário (al. c)); os prémios de amortização de títulos de crédito ou de outros valores mobiliários próprios de um dos cônjuges, bem como os títulos ou valores adquiridos por virtude de um direito de subscrição àqueles inerente (al. d)).

V. Regime da comunhão geral.

O regime da comunhão geral de bens vigora como regime convencional, a não ser nos casos em que seja aplicável o art. 1720º, nº 1, ou 1699º, nº 2. Vigora como regime convencional quando tenha sido validamente adoptado pelos nubentes em convenção antenupcial. Vigora ainda como regime supletivo, relativamente aos casamentos celebrados até 31 de Maio de 1967 (cf. art. 15º do DL nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966, que aprovou o Código Civil). As normas da comunhão geral de bens estão previstas nos arts. 1722º a 1731º e são idênticas para

⁸⁶⁸ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 527. Contra PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC* 1726º (2): "Na hipótese de as duas prestações revestirem igual valor, terão os bens adquiridos de ser considerados em parte como próprios, e na parte restante como comuns."

o regime convencional e para o regime supletivo (cf. art. 15º do DL nº 47.344).

No regime da comunhão geral de bens, o património comum é constituído por todos os bens dos cônjuges que não sejam exceptuados por lei (art. 1732º). Naturalmente, o património comum é mais extenso que na comunhão de adquiridos. De qualquer modo, não se pode afirmar que o regime da comunhão geral implica inexistência de bens próprios. Não integram a massa patrimonial comum os bens referidos no art. 1733º, nº 1; os bens doados por um cônjuge ao outro (art. 1764º, nº 2); e os bens doados por um esposado ao outro, salvo estipulação convencional em contrário (art. 1757º).

O elenco de bens incomunicáveis estabelecido pelo art. 1733º, nº 1, abarca: os bens doados ou deixados, ainda que por conta da legítima, desde que a liberalidade seja feita com cláusula de incomunicabilidade (al. a)); os bens doados ou deixados com a cláusula de reversão ou fideicomissária, a não ser que a cláusula tenha caducado (al. b)); o usufruto, o uso ou habitação e demais direitos estritamente pessoais⁸⁶⁹ (al. c)), as indemnizações devidas por factos verificados contra a pessoa de cada um dos cônjuges ou contra os seus bens próprios (d))⁸⁷⁰; os seguros vencidos em favor da pessoa de cada um dos cônjuges ou contra os seus bens próprios (e))⁸⁷¹; os vestidos, roupas e outros objectos de uso pessoal e exclusivo de cada um dos cônjuges, bem como os

⁸⁶⁹ Os direitos estritamente pessoais são aqueles que são constituídos *intuitu personae*: v.g., o direito à pensão de reforma, ao benefício da renda vitalícia (cf. arts. 1238º-1244º), o direito moral de autor (como resulta do art. 1678º, nº 2, al. b), o direito patrimonial de autor pode ser comum), o direito a descontos, em função da idade ou profissão.

⁸⁷⁰ Enquadram-se nos bens incomunicáveis as indemnizações por acidentes de trabalho.

⁸⁷¹ Cabem nestes seguros aqueles que se destinam a cobrir o risco da perda de capacidade de trabalho.

seus diplomas e a sua correspondência (f)⁸⁷²; as recordações de família de diminuto valor económico (g)

Contudo, são bens comuns os frutos dos bens incomunicáveis e as benfeitorias realizadas nestes bens (art. 1733º, nº 2).

Nos restantes aspectos, são aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições relativas à comunhão de adquiridos (art. 1734º). Deste modo, em matéria de composição das massas patrimoniais, o regime da comunhão geral de bens está subordinado também às regras dos arts. 1723º, 1725º, 1726º, 1727º e 1728º.

VI. Regime da separação.

O regime da separação vigora como regime imperativo ou convencional. Vigora como regime imperativo nos casos previstos no art. 1720º, nº 1. Vigora como regime convencional fora desses casos e quando tenha sido adoptado pelos nubentes na convenção antenupcial. Os arts. 1735º e 1736º aplicam-se quer ao regime imperativo quer ao regime convencional da separação de bens. As diferenças de regulamentação produzem-se no campo das doações entre casados: são válidas no regime convencional, nulas no regime imperativo (cf. art. 1762º).

No regime típico da separação de bens, não há bens comuns. Os bens pertencem a um cônjuge, em propriedade exclusiva, ou a ambos, em compropriedade.

O art. 1736º, nº 1, permite a estipulação convencional de cláusulas de presunção sobre a propriedade dos bens móveis, com eficácia extensiva a terceiros, determinando que a presunção será ilidível mediante prova em contrário. O art. 1736º, nº 2,

⁸⁷² A expressão "objectos de uso pessoal e exclusivo" não abrange os instrumentos do trabalho, cuja ligação ao exercício da actividade profissional de um dos cônjuges não os converte em bens imperativamente incomunicáveis (cf. o art. 1731º, que admite o ingresso dos instrumentos de trabalho no património comum da comunhão de adquiridos).

fixa a presunção legal de que os bens móveis pertencem em compropriedade aos dois cônjuges, sempre que haja dúvidas sobre a propriedade exclusiva.

Havendo bens, móveis ou imóveis, que pertençam em compropriedade a ambos os cônjuges, qualquer um deles pode pôr termo à comunhão romana a todo o tempo, salvo se houver uma cláusula de indivisão (arts. 1412º e 1413º).

O art. 1735º prescreve que os cônjuges podem dispor livremente dos seus bens próprios. No entanto, em certas hipóteses, a prática de actos de disposição de bens próprios pelo respectivo titular carece do consentimento do outro cônjuge (cf. arts. 1682º, nº 3, al. a), 1682º-A, nº 2, e 1682º-B).

Na verdade, nem mesmo no regime da separação existe uma total independência patrimonial. Os cônjuges casados sob o regime da separação estão obrigados a "um mínimo de comunhão de vida patrimonial"⁸⁷³. Além de enfrentarem restrições à liberdade de disposição dos bens próprios, instituídas em prol do grupo familiar, os cônjuges estão reciprocamente vinculados aos deveres de cooperação e de assistência, respondem ambos em certos casos por dívidas que foram contraídas por um só deles (cf. arts. 1691º e 1695º, nº 2), e é concebível que a administração dos bens próprios de um cônjuge seja exercida em exclusivo pelo outro (cf. art. 1678º, nº 2, als. e), f) e g)).

VII. Regimes atípicos.

VII.a) Os regimes atípicos são aqueles que se demarquem, em algum aspecto, de um dos regimes previstos no Código Civil.

Basta, p.e., que os nubentes digam que todos os bens serão próprios, com excepção de um bem presente, que será comum; ou, o que é o mesmo, que declaram adoptar o regime da separação

⁸⁷³ Cf. RITA LOBO XAVIER, *Limites* pp. 374-376.

de bens, acrescentando que o bem x é um bem comum. As partes não adoptaram nenhum dos três regimes típicos: não se trata do regime típico da separação de bens, incompatível com a previsão de um bem comum; não se está perante o regime típico da comunhão geral de bens, porque a generalidade dos bens serão próprios; nem perante o regime típico da comunhão de adquiridos, em virtude de se ter implicitamente excluído a comunicabilidade de bens adquiridos a título oneroso.

Os regimes atípicos têm de ser fixados em convenção antenupcial, que tanto pode ser celebrada por escritura pública como por declaração prestada perante o funcionário do registo civil (art. 1710º), e estão submetidos às restrições comuns ao princípio da liberdade de estipulação em matéria de regime de bens⁸⁷⁴. O art. 1699º, nº 1, al. d), não impede a adopção de um regime atípico de comunhão em que sejam próprios os frutos dos bens incomunicáveis (o nº 2 do art. 1733º não reveste carácter imperativo).

As manifestações possíveis de regimes atípicos são inúmeras. Convém, no entanto, destacar um regime que, sendo atípico entre nós, é típico e supletivo no ordenamento alemão: o regime da participação nos adquiridos ou "Güterstand der Zugewinn-gemeinschaft" (cf. §§ 1363-1390 BGB)⁸⁷⁵, que trataremos muito simplifadamente. Não há bens comuns neste regime, mas, no momento da extinção do casamento, é assegurada aos cônjuges uma participação por igual no valor correspondente à diferença entre o património inicial e o património final do casal (contabilizando-se, ficticiamente, como património inicial os bens entretanto adquiridos a título gratuito). P.e., à data da celebração do casamento, o património de A estava avaliado em 100 e o património de B em 50. Na altura do divórcio, o

⁸⁷⁴ Cf., *supra*, Parte III, nº 21.2. I

⁸⁷⁵ Cf. GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *LF* pp. 358 e s.

património de A valia 150 e o património de B 120. A diferença entre valor do património inicial e final ("Zugewinn") é de 50, no caso de A, e de 70, no caso de B. Como B obteve uma maior valorização patrimonial do que A ($70-50=20$), o último tem um crédito ("Zugewinnausgleich") sobre o primeiro correspondente à metade daquilo em que a valorização patrimonial obtida por B excede a que foi conseguida por A ($20/2=10$).

Apesar da inexistência de bens comuns, o regime da participação nos adquiridos demarca-se do regime típico da separação de bens. No regime típico da separação, os cônjuges têm direito somente aos seus bens próprios; no momento da extinção do casamento, não é reconhecida qualquer compensação por o património de um cônjuge se ter valorizado mais do que o outro, na constância do matrimónio.

O regime da participação nos adquiridos é um regime atípico de separação susceptível de combinar as vantagens do regime típico da separação com as do regime da comunhão de adquiridos. A falta de bens comuns reduz o número de situações em que se torna exigível o consentimento de ambos os cônjuges para a prática de actos de administração e disposição, o que facilita as relações patrimoniais de cada cônjuge com terceiros. A concessão de um crédito que visa a igualação dos acréscimos patrimoniais ajusta-se a um princípio de equidade: no casamento, há sempre uma comunhão de vida patrimonial; e a vivência conjugal influencia os ganhos patrimoniais individuais (p.e., o cônjuge que mais se dedica às tarefas do lar dá ao outro tempo adicional para o exercício de uma actividade remunerada)⁸⁷⁶. Houve já um sinal

⁸⁷⁶ Não se pense, porém, que o regime da participação nos adquiridos só apresenta vantagens. Por razões didácticas, não falámos das dificuldades em torno da delimitação do património inicial e do património final nem das complicações que envolve o cálculo do "crédito para igualação dos lucros". No Brasil, em que a participação nos adquiridos, ou "participação final nos aqüestos" é um regime típico (cf. arts. 1672-1686 do respectivo Código Civil),

de preferência pelo regime da participação nos adquiridos, manifestado pelos juristas portugueses, quando no período final da administração portuguesa, a legislação de Macau consagrou esse regime como supletivo (art. 1579º do Código Civil de Macau, aprovado em 1999)⁸⁷⁷.

VII.b) Tendo sido fixado um regime atípico, sem que a convenção antenupcial resolva, directamente ou por remissão para um regime típico, o problema da titularidade de todos os bens do casal, aplicam-se, primeiro, as regras gerais sobre a interpretação dos negócios jurídicos (arts. 236º e 238º) e, depois, as regras da comunhão de adquiridos naquilo em que a convenção for omissa. Não é apenas o regime da comunhão de adquiridos em bloco que é supletivo; a supletividade estende-se à generalidade das normas da comunhão de adquiridos que determinam a titularidade dos bens. Se, p.e., os nubentes adoptaram um regime atípico, limitando-se a estipular que o imóvel *y*, levado para o casamento é comum, a natureza dos demais bens é apurada com base nos arts. 1722º e s. Por conseguinte, será comum o produto do trabalho dos cônjuges (art. 1724º, al. a)).

A consagração do princípio da liberdade em detrimento do princípio da tipicidade, no domínio do regime de bens, levanta dúvidas que ultrapassam a questão da titularidade dos bens do casal⁸⁷⁸. No campo da disciplina legal dos actos de disposição, certas soluções variam consoante o regime de bens seja o de

diz-se que tal regime está “fadado ao esquecimento e ao banimento pelo total desuso, por sua difícil operacionalidade” (cf. ROLF MADALENO, *CDF* p. 590).

⁸⁷⁷ O regime está regulado nos arts. 1581º a 1600º do Código Civil de Macau. Cf. ADRIANO PAIVA, “Breves notas sobre o regime da participação nos adquiridos vigente no Direito de Macau”, *Lex Familiae* ano 3, 2006, nº 5, pp. 65 e s.

⁸⁷⁸ Cf. a ampla apreciação de SOFIA HENRIQUES, *Estatuto patrimonial* pp. 281 e s.

separação ou outro (cf. arts. 1682º-A, nº 1, e 1683º, nº 2). No campo da disciplina legal das dívidas, importa também saber se o regime de bens vigente é o de separação ou outro (cf. arts. 1691º, nº 1, al. d), 1695º, nº 2, e 1697º, nº 1) e até se é o da comunhão geral ou outro (cf. art. 1691º, nº 2). Ora, a aplicação ou não destas disposições não é problemática se se estiver perante um dos três regimes típicos de bens. Mas como proceder se o regime de bens convencionado não coincidir com um dos tipos previstos no Código Civil?

A *ratio* dos arts. 1682º-A, nº 1, e 1683º, nº 2⁸⁷⁹, ajuda-nos a concluir acerca da disciplina que cabe aos actos de disposição, nos regimes atípicos: no caso de alienação ou oneração de imóvel, o consentimento conjugal só é dispensado se estiver em causa um imóvel próprio cujos frutos sejam igualmente bens próprios; no caso de repúdio, o consentimento comum deixa de ser exigido se, por força do regime matrimonial adoptado, tanto os bens adquiridos por via sucessória como os respectivos frutos forem tidos como bens próprios⁸⁸⁰.

No campo das dívidas, as normas que aludem especificamente a um regime típico de bens são analogicamente aplicáveis aos regimes atípicos em que predomine a componente do regime típico que é referido⁸⁸¹. P.e., se as partes convencionaram que haveria um bem comum e apenas um, a responsabilidade dos cônjuges por dívidas comunicáveis será parciária, por analogia com o disposto no art. 1695º, nº 2.

⁸⁷⁹ Cf., *infra*, Parte III, nº 23.4. III e IV.

⁸⁸⁰ Outra é a tese de SOFIA HENRIQUES, *Estatuto patrimonial* pp. 308-318 (propõe que se pondere, para a inclusão na excepção do art. 1682º-A, nº 1, o grau de atipicidade da convenção antenupcial).

⁸⁸¹ Sobre a concretização da disciplina dos regimes atípicos de bens, cf. P. L. PAIS DE VASCONCELOS, “Convenções antenupciais atípicas”, *SI* 1995, nºs 256/258, pp. 339 e s. Segue, para os arts. 1691º, nº 1, al. d), 1695º, nº 2, e 1697º, nº 1), solução idêntica à que defendeu para o art. 1682º-A, nº 1, SOFIA HENRIQUES, *Estatuto patrimonial* pp. 342-350 (cf., *supra*, nota 880).

23.2. A modificação superveniente do regime de bens

I. O princípio da imutabilidade do regime de bens.

O art. 1714º, nº 1, consagra o princípio da imutabilidade do regime de bens, ao determinar que, depois da celebração do casamento, não é permitida a revogação ou modificação da convenção antenupcial nem a alteração do regime de bens legalmente fixado, a não ser nos casos previstos na lei.

As excepções à regra que veda a modificação do regime de bens inicial são escassas, figurando no art. 1715º, nº 1, als. b), c) e d): simples separação judicial de bens, separação de pessoas e bens e “os demais casos, previstos na lei, de separação de bens na vigência da sociedade conjugal”. Todas as figuras representam situações de separação superveniente de bens que serão adiante consideradas⁸⁸².

O cariz limitado das excepções ao princípio da imutabilidade no campo do regime de bens revela a rigidez da solução portuguesa. Porque o princípio visa a protecção de um cônjuge perante o outro, teria sido razoável permitir a modificação consensual do regime de bens sempre que se verificasse judicialmente não haver risco de prejuízo patrimonial para qualquer um deles. *De iure condendo*, é preferível o sistema da mutabilidade por acordo sujeito a homologação judicial⁸⁸³. Aliás, a manutenção do regime de bens pode até afectar o interesse de ambos os cônjuges. Se,

⁸⁸² A simples separação judicial de bens e os casos de separação superveniente de bens distintos daquela e da separação de pessoas e bens são apreciados ainda no nº 23.2., em II e III, respectivamente. Atendendo ao seu alcance mais amplo, a separação de pessoas e bens é analisada à parte, *infra*, no nº 28 desta Parte III.

⁸⁸³ ADRIANO PAIVA, *A comunhão de adquiridos* pp. 122-123, insurge-se também contra o nosso sistema de imutabilidade rígido, só que, por descrever da idoneidade do controlo judicial para salvaguardar o interesse da família e evitar situações fraudulentas em benefício de terceiros, propugna a abolição total da imutabilidade.

p.e., eles casaram no regime da comunhão de adquiridos e um deles pretende dedicar-se à actividade comercial, os bens comuns e os bens próprios de qualquer um dos sujeitos podem responder pelas dívidas contraídas no exercício do comércio (cf. arts. 1691º, nº 1, al. d), e 1696º, nº 1). Mas se fosse admissível a passagem para o regime da separação, estaria ao dispor das partes um instrumento apto a limitar a responsabilidade pelas dívidas futuramente contraídas no exercício do comércio aos bens pertencentes exclusivamente ao cônjuge comerciante. Deste modo, entendemos que foi mais feliz a opção do legislador brasileiro, que, no art. 1639, § 2º, do respectivo Código Civil, permite a alteração de bens, “mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”⁸⁸⁴.

Uma questão polémica é a de saber se o princípio da imutabilidade do regime de bens que foi consagrado no direito português impede apenas a modificação dos critérios de composição das massas patrimoniais dos cônjuges⁸⁸⁵ ou também os negócios que acarretem transferência de bens concretos de uma massa para outra⁸⁸⁶. Ora, a comprovada rigidez do princípio em apreço seria agravada se lhe fosse atribuído um sentido amplo. Deve, portanto, considerar-se que a imutabilidade não proíbe os negócios que afectem a qualificação de bens concretos como comuns, como próprios de um cônjuge ou próprios do outro. Tais negócios serão válidos, na falta de disposição em contrário

⁸⁸⁴ No entanto, ROLF MADALENO, *CDF* p. 534, alerta para o perigo da referida disposição legal brasileira, susceptível de “servir como porta de acesso à fraude e ao engodo da credulidade conjugal”.

⁸⁸⁵ Posição defendida por PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF I* pp. 490-494.

⁸⁸⁶ Opinião de ANTUNES VARELA, *DF* pp. 433-434, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC* 1714º (4), e RITA LOBO XAVIER, *Limites* pp. 135-138.

(como a do art. 1714º, nº 2). Outra interpretação traduz-se numa forte restrição ao princípio geral da autonomia privada que não tem apoio na letra do art. 1714º. A lei não veda a celebração de todos os contratos com repercussões na qualificação de um bem concreto. Refere-se somente à compra e venda e a certos contratos de sociedade entre os cônjuges.

II. A simples separação judicial de bens.

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 193-195; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 553-557; Antunes Varela, *DF* 538-541; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1767º-1771º.

A simples separação judicial de bens constitui uma hipótese de separação superveniente de bens que se traduz numa modificação da relação matrimonial, apresentando carácter necessariamente litigioso: a separação só pode ser decretada em acção intentada por um dos cônjuges contra o outro (art. 1768º).

A simples separação judicial de bens tem por fundamento o perigo de um cônjuge “perder o que é seu pela má administração do outro cônjuge” (art. 1767º). A acção destina-se, portanto, a proteger os bens comuns ou os bens próprios do cônjuge autor.

A legitimidade para intentar a acção de simples separação judicial de bens incumbe, normalmente, só ao cônjuge lesado (art. 1769º, nº 1, 1ª parte). Se o cônjuge lesado estiver inabilitado, a acção pode ser intentada por ele, ou pelo curador com autorização judicial (art. 1769º, nº 3). Se estiver interdito, a acção só pode ser intentada, em nome dele, pelo respectivo representante legal; ou unicamente por algum parente na linha recta ou até ao terceiro grau da linha colateral, se o representante legal for o outro cônjuge (art. 1769º, nºs 1, 2ª parte, e 2).

O art. 1770º, nº 1, na redacção da Lei nº 29/2009, de 29 de Junho, menciona os efeitos da simples separação judicial de bens: sem prejuízo do disposto em matéria de registo, o regime

matrimonial passa a ser o da separação, procedendo-se à partilha do património comum.

Mas os efeitos da simples separação não são apenas esses. A separação resultante é mais estrita do que uma separação convencional ou imperativa de bens. O fundamento é evitar a perda do que pertencia a um cônjuge por má administração do outro. Deste modo, surge também um obstáculo à administração exclusiva do cônjuge tido como “mau administrador” relativamente aos bens próprios do outro: com a simples separação judicial de bens, fica excluída a aplicação das als. e) e f) do art. 1678º, nº 2 (mas não da al.g): cf., *infra*, Parte III, nº 23.3. I)⁸⁸⁷.

A simples separação judicial de bens é irrevogável (art. 1771º), estatuição compreensível porque há a possibilidade de serem restaurados os poderes de administração do réu mediante contrato de mandato conjugal, que é livremente revogável pelo mandante.

III. Outros casos de “separação de bens na vigência da sociedade conjugal”.

Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1772º.

O art. 1715º, nº 1, al. d), alude a outros casos de separação superveniente de bens, além da simples separação judicial de bens e da separação de pessoas e bens, que são:

- a) A ausência na fase de curadoria definitiva (cf. art. 108º).
- b) A ausência na fase da morte presumida (cf. art. 115º).
- c) A separação de meações decretada no âmbito de uma execução (cf. art. 825º do CPC). A separação de meações decretada no âmbito de uma execução ocorre quando a execução

⁸⁸⁷ Contra, ADRIANO PAIVA, *A comunhão de adquiridos* pp. 249-250, escrevendo que “as regras sobre administração manter-se-ão intactas”.

tenha sido movida contra um só dos cônjuges, ou seja numa situação de dívida incomunicável; além disso, é preciso que tenham sido penhorados bens comuns do casal por conta da dívida incomunicável e que o outro cônjuge tenha requerido a separação. No caso de requerimento em que se pede a separação, a execução fica suspensa até à partilha; o processo para a partilha de bens, neste caso especial, vem estabelecido no art. 1406º do CPC, na redacção da Lei nº 29/2009, de 29 de Junho.

- d) A separação de bens decretada na sequência da declaração de insolvência de um ou de ambos os cônjuges (cf. art. 141º, nº 1, al. b), do CIRE, sobre a insolvência de um cônjuge; e os arts. 264º-266º do CIRE, relativos à insolvência de ambos os cônjuges).

Neste conjunto de quatro casos, observa-se a disciplina comum resultante do art. 1772º: mudança para o regime da separação; admissibilidade da partilha do património comum; e irrevogabilidade da separação superveniente.

23.3. A administração dos bens do casal

I. A titularidade dos poderes de administração.

I.a) O art. 1678º fixa os poderes de administração dos bens do casal que cabem a cada um dos cônjuges. A respectiva disciplina não é, porém completa: para determinar a legitimidade de cada um dos cônjuges no que toca à prática de actos de administração que constituam simultaneamente actos de disposição, é imprescindível uma consulta dos arts. 1682º a 1683º. Contudo, o art. 1678º não deixa de ser muito importante: regula inteiramente os actos de administração que se não enquadrem na categoria de actos de disposição; condiciona, em regra, a validade dos actos de alienação ou oneração dos bens móveis do casal; e influi

sobre a qualificação das dívidas dos cônjuges (cf. arts. 1691º, nº 1, al. c); e 1692º, als. a) e b)).

Por força do art. 1699º, nº 1, al. c), a alteração das regras sobre administração dos bens do casal não pode ser objecto de convenção antenupcial, elemento que leva alguma doutrina⁸⁸⁸ a concluir pelo carácter imperativo do art. 1678º. Não obstante isto, o próprio art. 1678º, na al. g) do seu nº 2, admite que um dos cônjuges administre os bens próprios do outro cônjuge, se este lhe conferir por mandato esse poder, estatuição que, portanto, confere às partes um meio de afastarem a regra geral de administração dos bens próprios (cf. art. 1678º, nº 1). Este preceito tem afinal um sentido amplo, concedendo aos cônjuges a faculdade de estipularem por mandato revogável uma qualquer regra de administração, ainda que diversa da que resultaria de todo o restante art. 1678º (incluindo o nº 1, as als. a) a f) do nº 2, e o nº 3). Consequentemente, é preferível falar de uma *supletividade condicionada* à celebração de um mandato livremente revogável (cf. art. 1170º). O que o legislador quis proibir com o art. 1699º, nº 1, al. c), foi somente uma alteração *irrevogável* das regras da administração previstas no art. 1678º⁸⁸⁹, dado as estipulações em convenção antenupcial estarem subordinadas ao princípio da imutabilidade (cf. art. 1714º, nº 1).

I.b) As regras gerais em matéria de administração dos bens do casal encontram-se nas extremidades do art. 1678º, enquanto as excepções se situam no meio, o que parece ser manifestação de uma técnica legislativa menos feliz. O nº 1 do art. 1678º estabelece que compete a cada um dos cônjuges a administração dos seus bens próprios, regra geral que não suscita grandes dificuldades

⁸⁸⁸ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF I* p. 368.

⁸⁸⁹ Assim, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF I* p. 368, apesar de insistirem na imperatividade do art. 1678º.

de aplicação, exigindo unicamente ao intérprete uma indagação prévia acerca da qualidade dos bens, com base no regime de bens que vigora para o casamento em causa, e a verificação de que não ocorre concretamente uma das excepções consagradas no n.º 2. O mesmo não se pode dizer da regra geral prevista para a administração dos bens comuns do casal, que impõe ao intérprete uma tarefa complementar e que pode originar bloqueios e actos contraditórios, no plano das relações patrimoniais dos cônjuges.

Em teoria, são configuráveis quatro sistemas de administração dos bens comuns⁸⁹⁰: um primeiro, discriminatório, entrega a administração apenas a um dos cônjuges (normalmente o marido); outro confere separadamente a cada um dos cônjuges a administração de uma certa massa de bens, por exemplo, cada cônjuge administra os bens que por sua via entraram na comunhão; um terceiro obriga à intervenção de ambos os cônjuges para a prática de actos sobre os bens comuns (sistema de gestão de mão comum); um último permite que qualquer dos cônjuges sozinho pratique tais actos (sistema de gestão por representação mútua). A regra geral de administração dos bens comuns, instituída no art. 1678º, n.º 3, opta pelo terceiro ou pelo quarto sistema, em função do critério do tipo de administração. Cada um dos cônjuges tem legitimidade para a prática de actos de administração ordinária ordinária, mas os restantes actos só podem ser praticados com o consentimento de ambos os cônjuges⁸⁹¹. Isto é, a gestão será conjunta ou de mão comum, se se tratar de acto de administração extraordinária; a gestão será disjunta ou de representação mútua, quando se trate de acto de administração ordinária. Deste modo, a legitimidade de um cônjuge para praticar sozinho actos de administração relativamente a bens comuns do casal depende, em princípio,

⁸⁹⁰ Cf. LEONOR BELEZA, *Efeitos* p. 122.

⁸⁹¹ Ao consentimento exigido pelo art. 1678º, n.º 3, aplica-se o art. 1684º: cf., *infra*, Parte III, n.º 23.4. VI.

da natureza do acto à luz de uma classificação que contrapõe a administração ordinária à administração extraordinária.

A administração ordinária corresponde à gestão normal. Normalmente, são dados como exemplos de administração ordinária os actos que, não alterando a substância da coisa, se destinam à sua frutificação ou conservação (p.e., pintura de uma casa de que os cônjuges são proprietários e pretendem arrendar; reparação do automóvel). Os demais actos enquadrar-se-iam tendencialmente na categoria da administração extraordinária. Todavia, qualquer concepção rígida se afigura falível: um simples acto de conservação pode traduzir-se num acto de administração ordinária (v.g., a reparação de um automóvel já bastante usado que implique uma despesa superior ao valor comercial do bem em apreço).

O que releva é a normalidade ou não da gestão, requisito que tem de ser avaliado com base em vários aspectos, nomeadamente, a frequência com que o acto tende em geral a ser praticado, as condições económicas do casal em concreto e o grau de repercussão do acto na esfera jurídica dos cônjuges. Será, p.e., um acto de administração ordinária a compra de géneros alimentares necessários à subsistência da família, a preços de mercado. No entanto, mandar pintar a casa de morada da família de dez em dez anos pode representar um acto de administração extraordinária para um casal que vive em dificuldades económicas⁸⁹². Além disso, o próprio impacto jurídico do acto tem de ser ponderado. É, p.e., um acto de administração extraordinária a contratação de uma mulher-a-dias com o propósito de assegurar a limpeza da residência da família. Apesar de visar a satisfação de um encargo normal da vida familiar, o meio utilizado é particularmente

⁸⁹² Aludindo justamente a esta hipótese, cf. LEITE DE CAMPOS, *DFS* p. 423, que define os actos de administração ordinária como "aqueles que visam a conservação ou frutificação da coisa e que podem ser efectuados pelo casal sem sacrifício económico e sem recurso às suas reservas financeiras".

vinculativo (a celebração, na qualidade de entidade patronal, de um contrato de trabalho com terceiro, figura cuja estabilidade é distinta, p.e., da de um contrato de prestação de serviços) e autoriza a actuação de terceiro num espaço onde habitualmente se desenrola a vida íntima de cada um dos dois cônjuges.

As dificuldades suscitadas pelo art. 1678º, nº 3, não terminam com o enquadramento de um acto no campo da administração ordinária ou extraordinária. O regime correspondente à qualificação do acto dá azo a problemas práticos: uma vez que um só cônjuge tem legitimidade para a prática de um acto de administração ordinária relativamente a bens comuns, é possível que os dois cônjuges, por desavença, conluio ou simples desconhecimento, pratiquem actos incompatíveis (p.e., venda de uma mesma colheita a pessoas diferentes); como cada cônjuge isoladamente carece de legitimidade para a prática de actos de administração extraordinária, o desentendimento entre os membros do casal pode impedir uma gestão patrimonial independente de intervenção judicial. Atendendo a isto, talvez tivesse sido preferível adoptar como regra geral, relativamente aos bens comuns, o sistema da administração separada (consagrado excepcionalmente na lei actual: cf. primeiras alíneas do art. 1678º, nº 2).

No entanto, o regime geral efectivamente escolhido pelo legislador não pode ser subvertido, alargando-se *contra legem* o núcleo de excepções à regra geral. As soluções dos problemas têm de ser encontradas dentro do quadro legal: no caso de actos de administração ordinária incompatíveis, prevalecerá o acto praticado em primeiro lugar, porque o respectivo agente dispunha de todos os poderes necessários para o praticar; no caso de administração extraordinária por um cônjuge sem o consentimento do outro, o acto será válido somente se o cônjuge que o praticar tiver obtido o suprimento judicial desse consentimento (cf. art. 1684º, nº 3) ou se tiver entrado na administração com conhecimento e sem oposição expressa do outro (*aparência de mandato*).

I.c) Nas excepções às regras gerais sobre administração dos bens do casal estão compreendidas excepções especificamente aplicáveis à administração dos bens comuns e excepções às duas regras gerais sobre administração dos bens do casal. Começemos pelas excepções unicamente à regra geral da administração dos bens comuns.

A administração ordinária de uma participação social em sociedade comercial que constitua bem comum cabe somente àquele cônjuge que tenha celebrado o contrato de sociedade ou, no caso de aquisição posterior ao contrato, àquele por quem a participação tenha vindo ao casal. É o que resulta, conjugadamente, dos nºs 2 e 3 do art. 8º do CSC, ao determinarem que será considerado como sócio apenas o cônjuge que estiver naquelas condições, mas que o cônjuge do sócio não será impedido de exercer a administração, nos termos da lei civil, quando este se encontrar impossibilitado, por qualquer causa, de a exercer⁸⁹³.

Em contrapartida, o art. 8º do DL nº 248/86, de 25 de Agosto, e as quatro primeiras alíneas do art. 1678º, nº 2, introduzem excepções mais profundas à disciplina do artigo 1678º, nº 3, conferindo a um dos cônjuges poderes exclusivos de administração quer ordinária quer extraordinária.

⁸⁹³ Segundo RITA XAVIER, o legislador teria pretendido excluir a participação social da regra de administração ordinária disjunta para evitar o risco de perturbação da vida societária ("Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro em sociedades por quotas", suplemento XXXVIII do *BFDUC*, 1993, p. 92). Ultimamente, RITA LOBO XAVIER ("Participação social em sociedade por quotas integrada na comunhão conjugal e tutela dos direitos do cônjuge e do ex-cônjuge do sócio", em *AA.VV., Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 1002-1006) recorda e frisa que o desvio às regras gerais respeita unicamente à administração ordinária, batendo-se contra a prática de dispensar o consentimento do cônjuge meeiro do sócio para a realização de "actos sociais de disposição".

O art. 8º do referido decreto-lei estabelece que “a administração do estabelecimento individual de responsabilidade limitada compete ao seu titular, ainda que seja casado e, por força do regime matrimonial de bens, o estabelecimento pertença ao património comum do casal”.

De acordo com a al. a) do nº 2 do art. 1678º, o produto do trabalho é administrado pelo cônjuge que o auferir. Só que o preceito, referindo-se aos proventos de trabalho que sejam comuns por força do regime de bens que vigora no casamento, não exonera o cônjuge que os recebe do cumprimento do dever conjugal de assistência. Por conseguinte, ele é livre de aplicar os seus rendimentos do trabalho como entender mas só depois de ter realizado a contribuição para os encargos da vida familiar ou a prestação de alimentos a que eventualmente esteja vinculado⁸⁹⁴. Aliás, o art. 1676º, nº 4, é bastante elucidativo quanto a isto. Mais: a existência do dever de assistência impõe, em geral, um limite ao exercício dos poderes de administração ou disposição que a lei atribui, em diversas situações, exclusivamente a um dos cônjuges.

Nos termos da al. b) do art. 1678º, nº 2, cada um dos cônjuges administra os seus direitos *patrimoniais* de autor que se integrem na comunhão de bens. Embora, a alínea fale genericamente de direitos de autor, os direitos morais de autor, enquanto exemplo de bens incomunicáveis por força da lei (cf. art. 1733º, nº 1, al. c), parte respeitante aos direitos estritamente pessoais), estão subordinados ao regime do art. 1678º, nº 1.

A al. c) do nº 2 do art. 1678º determina que a cada um dos cônjuges compete a administração dos bens comuns por ele levados para o casal ou posteriormente adquiridos a título gratuito, bem como dos sub-rogados em lugar deles. Nesta categoria de bens sub-rogados cabem os bens adquiridos por meio de troca

directa ou indirecta e o preço dos bens alienados. O conceito de sub-rogação é, portanto, similar ao que consta do art. 1723º. E o espírito da al. c) do nº 2 do artigo 1678º compreende ainda os rendimentos dos bens aí indicados, por um argumento de igualdade de razão com a al. a), que menciona os rendimentos do trabalho, e pelo facto de o art. 1696º, nº 2, mandar responder os rendimentos dos bens comuns levados para o casal ou posteriormente adquiridos a título gratuito pelas dívidas incomunicáveis do titular dos bens de que provêm, a par de outros bens comuns referidos no mesmo número cuja administração cabe sempre exclusivamente a este cônjuge⁸⁹⁵.

A primeira parte da al. d) do nº 2 do art. 1678º confere a um só dos cônjuges a administração dos bens que tenham sido doados ou deixados a ambos os cônjuges, com exclusão da administração do outro, bens que são, normalmente, comuns no regime da comunhão de adquiridos (art. 1729º, nº 1) e no regime da comunhão geral (art. 1732º). A segunda parte da al. d) ressalva a hipótese de se tratarem de bens doados ou deixados por conta da legítima. A gestão dos bens atribuídos nessas condições é regulada pelo art. 1678º, nº 1 (caso dos bens atribuídos no regime da comunhão de adquiridos, que são próprios por força do art. 1729º, nº 2), ou pelo art. 1678º, nº 3 (caso dos bens atribuídos na comunhão geral, que são comuns nos termos do art. 1732º). A ressalva nega, assim, eficácia à estipulação do autor da liberalidade que pretendia afastar o sucessível da administração dos bens que se destinam a preencher a respectiva legítima⁸⁹⁶.

⁸⁹⁵ Cf. LEONOR BELEZA, *Efeitos* pp. 124-125.

⁸⁹⁶ Mas a ressalva implica uma desarticulação entre as regras familiares e as sucessórias, como é explicado por PAMPLONA CORTE-REAL, *Relatório* p. 38: “Basta lembrar que o testamento só é aberto após a morte do autor da sucessão e que o regime de administração pode ficar eventualmente indefinido até esse momento, para além de que a doação ou a deixa podem vir a exceder a legítima, ou a ser imputadas nesta mesmo não sendo reitas por conta, o que também só após a abertura da sucessão será averiguável”.

Estando marcada pelo princípio da intangibilidade da legítima, a segunda parte da al. d) não se aplica ao legado em substituição da legítima, que assume a natureza de legado testamentário cuja aceitação impede a aquisição da herança legal⁸⁹⁷. Ou seja, são administrados em exclusivo por um dos cônjuges os bens legados a ambos os cônjuges com exclusão da administração do outro, se tiverem sido legados em substituição da legítima desse outro cônjuge.

I.d) As restantes alíneas do n° 2 do art. 1678° prevêm excepções quer à regra geral sobre a administração dos bens próprios quer à regra geral sobre a administração dos bens comuns. Embora apenas o texto da alínea e) se refira expressamente às duas categorias de bens, não há motivo para restringir a solução das als. f) e g) aos bens próprios. As duas últimas alíneas abrangem também os bens comuns, por maioria de razão. Aliás, no que toca à alínea g), basta ter em conta o prómio do n° 2 do artigo 1681°, que admite a possibilidade da administração por um dos cônjuges dos bens comuns se fundar em mandato.

A al. e) do n° 2 do art. 1678° exprime a relevância do interesse profissional no Direito Matrimonial. A cada um dos cônjuges incumbe a administração dos bens móveis, comuns ou próprios do outro, por ele exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho. O legislador pretende assegurar ao cônjuge o livre uso dos seus instrumentos de trabalho. Mas o interesse profissional não é um valor absoluto⁸⁹⁸. Por um lado, a al. e) não se aplica aos bens imóveis⁸⁹⁹. Por outro lado, o início da utilização exclusiva

⁸⁹⁷ Cf. DUARTE PINHEIRO, *Legado* pp. 285, 291 e 293

⁸⁹⁸ Cf., *supra*, nota 740.

⁸⁹⁹ Hesitamos quanto à aplicação da alínea ao estabelecimento comercial, que é proposta por PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA (*CDF* I pp. 374-376), porque a lei tende a subordinar o estabelecimento comercial ao regime dos imóveis e não ao dos bens móveis com carácter

por um cônjuge de um bem móvel que lhe não pertença ou que lhe não pertença totalmente carece de autorização do outro cônjuge, que é titular do bem próprio ou contitular do bem comum. A passagem do bem de uma situação em que a administração incumbe somente ao outro cônjuge ou em que a administração é conjunta ou disjunta para um regime em que a administração cabe por inteiro ao cônjuge que o usar como instrumento de trabalho não pode depender de uma atitude unilateral tomada por este⁹⁰⁰. Tem de resultar da celebração de um acordo sobre a orientação da vida em comum. Consequentemente, o início consensual da utilização exclusiva de um bem móvel, próprio do outro ou comum, como instrumento de trabalho não determina uma atribuição irreversível de poderes amplos de administração ao cônjuge que os utiliza por parte do outro cônjuge. Em certas condições, o acordo que permitiu a afectação especial do bem pode ser unilateralmente revogado⁹⁰¹.

A atribuição de poderes de administração a um cônjuge nos termos al. f) do n° 2 do art. 1678° só se verifica quando estejam cumulativamente preenchidos dois pressupostos: impossibilidade

corpóreo (cf. art. 1682°-A). Não subscreve tal hesitação, CRISTINA DIAS, *Dívidas* p. 560, nota 1001, que, concorda com Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira.

Na opinião de VASCO XAVIER ("Se pode o cônjuge do empresário, ao abrigo do artigo 1678°, n° 3, intervir na gestão do estabelecimento mercantil, quando este seja um bem comum do casal", *Revista de Direito e Estudos Sociais* 1982), a administração do estabelecimento comercial que seja bem comum do casal cabe sempre exclusivamente ao cônjuge empresário, afastando o art. 1677°-D a regra do art. 1678°, n° 3. A liberdade de exercício da profissão está, porém, sujeita a restrições, não podendo ser assegurada à custa de património que é, em parte, alheio.

⁹⁰⁰ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 372. Parcialmente contra, ADRIANO PAIVA, *A comunhão de adquiridos* pp. 247-258, afirmando que "não será sempre assim, sob pena de um cônjuge poder injustamente impedir o outro de exercer a sua profissão".

⁹⁰¹ Cf., *supra*, Parte III, n° 8 II.

de exercício da administração dos bens pelo outro cônjuge e falta de procuração bastante para a administração desses bens.

O impedimento do exercício da administração dos bens deve ter um carácter de permanência ou durabilidade que justifique a transferência dos poderes⁹⁰². Quando a impossibilidade seja meramente temporária ou eventual, não se aplica a alínea em apreço, mas o art. 1679º. E também não se aplica a mesma alínea, mas o art. 1649º, nº 2, se a impossibilidade do exercício da administração pelo cônjuge decorrer da sanção prevista para a violação da al. a) do artigo 1604º⁹⁰³.

A lei especifica duas causas de impossibilidade não meramente temporária do exercício da administração por um cônjuge: a ausência em lugar remoto e a ausência em lugar não sabido: é preciso que “a não presença por estar em lugar longínquo seja com certa permanência que torne inviável ou absurdamente dispendiosa e imprática a administração a tal distância e que não permita, portanto, esperar pelo regresso do ausente”⁹⁰⁴. Quanto à ausência em lugar não sabido, trata-se da ausência em sentido técnico (o conceito é idêntico ao que consta do art. 89º, nº 1). Por isso, coloca-se o problema da conjugação do disposto na al. e) do nº 2 do art. 1678º com a previsão do instituto da curadoria provisória.

Em nossa opinião, a instauração da curadoria provisória afasta as regras específicas da administração dos bens do casal. A curadoria provisória confere maior protecção ao ausente casado: os poderes individuais de administração são mais restritos (cf. art. 94º) e o curador provisório está obrigado a prestar contas (cf. o art. 95º, nº 1, que contrasta com o art. 1681º, nº 1). Ora, na hierarquia legal, a tutela do ausente prevalece sobre a eventual

⁹⁰² Cf., na legislação anterior à Reforma de 1977, LOPES CARDOSO, *Administração* pp. 53-54.

⁹⁰³ Cf., *infra*, I.e).

⁹⁰⁴ LOPES CARDOSO, *Administração* p. 32.

conveniência na atribuição de poderes amplos de administração ao cônjuge do ausente, tanto mais que a existência de “procuração bastante” é suficiente para impedir tal atribuição. E acresce a isto o facto de outra posição, que privilegia a aplicação da al. e) do nº 2 do art. 1678º perante o mecanismo da curadoria provisória, tornar dificilmente compreensível a necessidade de se admitir o deferimento da curadoria ao próprio cônjuge do ausente (cf. art. 92º, nº 1)⁹⁰⁵.

Mas o impedimento do exercício da administração por um cônjuge que legitima a administração pelo outro pode dever-se a outro motivo que não a ausência em lugar remoto ou não sabido, v.g., uma situação susceptível de fundamentar interdição ou inabilitação (cf. arts. 138º e 152º) e o cumprimento de pena de prisão. Note-se, porém, que, tendo sido decretada a interdição ou a inabilitação do cônjuge impossibilitado de exercer a administração, deixa de ser aplicável o nº 2 do art. 1678º. Prevalece o regime que oferece maiores garantias de protecção do interesse do incapaz (o da tutela ou curatela)⁹⁰⁶.

Para concluir a análise da al. f), resta clarificar o sentido do segundo pressuposto. Se um cônjuge se encontrar impossibilitado de exercer a administração dos seus bens próprios ou dos bens comuns, a transferência dos poderes de gestão para o outro opera unicamente se não tiver sido conferida a terceiro “procuração bastante” para a administração desses bens. E aqui procuração bastante será aquela que torna dispensável a transferência, total

⁹⁰⁵ Por estas razões, não se pode apoiar LOPES CARDOSO, *Administração* p. 30, para quem “só haverá lugar à nomeação de curador ao ausente casado quando o cônjuge presente não proveja, com perigo para os bens (e futuramente para os sucessíveis) à administração deles”.

⁹⁰⁶ No entanto, é algo distinta a perspectiva de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ao sustentarem que o cônjuge do interdito, nomeado tutor, exerce os poderes típicos do cônjuge administrador, não estando obrigado à inventariação prévia dos bens do interdito nem à prestação de contas (CC 1678º (10)).

ou parcial, de poderes de gestão para o outro cônjuge. Isto é, os poderes do procurador não podem ser menores do que os que cabem a um cônjuge administrador⁹⁰⁷. Designadamente, a procuração que conceda ao representante meros poderes de administração ordinária sobre um bem próprio do cônjuge ausente em lugar remoto não obsta ao exercício legítimo da administração ordinária e extraordinária pelo outro cônjuge, relativamente àquele bem. Uma solução diversa seria pouco plausível. A atribuição de poderes de administração extraordinária ao procurador corresponde a uma interpretação abusiva da vontade do constituinte. A atribuição de tais poderes ao cônjuge do ausente, cabendo ao procurador o exercício de poderes de gestão normal, embate na lógica: ao cônjuge seria *proibido o menos e permitido o mais*.

Após a simples separação judicial de bens, são inaplicáveis as als. e) e f) do art. 1678º, nº 2⁹⁰⁸.

Ao contrário de todas as alíneas anteriores do nº 2 do art. 1678º, a al. g) não confere necessariamente a um cônjuge poderes de administração ordinária e extraordinária. Ao cônjuge mandatário cabem os poderes que o outro lhe conferir através do contrato de mandato (cf. art. 1681º, nº 2, 1ª parte). No caso de mandato geral, estão apenas compreendidos os actos de administração ordinária (cf. art. 1159º, nº 1). E a al. g) demarca-se das demais alíneas do art. 1678º, nº 2, noutro aspecto: enquanto estas conferem a um dos cônjuges a titularidade exclusiva da administração, a al. g) não impede que as partes estipulem uma co-administração sobre um bem próprio⁹⁰⁹.

⁹⁰⁷ Identicamente, LEONOR BELEZA, *Efeitos* pp. 127-128.

⁹⁰⁸ Cf., *supra*, Parte III, nº 23.2. II.

⁹⁰⁹ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *ODFI* p. 369: "se é permitido ceder a totalidade dos poderes de administração, também é lícito ceder parte deles".

I.e) A violação do disposto no art. 1604º, al. a) origina uma excepção ao princípio da *administração intraconjugal* dos bens do casal, subjacente a todos os números do art. 1678º. Se o menor de 16 ou 17 anos casar sem a autorização dos pais ou do tutor, ou o respectivo suprimimento, a administração dos bens que ele tiver ao tempo da celebração do casamento ou dos bens que venha a adquirir posteriormente a título gratuito, que não caiba no âmbito do art. 127º, nº 1, incumbe, até à maioridade, aos seus representantes legais (cf. art. 1649º). Até à maioridade, tais bens não podem ser administrados por nenhum dos cônjuges. Antes disso, e quanto aos mesmos bens, não será invocável nenhum dos preceitos contidos no art. 1678º.

II. Regime do exercício da administração conjugal.

II.a) O art. 1681º estabelece um regime especial de exercício da administração conjugal que cobre quatro situações: administração ao abrigo do disposto nas als. a) a f) do nº 2 do art. 1678º; administração fundada em mandato (art. 1678º, nº 2, al. g)); administração fundada numa aparência de mandato; entrada na administração de bens comuns ou bens próprios do outro cônjuge, sem poderes e com oposição expressa desse outro cônjuge. No entanto, após uma análise cuidada de todo o artigo, é possível extrair uma disciplina para outras situações, v.g.: administração ao abrigo do disposto nos nºs 1 e 3 do art. 1678º; gestão dos respectivos bens próprios sem poderes, havendo oposição expressa do cônjuge administrador; prática de actos de administração sem poderes, não havendo conhecimento do cônjuge administrador.

II.b) O nº 1 do art. 1681º dispensa o cônjuge que administrar bens comuns ou bens próprios do outro, ao abrigo do disposto nas als. a) a f) do nº 2 do art. 1678º, da obrigação de prestação de contas, a que está normalmente vinculado um administrador de bens alheios (cf. arts. 95º, 465º, al. c), 1944º e 2093º, nº 1) e

sujeita-o a responsabilidade civil apenas no que toca aos danos resultantes da prática de actos dolosos de gestão. O *tratamento de favor* do cônjuge administrador é justificado com o argumento da paz familiar⁹¹⁰. Nesta medida, a solução legal de *imunidade relativa* é criticável⁹¹¹, por identificar denegação de tutela com ausência de conflitualidade. É razoável supor que as relações entre duas partes melhorem só porque a lei ignora a existência de um litígio entre ambas? É crível que o sacrifício injusto, não compensado, do interesse patrimonial de um dos cônjuges, imputável à negligência do outro, contribua para a manutenção da *harmonia doméstica*? Além disso, está longe de ser positivo o sinal que a lei dá à generalidade dos casais. Numa lógica de prevenção de situações de conflitualidade material, afigura-se mais pertinente sujeitar expressamente cada um dos cônjuges a um dever de especial diligência no exercício da administração de bens comuns ou próprios do outro do que determinar que ele não responde por actos negligentes.

Como se já não bastasse a imunidade nos casos de ilícito negligente, alguma jurisprudência defende que a responsabilidade civil do cônjuge administrador não abarca as omissões intencionais⁹¹². Ora, apesar da letra do n.º 1 do art. 1681.º, que fala apenas em “actos praticados”, esta orientação é, com a devida vénia, inadmissível⁹¹³. Por um lado, retira ao preceito boa parte da sua razão de ser. A hipótese de uma atitude negativa

⁹¹⁰ Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, CC 1681.º (3): convém limitar a possibilidade de serem intentadas acções de indemnização entre os cônjuges porque elas afectam a vida em comum das partes.

⁹¹¹ Também contesta a irresponsabilidade do cônjuge administrador, HÖRSTER, *Responsabilidade* p. 119; ADRIANO PAIVA, *A comunhão de adquiridos* pp. 270-273; CRISTINA DIAS, *Dívidas* pp. 571-572.

⁹¹² Cf. ac. do STJ de 10/07/1990, processo n.º 077916, <http://www.dgsi.pt>.

⁹¹³ Igualmente, LOPES CARDOSO, *Administração* p. 301, considerando que a exclusão da responsabilidade pelas abstenções intencionais viola o espírito da lei; e CRISTINA DIAS, *Dívidas* p. 568.

deliberadamente prejudicial do cônjuge administrador é mais frequente do que a prática efectiva de actos de administração intencionalmente ruinosos⁹¹⁴. Por outro lado, não tem em conta o facto de uma possível atitude abstencionista, tomada pelo cônjuge administrador com o intuito de prejudicar o outro ou o casal, violar um dever de agir, imposto pelo dever conjugal de cooperação, violação que, nos termos gerais, atribui à omissão o carácter de elemento constitutivo da obrigação de indemnizar (cf. art. 486.º).

II.c) Segundo o art. 1681.º, n.º 2, a administração por um dos cônjuges dos bens comuns ou próprios que se fundar num contrato de mandato celebrado entre eles está subordinada às regras do mesmo. Por força deste preceito, o cônjuge cuja legitimidade para administrar decorrer de um mandato que lhe foi conferido pelo outro está submetido ao regime geral da responsabilidade civil obrigacional (cf. arts. 798.º e 799.º). Ou seja, esse cônjuge pode ser obrigado a indemnizar o outro pela prática de actos (ou omissões) meramente culposos. Detecta-se, portanto, uma discrepância na regulamentação da garantia do exercício regular da administração conjugal, que reforça a necessidade de abolir a imunidade do cônjuge que administrar bens ao abrigo do disposto nas als. a) a f) do n.º 2 do art. 1678.º, actualmente concedida pela lei em casos de conduta negligente.

Todavia, não se julgue que as regras do mandato são integralmente aplicáveis ao mandato conjugal. O próprio art. 1681.º, n.º 2, estabelece uma norma supletiva que restringe algumas das obrigações típicas de um mandatário — a obrigação de prestar contas e de entregar o saldo eventualmente resultante do exercício do mandato (art. 1161.º, als. d) e e)). Se não houver

⁹¹⁴ Cf. BRAGA DA CRUZ, “Capacidade patrimonial dos cônjuges (Anteprojecto dum título do futuro Código Civil)”, *BMJ* 69 (1957), p. 367.

estipulação em contrário, tais obrigações vinculam o cônjuge que administrar em virtude de mandato só relativamente a actos praticados durante os últimos cinco anos, limitação temporal que se compreende no contexto do “ambiente normal de confiança entre os cônjuges”⁹¹⁵ mas que o acordo das partes não pode ampliar. Como resulta do teor da 2ª parte do n.º 2 do art. 1681º, é válida unicamente a convenção que adopte um regime mais próximo do que cabe ao mandatário comum.

O mandato conjugal é livremente revogável, ainda que tenha sido conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro, o que se desvia do que é prescrito no art. 1170º, n.º 2. A livre revogabilidade do mandato que conferir a um dos cônjuges poderes para administrar os bens comuns ou próprio do outro decorre da proibição de estipulações que modifiquem de modo irreversível as regras sobre administração dos bens do casal (cf. art. 1699º, n.º 1, al. c)). Fazer depender a revogação do mandato do acordo do mandatário ou de terceiro poderia implicar a perda definitiva dos poderes de administração que a lei reconheceu originariamente ao cônjuge mandante⁹¹⁶.

Atendendo ao dever de cooperação que vincula reciprocamente as partes⁹¹⁷, o mandato presume-se gratuito⁹¹⁸, mesmo que tenha por objecto actos que o mandatário pratique por profissão, o que

⁹¹⁵ Cf. CRISTINA DIAS, “Responsabilidade civil e direitos familiares conjugais (pessoais e patrimoniais)”, *SI* 2001, n.ºs 286/288, p. 365.

⁹¹⁶ Dada a livre revogabilidade do mandato conjugal, não parece ser possível a existência das indemnizações previstas no art. 1172º (cf. CRISTINA DIAS, *Dívidas* p. 555).

⁹¹⁷ Cf., *supra*, Parte III, n.º 14 I.

⁹¹⁸ Posição distinta é de PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDFI* p. 374, que excluem a onerosidade do mandato, estendendo a proibição legal da compra e venda entre cônjuges, não separados de pessoas e bens, aos restantes contratos onerosos. Todavia, a restrição à liberdade contratual consagrada pelo art. 1714º, n.º 2, apresenta carácter excepcional, o que obsta a uma extensão analógica (cf., *infra*, Parte III, n.º 26.2. III).

não se harmoniza inteiramente com o disposto no art. 1158º, n.º 1.

As dúvidas gerais em torno do carácter consensual ou formal do contrato de mandato⁹¹⁹ não se colocam quanto ao mandato conjugal, que só releva enquanto tal desde que seja reduzido a escrito⁹²⁰. Ao enquadrar a prática de actos de gestão “sem mandato escrito” no plano da administração conjugal *de facto*, o art. 1681º, n.º 3, exige de modo indirecto que o mandato conjugal assuma forma escrita.

II.d) Nos termos da primeira parte do art. 1681º, n.º 3, a administração exercida por um cônjuge que age sem poderes legais ou contratuais para o efeito, mas com conhecimento e sem oposição expressa do outro cônjuge⁹²¹, está subordinada ao regime da administração conjugal fundada num contrato de mandato. A figura não corresponde a um mandato tácito⁹²², porque ela tem lugar apesar do silêncio ou até da oposição tácita do outro cônjuge. Trata-se de uma manifestação específica da tutela da confiança de terceiro na legitimidade do cônjuge que praticar actos de gestão, confiança que é protegida em virtude de não haver oposição expressa, cognoscível, do outro cônjuge, e de o homem comum presumir que a acção de um cônjuge se baseia num acordo realizado entre ambos os membros do casal⁹²³.

⁹¹⁹ Cf. J. COSTA GOMES, “Contrato de mandato”, em *Direito das Obrigações*, 3º vol., sob a coordenação de Menezes Cordeiro, 2ª ed., Lisboa: AAFDL, 1991, pp. 288 e s.

⁹²⁰ Cf. RUI ATAÍDE, *Representação* pp. 73-74.

⁹²¹ Especificamente sobre o tema, cf. RUI ATAÍDE, *Administração conjugal de facto*.

⁹²² Como foi demonstrado por RUI ATAÍDE, *Representação* pp. 75 e s., e *Administração conjugal de facto* pp. 724-727.

⁹²³ Distinto é o entendimento de RUI ATAÍDE, *Administração conjugal de facto* pp. 731 e s., que fala de uma relação de confiança entre os cônjuges, digna de tutela legal por ter como finalidade primária “suprir uma inércia potencialmente lesiva do património familiar”.

À administração conjugal fundada na aparência de um mandato são aplicáveis, com as devidas adaptações, as regras da administração conjugal fundada num contrato de mandato, nomeadamente as que se referem à responsabilidade civil, à prestação de contas, à entrega do saldo e à extensão dos poderes de gestão. Mas este último ponto carece de uma observação complementar. Em princípio, o mandato aparente não atribui mais poderes do que aqueles que, na falta de estipulação, seriam conferidos pelo mandato conjugal (cf. o art. 1159º, invocável *ex vi* do art. 1681º, nº 2, primeira parte). Ou seja, a legitimidade do “mandatário aparente” está confinada ao perímetro da administração ordinária, salvo prova de que o conhecimento e a falta de oposição expressa do outro cônjuge também compreendem o início da actividade gestória extraordinária⁹²⁴.

II.e) É ilegítima a actuação do cônjuge que entrar na administração dos bens próprios do outro ou de bens comuns cuja gestão lhe não caiba, com oposição directa do outro cônjuge (que tanto pode ser manifestada verbalmente como por escrito). Neste caso, a segunda parte do nº 3 do art. 1681º determina que o cônjuge administrador responde como um possuidor de má fé. Isto é, ele tem de indemnizar o outro cônjuge pela perda ou deterioração dos bens administrados, ainda que não tenha agido culposamente (art. 1269º *a contrario*), e pelo valor dos frutos que deixou de obter por culpa sua e que um proprietário diligente teria obtido (art. 1271º).

II.f) Não obstante o silêncio do art. 1681º, o cônjuge que administrar bens ao abrigo do disposto nos nºs 1 e 3 do art. 1678º não está isento de responsabilidade civil. A administração

⁹²⁴ Contra RUI ATAÍDE (*Representação* pp. 71-72 e *Administração conjugal de facto* pp. 686-690), que reconhece ao cônjuge que administrar bens com base na aparência de um mandato poderes de administração ordinária e extraordinária.

dos bens próprios com base na regra geral do nº 1 do art. 1678º é susceptível de causar danos ao outro se colidir com o dever de assistência a que o cônjuge administrador está vinculado, em qualquer regime de bens, ou se implicar uma frutificação inferior à que um proprietário diligente poderia ter obtido, nos regimes típicos de comunhão ou nos regimes atípicos em que os frutos dos bens próprios integrem o património comum. E a administração disjunta dos bens comuns realizada com base na regra geral do nº 3 do art. 1678º pode causar maiores danos. De qualquer modo, por igualdade de razão com a hipótese de administração ao abrigo do disposto nas als. a) a f) do nº 2 do art. 1678º, sujeita à disciplina do art. 1681º, nº 1, a constituição da obrigação de indemnizar exige sempre a existência de dolo da parte do cônjuge que tenha a administração por força do nº 1 ou do nº 3 do art. 1678º.

O cônjuge que entrar na administração de bens próprios cuja gestão cabia ao outro, por os utilizar exclusivamente como instrumento de trabalho (art. 1678º, nº 1, al. e)), quando se verifique a oposição expressa deste último e não haja fundamento para a revogação unilateral do acordo sobre a afectação dos bens, incorre em responsabilidade civil pelos danos causados, nos termos gerais. Solução idêntica vale para o cônjuge que praticar actos de administração, sem poderes e sem o conhecimento do cônjuge a quem competia a administração. No entanto, se a acção do cônjuge preencher os requisitos da gestão de negócios, geral ou conjugal⁹²⁵, há que observar o que se estabelece no art. 466º.

II.g) O art. 1687º é omissivo quanto à validade dos actos de administração que, não constituindo simultaneamente actos de disposição, violem as regras legais sobre a legitimidade para administrar (e que, obviamente, não sejam lícitos à luz da figura

⁹²⁵ Sobre a gestão de negócios conjugal, cf., *infra*, Parte III, nº 23.3. III.

geral da gestão de negócios ou da previsão que permite a um cônjuge tomar providências administrativas). Como resulta do seu nº 1, o art. 1687º trata apenas dos actos de disposição e não de outros actos de administração.

Aos actos de simples administração praticados sem legitimidade para o efeito é analogicamente aplicável a disciplina estabelecida pelo art. 1687º: todos serão anuláveis (nos termos dos nºs 1 a 3 deste último artigo, com eventuais adaptações), com excepção daqueles que respeitem a bens próprios do outro cônjuge, que serão nulos (nos termos do art. 1687º, nº 4)⁹²⁶.

III. Providências administrativas.

O cônjuge que não tem a administração dos bens pode tomar medidas de carácter administrativo relativamente aos mesmos, enquanto gestor de negócios, nos termos dos arts. 464º e s. ou nos termos do art. 1679º. De facto, o art. 1679º corresponde a uma manifestação particular da figura da gestão de negócios no campo das relações patrimoniais dos cônjuges, aplicando-se desde que um cônjuge não esteja autorizado a intervir na gestão dos bens à luz do art. 1678º — p.e., numa situação em que, se revelando urgente a reparação do telhado de uma casa para evitar a entrada da chuva, o cônjuge a quem incumbia a administração do imóvel se ausentou por dois dias.

⁹²⁶ De modo aparentemente diverso, quanto a todos os actos patrimoniais realizados pelo cônjuge não administrador, ANTUNES VARELA, ao afirmar que o acto praticado pelo cônjuge não administrador será nulo e não apenas anulável, no caso de se não verificar algum dos pressupostos que legitimam a adopção de providências administrativas (*DF* p. 383). Igualmente, CRISTINA DIAS, *Dívidas* p. 594. Com o devido respeito, pensamos que o art. 1687º indicia que a categoria da nulidade é reservada para os actos de um cônjuge que interfiram na esfera patrimonial exclusiva do outro. Acrescente-se que parece demasiado violenta a solução da nulidade dos actos de pura e simples administração praticados sem legitimidade, em especial se os actos incidirem sobre os bens próprios do cônjuge agente.

No plano dos pressupostos, a gestão de negócios conjugal demarca-se quer da administração fundada na al. f) do art. 1678º, nº 2, quer da gestão de negócios geral. Se, tal como sucede no referido preceito do art. 1678º, a gestão de negócios conjugal exige que o outro cônjuge esteja impossibilitado de exercer a administração, o certo é que a impossibilidade em questão no art. 1679º é temporária, eventual ou transitória. E, diferentemente do que ocorre com a gestão de negócios geral, as providências administrativas da gestão conjugal só podem ser tomadas se do retardamento destas puderem resultar prejuízos. Ou seja, a figura do art. 1679º destina-se apenas a evitar que o dono do negócio sofra prejuízos, restrição a que não está sujeita a figura geral da gestão de negócios, que permite ao gestor qualquer actuação no interesse do dono do negócio (designadamente, uma actuação que vise a obtenção de vantagens).

Também no plano dos efeitos, a gestão de negócios conjugal tem uma configuração própria. O cônjuge que administrar bens ao abrigo do disposto na alínea f) do art. 1678º, nº 2, não é obrigado a prestar contas da sua administração e só responde pelos actos intencionalmente praticados em prejuízo do casal ou do outro cônjuge, mas aquela obrigação recai já sobre o gestor conjugal, que, além disso, incorre em responsabilidade civil pela prática de actos meramente culposos (cf. arts. 465º, al. c), 466º, nº 1, e 1681º, nº 1 e nº 3, segunda parte). À semelhança do que ocorre com a figura geral da gestão de negócios (cf. art. 471º), a gestão conjugal pode ser representativa ou não. Todavia, no caso de gestão conjugal representativa, o teor do art. 1679º aponta para a produção de efeitos das providências administrativas na esfera jurídica do cônjuge dono do negócio, independentemente de uma manifestação de vontade subsequente deste. O negócio celebrado pelo outro cônjuge em seu nome vincula-o ainda que não tenha havido ratificação (à gestão representativa comum aplica-se o art. 268º). E, se a gestão conjugal for não representativa, a responsabilização do cônjuge que é dono do

negócio por uma dívida decorrente da adopção de providências administrativas pode ocorrer mesmo que ele não tenha assumido a dívida (ao arrepio do disposto nos arts. 471º e 1181º). A dívida contraída na constância do matrimónio pelo cônjuge não administrador, em proveito comum do casal e nos limites da sua actuação enquanto gestor de negócios conjugal, responsabiliza ambos os cônjuges⁹²⁷.

IV. Contas bancárias singulares.

IV.a) Sem ressaltar as disposições legais contíguas sobre administração e disposição, o art. 1680º determina que um cônjuge pode constituir e movimentar livremente contas singulares. Qual o fundamento do preceito? Por um lado, reconhecer a cada um dos cônjuges um direito de liberdade contratual específica⁹²⁸. O casamento não retira ao cônjuge o direito de ser parte num contrato de conta bancária. Por outro lado, o preceito tenta facilitar o comércio bancário, dispensando o Banco do ónus de averiguar se a constituição e a movimentação da conta se ajustam às regras patrimoniais do casamento⁹²⁹. No interesse do Banco, os actos de constituição e movimentação da conta serão válidos e não responsabilizam aquele perante o cônjuge do titular ou

⁹²⁷ Cf., no aspecto das dívidas, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA *CDFI* p. 409, que, no contexto da interpretação do art. 1691º, nº 1, al. c), equiparam o cônjuge que toma licitamente providências administrativas àquele que actua nos limites dos seus poderes de administração. Contra, CRISTINA DIAS, *Dívidas* p. 230, nota 425: a actuação do cônjuge ao abrigo do art. 1679º não lhe confere poderes de administração, pelo que não pode assumir-se que ele seja cônjuge administrador para efeitos do art. 1691º, nº 1, al. c).

⁹²⁸ Cf., no direito francês, o que escreve MARTIN ("L' indépendance bancaire des époux", *Recueil Dalloz Sirey* 1989, *Chroniques*, pp. 135-136) sobre o art. 221 do *Code civil*, semelhante ao nosso art. 1680º.

⁹²⁹ Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC* 1680º (2).

perante os credores do casal, ainda que colidam efectivamente com as prescrições de índole matrimonial.

Seja como for, todos os direitos e interesses têm limites. O art. 1680º consagra uma regra de administração, não interferindo no domínio da titularidade dos bens. Se for depositado dinheiro comum (p.e., correspondente ao produto do trabalho no regime da comunhão de adquiridos), o depósito não atribui ao crédito de restituição, que assiste ao titular nominal da conta perante o Banco, a natureza de bem próprio.

As contas bancárias não podem ser encaradas como uma *micro-zona franca*, completamente imune à aplicação das regras jusfamiliares gerais sobre actos dos cônjuges. Tão-pouco é de aceitar a exclusão absoluta da eficácia externa destas regras⁹³⁰. Normalmente, o art. 1680º significará que os eventuais desvios às regras conjugais de administração e disposição, consubstanciados através do mecanismo de uma conta bancária, terão um relevo circunscrito à esfera interna dos cônjuges: poderá, p.e., ser detectada a violação de um dever de respeito que, pela sua gravidade, fundamente um pedido de divórcio litigioso, ou que, pelos danos causados, constitua o cônjuge titular da conta em responsabilidade civil perante o outro.

Mas, em certos casos, repugna insistir na tutela do interesse do Banco, negando a oponibilidade a este das regras patrimoniais do casamento. Por outras palavras, as regras jusfamiliares gerais prevalecem se o Banco agiu com má fé psicológica, isto é, se, p.e., sabia que o cônjuge titular da conta depositava dinheiro cuja administração lhe não pertencia; as regras jusfamiliares gerais

⁹³⁰ Sobre a relação entre o Direito Bancário e o Direito Matrimonial, cf. DUARTE PINHEIRO, *Operações bancárias* pp. 590-593, nomeadamente a p. 593, na qual se escreve: "Havendo uma situação localizada de colisão entre as normas de um ramo e as normas de outro, importará resolver o conflito através de uma ponderação dos valores específicos subjacentes e de modo a minimizar o sacrifício de uma ou ambas as disciplinas em apreço".

prevalecem também se um cônjuge alegar que o saldo existente resulta do depósito de fundos cuja administração lhe competia e não ao titular da conta. Note-se, porém, que a oponibilidade das regras patrimoniais do casamento dependerá, nestes casos, do recurso à via judicial, pois o art. 1680º parece obrigar os Bancos a não reconhecerem, em princípio, outra legitimidade quanto às contas singulares que não a dos respectivos titulares.

IV.b) A protecção efectiva dos direitos patrimoniais de um cônjuge, na sua relação com o outro, depende de uma informação completa acerca da situação dos bens do casal e dos actos respeitantes a estes. Como é óbvio, uma pessoa só está em condições de reagir contra um acto ilícito se tiver conhecimento da sua prática.

Cada um dos cônjuges é obrigado, nos termos gerais, a informar o outro acerca da existência da conta singular, do seu saldo e dos seus movimentos, e a apresentar os correspondentes documentos (cf. arts. 573º e 575º). Contudo, a eficácia da obrigação de informação e de apresentação de documentos está muito condicionada pela cooperação que o titular nominal da conta se mostra disposto a prestar. Por conseguinte, a prestação de informação pelo banco afigura-se mais fiável. Mas o art. 78º do RGICSF⁹³¹ sujeita as instituições de crédito a um dever de sigilo sobre factos ou elementos atinentes às relações da instituição com os seus clientes, sigilo que abarca os nomes dos clientes, as contas de depósito e seus movimentos e outras operações bancárias.

Como o art. 79º do RGICSF consagra um sistema fechado de excepções ao dever de segredo bancário, há a tentação de pensar que os bancos podem e devem até negar-se a revelar factos ou elementos acerca da conta singular que sejam requeridas

⁹³¹ Aprovado pelo DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro. As últimas alterações ao RGICSF foram introduzidas pela Lei n.º 36/2010, de 2 de Setembro.

pelo cônjuge do titular nominal, com o fundamento de que a informação só pode ser prestada mediante autorização do cliente, que seria apenas a pessoa em nome da qual está a conta, ou quando seja aplicável uma disposição legal que expressamente limite o dever de segredo. E para reforçar a bondade da solução chega-se a afirmar que: “a instituição de crédito pode presumir – e tanto lhe bastará – que a conta só é comum quando aberta em nome de ambos os cônjuges e só nessa hipótese incluirá os dois no círculo da confidência”⁹³².

A jurisprudência superior não se tem conformado com este pensamento, que, em última análise, atinge largamente o alcance prático do Direito patrimonial da família. Mas tem seguido os mais variados caminhos para conjugar a disciplina do sigilo bancário com o Direito da Família: a sugestão de que o sigilo é irrelevante quando possa funcionar como um instrumento de fraude à lei⁹³³; a utilização do arrolamento das contas bancárias⁹³⁴; a utilização do suprimento do consentimento conjugal⁹³⁵; a ideia de que o cônjuge do titular nominal da conta, casado num regime

⁹³² Cf. COSTA FREITAS, “O sigilo bancário”, *Boletim da Ordem dos Advogados* 1983/Out., p. 12.

⁹³³ Cf. ac. da RL de 23/11/93, processo n.º 0068571, <http://www.dgsi.pt>.

⁹³⁴ Cf. ac. da RL de 22/10/96, processo n.º 008471, <http://www.dgsi.pt>, argumentando que o arrolamento não viola a legislação sobre sigilo bancário, porque a decisão cautelar não obriga necessariamente o Banco a prestar esclarecimentos sobre o conteúdo concreto da conta bancária.

⁹³⁵ Cf. ac. do STJ de 19/4/1995, processo n.º 085948, <http://www.dgsi.pt>, que, tendo em conta o art. 79º, n.º 1, do RGICSF, que permite à instituição de crédito revelar factos ou elementos das relações do cliente com a instituição mediante autorização do cliente, defende que o cônjuge do titular nominal das contas bancárias interessado em obter informação dos bancos acerca destas tem de suprir judicialmente a autorização do outro cônjuge, ao abrigo do disposto no art. 1684º, n.º 3. Mas, como explicam PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA *CDF* I p. 469, a doutrina do aresto é forçada, por o suprimento do consentimento conjugal se adequar somente às situações em que um negócio seria inválido sem a participação dos dois cônjuges.

da comunhão, é um “cliente”, para efeitos de dispensa do sigilo bancário⁹³⁶. O último caminho, devidamente explorado, afigura-se ser o mais convincente. Mostrando-se duvidosa a coincidência entre a titularidade nominal da conta e a titularidade efectiva do saldo, o Banco tem de prestar informações ao cônjuge do titular nominal da conta singular. Até prova em contrário, o cônjuge é cliente do Banco em sentido material e não terceiro; ele beneficia de uma presunção de contitularidade dos bens móveis, vigente quer nos regimes de comunhão quer, normalmente, no regime da separação de bens (cf. arts. 1725º, 1734º e 1736º, nº 2).

23.4. Disposição dos bens do casal

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 133-140; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 384-403; Antunes Varela, *DF* 386-396; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1682º-1687º; Leite de Campos, *DFS* 398-403; Pamplona Corte-Real, *Relatório* 111-113; Cristina Dias, *Dívidas* 595-644.

I. Distinções prévias.

Em primeiro lugar, há que separar os poderes de disposição em vida dos poderes de disposição por morte; o art. 1685º refere-se aos poderes de disposição por morte. No âmbito dos poderes de disposição em vida, é preciso contrapor os poderes de disposição sobre móveis aos poderes de disposição sobre imóveis. Dentro dos poderes de disposição sobre móveis, há regras para a generalidade dos bens móveis e regras específicas para o estabelecimento comercial. Dentro dos poderes de disposição sobre imóveis, há que distinguir as regras aplicáveis à generalidade dos imóveis daquelas que incidem sobre a casa de morada da família. À margem desta análise dos poderes de

disposição em razão da qualidade, móvel ou imóvel, dos bens, é de referir também o poder de disposição relativamente ao direito de aceitar ou rejeitar aquisições a título gratuito.

II. Poderes de disposição em vida sobre a generalidade dos bens móveis.

II.a) O art. 1682º regula quaisquer actos de alienação ou oneração sobre a generalidade dos bens móveis.

O conceito de oneração adoptado pelo art. 1682º é amplo: não se circunscreve à constituição de direitos reais de gozo menores ou de direitos reais de garantia; inclui todas as situações que acarretem uma limitação das faculdades associadas à titularidade de um direito preexistente, p.e., a locação e o comodato de bens.

Nem todos os bens móveis estão subordinados ao regime do art. 1682º. À universalidade de direito que constitui o estabelecimento comercial aplica-se o disposto no art. 1682º-A, embora a alienação ou oneração dos elementos materiais que o compõem não deixe de estar submetida ao disposto no art. 1682º, se for efectuada sem prejudicar a aptidão funcional do estabelecimento.

II.b) O art. 1682º, nºs 1 e 2, estabelece a regra geral em matéria de disposição de bens móveis: a legitimidade para dispor tende a coincidir com a legitimidade para administrar.

II.c) O art. 1682º, nº 2, não refere a al. g) do art. 1678º, nº 2, porque os poderes de disposição que cabem ao cônjuge mandatário serão os que constam do contrato de mandato (cf. art. 1681º, nº 2, 1ª parte); na ausência de especificação, o mandatário apenas poderá realizar actos de disposição que não ultrapassem a esfera da administração ordinária.

II.d) O art. 1682º, nº 3, contém excepções ao princípio da coincidência do âmbito dos poderes de disposição com o dos poderes de administração, que o nº 2 liga especificamente à administração conjugal baseada no art. 1678º, nºs 1 e 2, als. a) a f).

No art. 1682º, nº 3, al. a), faz-se referência aos “móveis utilizados conjuntamente por ambos os cônjuges na vida do lar”, expressão cujo sentido é preciso fixar.

Numa interpretação literal, a norma não tem em vista, designadamente, o fogão instalado na casa de morada da família usado apenas por um dos cônjuges. Noutra opinião, basta que os bens “pertencam ao quadro normal da vida familiar”, o que acontece, p.e., com o automóvel habitualmente usado pela família nas suas deslocações e passeios⁹³⁷. Na nossa modesta perspectiva, nenhuma das posições parece ser inteiramente satisfatória. Como é óbvio, a interpretação literal conduz a resultados pouco aceitáveis. E a outra interpretação, baseando-se num conceito amplíssimo de lar, alarga desmesuradamente, a possibilidade de ilegitimidades conjugais e, naturalmente, de entraves ao comércio jurídico.

A 1ª parte do art. 1682º, nº 3, al. a), destina-se a evitar que as condições materiais de vida no lar conjugal sejam alteradas por acto unilateral de um dos cônjuges. Assim sendo, cabem no preceito os bens móveis que desempenhem algum papel na habitação familiar. O bem tem de se encontrar na casa de morada da família e tem de estar ao serviço de, pelo menos, um dos membros do agregado familiar que aí residem (não forçosamente um dos cônjuges).

⁹³⁷ A última tese não repugna a PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, CDF I p. 393.

II.e) A alienação ou oneração dos móveis mencionados no art. 1682º, nº 3, al. a), carece do consentimento de ambos os cônjuges, ainda que se trate de acto de administração ordinária (não é feita a ressalva constante da letra dos arts. 1682º, nº 1, e 1682º, nº 3, al. b)).

II.f) Um cônjuge pode dispor, a título gratuito, de móveis comuns de que tenha a administração, nos termos das als. a) a f) do art. 1678º, nº 2, sem o consentimento do outro, a não ser que os móveis tenham a utilização referida no art. 1682º, nº 3, al. a). Todavia, apesar de ser válido, o acto de disposição traduz um empobrecimento do património comum, que se produz sem que tenha havido acordo do outro cônjuge. Por isso, será abatida metade do valor dos bens alienados ou da diminuição do valor dos bens onerados na meação do cônjuge disponente, salvo se se tratar de doação remuneratória ou de donativo conforme aos usos sociais (art. 1682º, nº 4).

III. Poderes de disposição em vida sobre a generalidade dos bens imóveis e sobre o estabelecimento comercial.

III.a) O art. 1682º-A regula os actos de disposição em vida de imóveis e de estabelecimento comercial, abstraindo das regras sobre administração dos bens do casal e não distinguindo consoante o bem seja próprio ou comum.

Para efeitos de disposição do estabelecimento comercial e de todos os imóveis, com excepção da casa de morada da família, é exigido o consentimento de ambos os cônjuges a não ser que entre eles vigore o regime da separação de bens⁹³⁸.

⁹³⁸ Sobre a situação nos regimes atípicos, cf., *supra*, Parte III, nº 23.1. VII.b).

A exigência do consentimento de ambos os cônjuges para a disposição de imóvel ou estabelecimento comercial próprio, nos regimes de comunhão, deve-se à natureza que assumem os frutos de bens próprios: são bens comuns, nos termos dos arts. 1724º, al. b), 1728º, nº 1, *a contrario*, e 1733º, nº 2. Ao restringir a faculdade de disposição de certos bens próprios, o art. 1682º-A procura evitar a perda ou limitação da fonte de benefícios presumivelmente apreciáveis que, uma vez existentes, ingressam no património comum.

III.b) A simples promessa de disposição de imóveis ou de estabelecimento comercial não carece de consentimento, não suscitando dúvidas a validade do contrato-promessa, sem eficácia real, através do qual apenas um cônjuge se tenha vinculado a vender um imóvel próprio ou comum, seja qual for o regime matrimonial de bens⁹³⁹.

Também não estão sujeitos ao art. 1682º-A, nº 1, os actos de disposição de bens que não pertencem nem ao património próprio nem ao património comum dos cônjuges. É o que acontece com as alienações realizadas pelo cônjuge titular de uma sociedade comercial de construção e venda de imóveis⁹⁴⁰.

Em compensação, é incerto que se dispense o consentimento conjugal na hipótese de exercício directo da actividade empresarial⁹⁴¹ e na outorga da partilha da herança de que façam parte bens imóveis⁹⁴².

⁹³⁹ Cf. CRISTINA DIAS, *Dívidas* pp. 601-603 e "A especialidade do consentimento conjugal na alienação de imóvel próprio", *Cadernos de Direito Privado* nº 15, Jul./Set. 2006, pp. 65-66.

⁹⁴⁰ Cf. CASTRO MENDES/TELXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 133.

⁹⁴¹ Cf. o acórdão do STJ de 6/4/1995, processo nº 085544, <http://www.dgsi.pt>, que defende a necessidade do consentimento na venda de imóveis que integrem o objecto de uma empresa singular que se dedica à venda de prédios edificadas; contra tal limitação dos poderes de disposição do empresário da

IV. Poderes de disposição sobre a casa de morada da família.

IV.a) A casa de morada da família é um bem imóvel com uma especial dignidade. É a sede da vida familiar, o local de cumprimento da obrigação de comunhão de habitação; em suma, o espaço privilegiado de realização da comunhão conjugal. É isto que justifica a tutela particular que decorre, em vida, do art. 1682º-A, nº 2, e do art. 1682º-B, e a que decorre, por morte de um dos cônjuges, do art. 2103º-A⁹⁴³.

Em qualquer regime de bens, a disposição da casa de morada da família carece do consentimento de ambos os cônjuges (art. 1682º-A, nº 2).

Se o imóvel em que foi fixada a residência da família não pertencer aos cônjuges, mas a terceiro, que o arrendou a um dos cônjuges, a disposição da posição jurídica de arrendatário da casa de morada da família depende sempre do consentimento conjugal (art. 1682º-B), solução que se afigura extensível, por analogia, ao comodato⁹⁴⁴.

construção civil, cf. Vasco Xavier/Henrique Mesquita, "Sobre o art. 1682º -A, nº 1, al. a), do Cód. Civil: desnecessidade do consentimento do cônjuge do empresário para a alienação de imóveis que se integre no objecto da empresa", *RDES* 1982, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 386-387, e CRISTINA DIAS, *Dívidas* pp. 606-607.

No Brasil, o legislador sentiu a necessidade de resolver expressamente a questão no art. 978 do Código Civil: "O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o património da empresa ou gravá-los de ônus real".

⁹⁴² Com razão, SALTER CID, "Desentendimentos conjugais e divergências jurisprudenciais" (3ª Parte), *Lex Familiae* nº 9, 2008, pp. 13-21, que prescinde do consentimento para a partilha hereditária, contestando, assim, uma orientação seguida por grande número de notários e conservadores do registo predial, pelo menos, desde 1994.

⁹⁴³ Sobre tal assunto, cf. a obra fundamental de SALTER CID, *A protecção da casa de morada da família no Direito português*, Coimbra, Almedina, 1996.

⁹⁴⁴ Cf. SALTER CID, *A protecção da casa* p. 229; DAVID MAGALHÃES, "O artigo 1682º-B do Código Civil como restrição à autonomia individual dos cônjuges", *Lex Familiae* nº 7, 2007, p. 109.

O cônjuge que não é nem proprietário nem arrendatário da casa de morada de família é titular de um direito da utilização da mesma, susceptível de ser tutelado por todos os meios processuais necessários (nomeadamente, possessórios)⁹⁴⁵.

IV.b) Dadas as implicações de regime, é crucial o problema da qualificação de um imóvel como casa de morada da família.

Essa qualificação resulta do acordo, expresso ou tácito, dos cônjuges ou de decisão judicial, nos termos do art. 1673º.

Atendendo às consequências (restritivas) que acarreta para o comércio jurídico, a qualificação como casa de morada da família só pode recair sobre um bem⁹⁴⁶.

Não há casa de morada da família, no caso da separação de pessoas e bens, porque os cônjuges não estão reciprocamente vinculados ao dever de coabitação (cf. art. 1795º-A).

V. Poderes de disposição em vida quanto ao direito de aceitar ou rejeitar aquisições a título gratuito.

Um cônjuge não carece do consentimento do outro para aceitar doações, heranças e legados (art. 1683º, nº 1).

Nos regimes de comunhão⁹⁴⁷, o assentimento do cônjuge do sucessível que pretenda repudiar é indispensável (cf. art. 1683º, nº 2), ainda que os bens (móveis ou imóveis) objecto da sucessão nunca viessem a ingressar no património comum (cf., nomeadamente, art. 1722º, nº 1, al. b)). Mais uma vez, o

⁹⁴⁵ Assim, SALAZAR CASANOVA, "Tutela do direito à utilização da casa de morada de família", *Lex Familiae* nº 3, 2005, pp. 117-126.

⁹⁴⁶ Opinião relativamente diversa é a de SALTER CID, *A protecção da casa*, p. 32: "embora admitamos abertamente a possibilidade da existência simultânea, relativamente a uma mesma família, de mais de uma residência subsumível ao conceito jurídico de 'casa de morada da família', suscita-nos as maiores reservas um entendimento a favor da aplicabilidade indiscriminada e simultânea às mesmas de todas as regras vigentes sobre a matéria".

⁹⁴⁷ Sobre a situação nos regimes atípicos, cf., *supra*, Parte III, nº 23.1.VII.b).

legislador teve em consideração a natureza comum dos frutos dos bens próprios, nos regimes da comunhão.

Todavia, não se exige o assentimento do cônjuge daquele que deseje rejeitar uma proposta de doação, *inter vivos* ou *mortis causa*.

VI. Consentimento conjugal.

O consentimento releva enquanto condição de validade e enquanto condição de responsabilização patrimonial de um cônjuge. Enquanto condição de validade, opera no plano dos actos de administração (art. 1678º, nº 3) e de disposição *lato sensu* (arts. 1682º, nºs 1 e 3, 1682º-A, 1682º-B e 1683º, nº 2). Enquanto condição de responsabilização patrimonial de um cônjuge, revela-se no domínio das disposições a título gratuito de móveis comuns (art. 1682º, nº 4) e das dívidas (arts. 1691º, nº 1, al. a), e 1692º, al. a)).

O consentimento só adquire relevância legal se for *especialmente* conferido para cada acto⁹⁴⁸, através da forma exigida para a procuração (art. 1684º, nºs 1 e 2).

O consentimento pode ser judicialmente suprido, havendo injusta recusa, ou impossibilidade, por qualquer causa, de o prestar (art. 1684º, nº 3). O suprimento do consentimento conjugal segue um processo especial, regulado nos arts. 1425º e 1426º

⁹⁴⁸ Cf. CRISTINA DIAS, "A especialidade do consentimento" cit., pp. 68-72: afirmando que "a especialidade consiste fundamentalmente na individualização concreta do tipo do acto que se consente", a autora concorda com o acórdão que anota (ac. do STJ de 28/3/2006, proferido no processo 393/06 e publicado na mesma revista *Cadernos de Direito Privado* nº 15, Jul/Set. 2006, p. 62). Isto é, preencheria o requisito da especialidade o consentimento do marido que declara autorizar a mulher "a vender a quem, pelo preço e sobre as condições que entender, quaisquer prédios, parte de prédios ou direitos prediais, mesmo quinhões hereditários, que sejam seus bens próprios, designadamente nos concelhos de Vila Nova de Gaia e Gondomar".

do CPC. Apenas o consentimento que constitua condição de validade da prática de um acto é susceptível de suprimimento.

VII. Ilegitimidades conjugais.

VII.a) O art. 1687º estabelece as consequências da violação de algumas disposições legais relativas aos actos de disposição *inter vivos*.

Os actos de alienação ou oneração de bens comuns ou de bens próprios do cônjuge disponente praticados contra o disposto nos arts. 1682º, nºs 1 e 3, 1682º-A, 1682º-B, e 1683º, nº 2, são anuláveis (art. 1687º, nº 1).

O direito de anulação incumbe ao cônjuge que não deu o consentimento ou aos seus herdeiros (art. 1687º, nº 1), podendo ser exercido nos seis meses subsequentes à data em que o requerente teve conhecimento do acto, mas nunca depois de decorridos três anos sobre a sua celebração (art. 1687º, nº 2). No entanto, em caso de disposição de móvel não sujeito a registo feita apenas por um dos cônjuges, quando é exigido o consentimento de ambos, a anulabilidade não pode ser oposta ao adquirente de boa fé (art. 1687º, nº 3).

Os actos de alienação ou oneração de bens próprios do outro cônjuge praticados "sem legitimidade" (para alienar ou onerar, subentenda-se), estão sujeitos às regras dos arts. 892º a 904º (art. 1687º, nº 4)⁹⁴⁹.

⁹⁴⁹ Diferentemente, CRISTINA DIAS, *Dívidas* p. 640, que entende que são nulos nos termos do art. 1687º, nº 4, "os actos mais graves, ou seja, os casos em que um dos cônjuges aliena ou onera bens próprios do outro cônjuge quando, além de não ser o dono, não tem poder administrativos sobre o bem (caso detenha poderes administrativos, mesmo tratando-se bem próprio do outro, a sanção é a anulabilidade - art. 1687º, nº 1)".

VII.b) No entanto, o art. 1687º não se refere a todos os actos patrimoniais *inter vivos* que violem disposições legais. Efectivamente, o art. 1687º nada estatui sobre os actos de administração de bens que, não constituindo simultaneamente actos de disposição, violem as regras legais sobre a legitimidade para administrar⁹⁵⁰ (e que, obviamente, não sejam lícitos à luz da figura geral da gestão de negócios ou da previsão que permite a um cônjuge tomar providências administrativas); nem sobre os actos de disposição de bens móveis praticados por um cônjuge que nem sequer tinha poderes para os administrar (cf. art. 1682º, nº 2) ou que excedam os poderes conferidos por mandato ao cônjuge administrador.

Ora, aos actos não previstos é analogicamente aplicável a disciplina estabelecida pelo art. 1687º. Todos serão anuláveis (nos termos dos nºs 1 a 3, com eventuais adaptações), com excepção dos actos de simples administração dos bens próprios do outro cônjuge, praticados por quem não tenha legitimidade para administrar, aos quais se aplicará analogicamente o art. 1687º, nº 4⁹⁵¹.

VIII. Poderes de disposição por morte

O art. 1685º reconhece a cada um dos cônjuges o direito de dispor livremente por acto *mortis causa* dos seus bens próprios e da sua meação no património comum.

Mas, no que respeita ao património comum, a plena liberdade de disposição *mortis causa* limita-se, normalmente, à metade ideal que cabe a cada cônjuge. A liberalidade *mortis causa* que tenha por objecto coisa certa e determinada do património comum vale precisamente com esse objecto só nos casos indicados pelo art. 1685º, nº 3.

⁹⁵⁰ Como as do art. 1678º.

⁹⁵¹ Recorde-se que o preceito se aplica directamente à disposição dos bens próprios do outro cônjuge praticados sem legitimidade para dispor, tenha ou não o disponente legitimidade para praticar actos de mera administração.

24. Efeitos do casamento no campo do passivo patrimonial

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 140-155; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDFI* 404-428; Antunes Varela, *DF* 396-422; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1690°-1697°; Leite de Campos, *DfS* 425-434; Pamplona Corte-Real, *Relatório*, 112-113; Cristina Dias, *Dívidas* (em particular, 154-397) e *Compensações* 44-91.

24.1. Legitimidade dos cônjuges para contrair dívidas

Qualquer um dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro (art. 1690°, n° 1).

24.2. Responsabilidade dos cônjuges pelas dívidas contraídas

I. O princípio geral, que resulta do Direito das Obrigações, é de que só responde pela dívida quem a contraiu. No regime patrimonial do casamento, este princípio sofre algumas derrogações por força da cláusula geral de plena comunhão de vida que se projecta na vida patrimonial dos cônjuges, ainda que vigore entre eles o regime da separação de bens. A lei prevê situações em que uma dívida contraída por um cônjuge responsabiliza também o outro e, portanto, ambos os cônjuges. Esta dívida designa-se por comunicável ou comum e pode existir ainda que os cônjuges estejam casados no regime da separação de bens. A dívida que só responsabiliza o cônjuge diz-se incomunicável ou própria.

Atendendo ao princípio geral respeitante à responsabilidade subjectiva pelas dívidas, seria de esperar que o legislador se limitasse a enumerar os casos de dívidas comunicáveis contraídas por apenas um dos cônjuges. Não foi esse o procedimento legislativo. Estabeleceu-se um articulado que contém um elenco geral de dívidas comunicáveis e um elenco geral de dívidas incomunicáveis, um regime especial para dívidas que oneram

doações, heranças ou legados e outro para as dívidas que oneram bens certos e determinados. O articulado podia ser tecnicamente mais perfeito, não faltando remissões de um elenco geral para o outro e de ambos os elencos gerais para partes do aludido regime especial.

II. A determinação da responsabilidade dos cônjuges pelas dívidas é, por vezes, condicionada pelo momento em que foram contraídas (cf., p.e., o art. 1691°, n° 1, al. c), que só se aplica às dívidas contraídas na constância do matrimónio). De acordo com o art. 1690°, n° 2, para efeitos de responsabilização dos cônjuges, as dívidas têm a data do facto que lhes deu origem.

III. O art. 1691° contém um elenco geral de dívidas comunicáveis. São da responsabilidade de ambos os cônjuges: as dívidas contraídas, antes ou depois da celebração do casamento, pelos dois cônjuges, ou por um deles com o consentimento do outro (n° 1, al. a)); as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges, antes ou depois da celebração do casamento, para ocorrer aos encargos normais da vida familiar (n° 1, al. b)); as dívidas contraídas na constância do matrimónio pelo cônjuge administrador, em proveito comum do casal e nos limites dos seus poderes de administração (n° 1, al. c)); as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges no exercício do comércio, salvo se se provar que não foram contraídas em proveito comum do casal, ou se vigorar entre eles o regime de separação (n° 1, al. d)); as dívidas contraídas antes do casamento por qualquer dos cônjuges, em proveito comum do casal, se eles vierem a casar no regime da comunhão geral de bens (n° 2).

Algo tautologicamente, o art. 1691°, n° 1, al. e), diz que são da responsabilidade de ambos os cônjuges as dívidas consideradas comunicáveis nos termos do art. 1693°, n° 2. Quebrando a sua lógica repetitiva, o art. 1691° não alude, porém, às dívidas que onerem bens comuns, nos termos do art. 1694°, n° 1.

O art. 1691º, nº 1, al. a), limita-se a reproduzir o princípio geral de Direito das Obrigações.

O art. 1691º, nº 1, al. b), aplica-se quando estejam reunidas duas condições: a dívida deve ter sido contraída para ocorrer aos encargos da vida familiar e esses encargos devem ser normais.

Recorde-se o que se disse a propósito do dever de assistência – o conceito de encargos da vida familiar abrange todas as necessidades dos cônjuges, filhos, outros parentes (ou afins) a cargo dos cônjuges, ditadas pelo padrão de vida do agregado familiar. Não é, pois, legítimo resumi-los às despesas do lar, embora estas constituam um bom exemplo.

A dívida deve ter sido contraída para ocorrer aos encargos normais da vida familiar. A normalidade é aferida pelo critério do valor. A dívida tem de ser pequena, relativamente ao padrão de vida do casal, podendo ser ou não corrente ou periódica. Deste modo, a aquisição de um automóvel, embora frequente, pode corresponder a um encargo da vida familiar, mas não a um encargo normal da vida familiar de um casal médio.

A aplicação do art. 1691º, nº 1, al. c), depende da verificação cumulativa dos seguintes pressupostos: dívida contraída na constância do matrimónio; dívida contraída pelo cônjuge administrador e nos limites dos seus poderes de administração; dívida contraída em proveito comum do casal.

Por força da referência que o preceito faz à administração, se a dívida estiver conexcionada com um bem, é preciso averiguar se o cônjuge que a contraiu tinha legitimidade à luz do art. 1678º ou podia praticar as providências administrativas a que alude o art. 1679º⁹⁵².

Na perspectiva da referida al. c) do nº 1 (e do nº 2), é exigível o proveito comum do casal, que segundo o art. 1691º, nº 3, não se presume, excepto nos casos em que a lei o declarar⁹⁵³.

Uma dívida é contraída em proveito comum do casal, por um lado, quando o cônjuge que a contraiu pretendia obter um benefício conjunto para o casal, benefício que tanto pode ser material como imaterial; por outro lado, é preciso que esse benefício fosse provável, de acordo com as regras da experiência, no momento em que a dívida foi contraída. Entende-se maioritariamente que o proveito comum em questão tem de ser directo.

O art. 1691º, nº 1, al. d), tem de ser complementado com o disposto no art. 15º do CCom, que dispõe: “As dívidas comerciais do cônjuge comerciante presumem-se contraídas no exercício do seu comércio”.

A maioria da doutrina defende que o regime do art. 1691º, nº 1, al. d), só se aplica às dívidas comerciais integradas no exercício habitual do comércio do cônjuge comerciante⁹⁵⁴.

IV. O art. 1692º contém um elenco geral de dívidas incomunicáveis que tem de ser delimitado por exclusão de partes (cf. as als. a) e b) do art. 1692º, que ressalvam nºs e alíneas do art. 1691º). Todavia, uma coisa parece ser relativamente certa: as dívidas provenientes de crimes são sempre incomunicáveis.

O art. 1692º remete para uma disposição legal especial (cf. al. c)), sem chegar a consagrar um elenco completo de dívidas incomunicáveis (falta a referência ao art. 1693º, nº 1).

⁹⁵³ Cf., designadamente, o ac. da RL de 7/2/2006, *CJ* 2006/1, p. 94, que, por este motivo, julgou que era insuficiente a simples alegação de que um empréstimo, concedido para aquisição de um veículo por um cônjuge, reverteu em proveito comum do casal.

⁹⁵⁴ Sobre a articulação do Código Civil com o Código Comercial em matéria de responsabilidade por dívidas dos cônjuges, cf., em particular, CRISTINA DIAS, *Dívidas* pp. 249-264, 426-488.

V. Dívidas que oneram aquisições a título gratuito ou que oneram bens certos e determinados.

V.a) As dívidas que oneram aquisições a título gratuito (doações, heranças ou legados) são da exclusiva responsabilidade do cônjuge aceitante, a não ser que, por força do regime de bens adoptado (comunhão geral ou um dado regime atípico), os bens adquiridos ingressem no património comum, hipótese em que aquelas dívidas serão da responsabilidade de ambos os cônjuges (art. 1693°).

A estatuição da responsabilidade exclusiva do cônjuge aceitante não é condicionada pelo facto de a aceitação (da proposta de doação, da herança ou do legado) ter sido ou não efectuada com o consentimento do outro.

A comunicabilidade das dívidas que oneram aquisições a título gratuito não impede o direito que tem o cônjuge de impugnar o cumprimento das dívidas com o fundamento de que o valor dos bens não é suficiente para a liquidação das mesmas.

V.b) Para efeitos do art. 1693°, dívidas que oneram aquisições a título gratuito são aquelas que estão em ligação estreita com os bens adquiridos a título gratuito. É o caso das dívidas do *de cuius*, que constituem encargos da herança (cf. art. 2068°), e das dívidas que resultam de um encargo modal aposto a uma doação ou a um legado.

Como resulta daqui, a referência à oneração, no campo das dívidas dos cônjuges, não é utilizada em sentido técnico; de outro modo, apenas se teria em vista a oneração traduzida em direitos reais de garantia (p.e., penhor ou hipoteca).

V.c) O art. 1694° fixa a responsabilidade dos cônjuges pelas dívidas que oneram bens certos e determinados, prevendo que as dívidas que onerem bens comuns são da responsabilidade de ambos os cônjuges, “quer se tenham vencido antes, quer depois da comunicação dos bens” (n° 1); e que as dívidas que onerem bens próprios de um dos cônjuges são da sua responsabilidade,

“salvo se tiverem como causa a percepção dos respectivos rendimentos e estes, por força do regime aplicável, forem considerados comuns” (n° 2).

O art. 1694° adopta o sentido técnico do termo oneração, salvo na parte em que alude ao vencimento da dívida antes ou depois da comunicação dos bens. Nessa parte, o art. 1694°, n° 1, visa a tutela de um credor que não beneficiava de uma garantia especial. P.e., *A*, solteiro, tem uma dívida para com *T*; todo o património de *A* responde pela dívida. Se *A* casar em regime da comunhão geral, esse património será quase na totalidade comum; no entanto, o credor *T* não perde a sua garantia patrimonial; pelo contrário, o anterior património de *A* responderá, enquanto património comum, acrescido de outros bens comuns.

Mas, abstraindo do caso descrito, para haver oneração, é indispensável uma ligação estreita entre o bem e a dívida, sob pena de os arts. 1691° e 1692° ficarem quase totalmente privados de sentido. Não basta, portanto, que um bem tenha sido comprado sem que tenha sido feito o pagamento do respectivo preço.

V.d) A ressalva do art. 1694°, n° 2, tem especialmente em vista dívidas de imposto sobre o rendimento de bens.

V.e) Concurso aparente de normas.

O que acontece se uma dívida se enquadrar, à primeira vista, numa hipótese dos elencos gerais de dívidas e numa hipótese de dívidas que oneram aquisições a título gratuito e bens certos e determinados, sendo o regime associado a uma hipótese e a outra contraditório?

P.e.: *A* e *B* casaram-se no regime da separação de bens; na constância do matrimónio, *A* contraiu uma dívida para financiar a realização de obras num imóvel que lhe pertence, mas que constitui a casa de morada de família, tendo a dívida sido garantida por uma hipoteca sobre o imóvel a cuja beneficiação se destina a quantia mutuada. Se se aplicar o art. 1691°, n° 1, al. c), a dívida será comunicável. À luz do art. 1694°, n° 2, será incomunicável.

No caso mencionado, aplica-se o art. 1694º, nº 2.

A regulamentação dos arts. 1693º e 1694º é especial relativamente à dos arts. 1691º e 1692º (se se esquecer o que vem disposto no art. 1691º, nº 1, al. e), e no art. 1692º, al. c)). Em defesa dessa especialidade, pode invocar-se uma coligação de duas ordens de argumentos: o regime das dívidas dos cônjuges (perante terceiros) é animado pelo valor da tutela de terceiros, a par do valor da justiça interna do casal, e a disciplina dos arts. 1693º e 1694º protege melhor os credores de dívidas que têm uma ligação estreita com certos bens (a tais credores interessa a satisfação preferencial do seu crédito à custa do bem onerado); na falta de uma hierarquização que lhes fosse favorável, os arts. 1693º e 1694º dificilmente teriam algum sentido útil.

24.3. Bens que respondem pelas dívidas dos cônjuges

I. Bens que respondem por dívidas comunicáveis.

I.a) Nos termos do art. 1695º, nº 1, pelas dívidas comunicáveis respondem os bens comuns do casal e, na falta ou insuficiência deles, solidariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges.

Prevê-se aqui a responsabilidade subsidiária dos bens próprios de qualquer dos cônjuges, segundo um esquema de solidariedade. Neste aspecto, o art. 1695º demarca-se da regra geral de Direito das Obrigações, que é a da responsabilidade conjunta ou parciária por dívidas que recaem sobre várias pessoas (cf. art. 513º).

A responsabilidade pelas dívidas comunicáveis é justamente parciária no regime da separação de bens. De acordo com o art. 1695º, nº 2, o património próprio de cada cônjuge responde pela parte da dívida que lhe incumbe (normalmente 50%)⁹⁵⁵.

⁹⁵⁵ A parte de cada cônjuge não é necessariamente de 50%, como é bem sublinhado por PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF I*

II. Bens que respondem por dívidas incomunicáveis.

Pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges respondem os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns (art. 1696º, nº 1).

Certos bens comuns podem responder com os bens próprios do cônjuge devedor, a título principal, imediatamente, nos termos do art. 1696º, nº 2⁹⁵⁶.

A meação, que responde subsidiariamente, nunca é penhorada ou vendida para pagamento das dívidas. Como resulta do art. 825º do CPC ou são penhorados bens concretos comuns ou ocorre uma situação legalmente admissível de separação superveniente de bens na constância do matrimónio (sendo penhorados bens que eram comuns antes da partilha e que depois se tornaram propriedade exclusiva do cônjuge devedor)⁹⁵⁷.

III. O regime das dívidas é indisponível (cf., *supra*, Parte III, nº 21.2. II, *in fine*), pelo que não são válidas as estipulações entre terceiros e os cônjuges que, contra o disposto nos arts. 1695º e 1696º, excluam a responsabilidade subsidiária de bens ou substituam a responsabilidade parciária pela solidária⁹⁵⁸.

p. 418: "ao menos quando as dívidas visaram ocorrer aos encargos normais da vida familiar, a responsabilidade de cada cônjuge deve corresponder à medida do seu dever de contribuir para os encargos, nos termos do art. 1676º, nº 1, isto é, na proporção das possibilidades de cada um".

⁹⁵⁶ Contra, CRISTINA DIAS, *Dívidas* pp. 352-353: o credor pode requerer a penhora dos bens próprios e desses bens comuns, mas os bens comuns só serão penhorados se os bens próprios do cônjuge devedor forem insuficientes. Todavia, o mencionado art. 1696º, nº 2, ao estatuir que certos bens comuns (indicados nas alíneas) *respondem ao mesmo tempo* que os bens próprios do cônjuge devedor, não parece legitimar este entendimento.

⁹⁵⁷ Para uma análise da disciplina do art. 825º do CPC, cf. CRISTINA DIAS, *Dívidas* pp. 397-425.

⁹⁵⁸ Contra, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA (*CDF I* p. 418) e CRISTINA DIAS (*Dívidas* p. 702), que admitem a validade da

A violação do impedimento estabelecido no art. 1604º, al. a) (cf., *supra*, Parte III, nº 23.3. I, *in fine*) isenta certos bens de responsabilidade pelas dívidas dos cônjuges: durante o período da menoridade do cônjuge que casou sem ter obtido a autorização dos pais ou o respectivo suprimento, os bens que ele levou para o casamento ou que adquiriu posteriormente a título gratuito não respondem pelas dívidas que foram contraídas por um ou ambos os membros do casal (art. 1649º, nº 2, 2ª parte).

Sobre a responsabilidade pelas dívidas dos cônjuges nos regimes atípicos: cf., *supra*, Parte III, nº 23.1. VII.

24.4. Compensações devidas pelo pagamento das dívidas do casal

I. No campo dos efeitos predominantemente patrimoniais do casamento, a compensação é o meio de prestação de contas da transferência de valores entre os patrimónios do casal – o património comum e os dois patrimónios próprios dos cônjuges. A compensação aparece como um crédito de um património comum perante o património próprio de um dos cônjuges, de um património próprio de um dos cônjuges perante o património comum ou de um património próprio de um cônjuge perante o património do outro⁹⁵⁹.

O art. 1697º disciplina as compensações devidas pelo pagamento de dívidas do cônjuge, impondo regras destinadas a repor a justiça patrimonial interna do casal, eventualmente atingida pelo resultado da aplicação dos arts. 1695º e 1696º.

solidariedade convencional nas dívidas comunicáveis que responsabilizam cônjuges casados no regime da separação de bens.

⁹⁵⁹ Invocando doutrina estrangeira, CRISTINA DIAS (*Compensações* p. 127 e *Dívidas* 784) contesta o uso do termo “compensação” para a transferência de valores entre os patrimónios próprios. No entanto, como decorre do art. 1697º, a terminologia legal portuguesa não é tão restritiva.

II. Quando por dívidas comunicáveis tenham respondido os bens de um só deles, este torna-se credor do outro pelo que haja satisfeito, além do que lhe cabia pagar (art. 1697º, nº 1, 1ª parte). Há, portanto, um crédito do património do cônjuge que satisfaz a dívida, que será pago pela meação do outro cônjuge no património comum e, a título subsidiário, pelo património próprio do cônjuge obrigado à compensação (cf. art. 1689º, nº 3).

O crédito de compensação por causa do pagamento de dívidas que responsabilizam ambos os cônjuges só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, a não ser que vigore o regime da separação (art. 1697º, nº 1, 2ª parte).

III. Quando por dívidas incomunicáveis tenham respondido os bens comuns indicados no art. 1696º, nº 2, surge um crédito do património comum perante o património do cônjuge devedor, a tomar em conta no momento da partilha (art. 1697º, nº 2).

IV. Não vigorando o regime da separação, o crédito de compensação pelo pagamento de dívidas do casal só é exigível no momento da partilha, o que pode ocorrer muito tempo depois constituição daquele crédito.

No entanto, a lei não prevê expressamente a actualização do crédito de compensação, no momento da partilha, o que representa uma lacuna, a integrar por aplicação analógica do que é estatuído no art. 2029º, nº 3, para as tornas devidas na partilha em vida, e no art. 2109º, nº 3, para as doações sujeitas a colação (disposições que revelam a existência de um regime geral de actualização nas situações de partilha)⁹⁶⁰. Isto é, a compensação deve actualizar-se com base no índice de preços (art. 551º).

⁹⁶⁰ Cf. CRISTINA DIAS, *Compensações* pp. 209 e s.; “Das compensações pelo pagamento de dívidas do casal (o caso especial da sua actualização)”, em Berenice Dias/Duarte Pinheiro, *Escritos* pp. 75-94; e *Dívidas* pp. 863 e s. A fundamentação é tida como não sendo muito convincente por PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 439-440.

25. A partilha dos bens comuns do casal

Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 428-448; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1688°-1689°; Rita Lobo Xavier, *Limites* 264-300; Esperança Mealha, *Acordos conjugais para partilha dos bens comuns*, Coimbra, Almedina, 2004; Adriano Paiva, *A comunhão de adquiridos* 299-328.

25.1. Noção e pressupostos

I. A partilha é o acto pelo qual se põe termo à indivisão de um património; na comunhão conjugal, visa a atribuição definitiva aos cônjuges dos bens comuns, através do preenchimento das respectivas meações.

II. A partilha implica duas ordens de pressupostos: existência de bens comuns; cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges ou separação superveniente de bens.

II.a) Só há partilha se houver bens comuns. Portanto, se vigorar o regime típico da separação de bens, não há partilha. Aqui, como noutros regimes, pode haver bens em compropriedade. Todavia, os bens em compropriedade não são objecto de partilha; a forma adequada para pôr termo a esta comunhão de tipo romano é a divisão (de coisa comum).

II.b) Nos termos do art. 1689°, n° 1, a partilha exige a cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges.

À cessação das relações patrimoniais corresponde a dissolução do casamento, a declaração de nulidade ou anulação do casamento e a separação de pessoas e bens.

A dissolução do casamento ocorre por morte de um cônjuge; divórcio; segundo casamento do cônjuge do ausente, celebrado após a declaração de morte presumida do ausente; e, apenas na

hipótese de casamento católico, dispensa do casamento rato e não consumado.

À dissolução por morte aplicam-se regras particionais duplas: regras de índole familiar e regras de índole sucessória. A partilha sucessória, que será estudada no Direito das Sucessões, é precedida, logicamente, pela partilha familiar; é desta última que estamos agora a tratar.

A ausência na fase da morte presumida determina igualmente uma partilha sucessória, eventualmente precedida por uma partilha familiar (se houver bens comuns).

Nas hipóteses de declaração de nulidade ou anulação do casamento, as eventuais estipulações das partes em matéria de regime de bens ou com relevo particional feitas na convenção antenupcial são, em princípio, irrelevantes, a não ser que os dois cônjuges estejam de boa fé ou que essas estipulações sejam invocadas pelo cônjuge de boa fé.

II.c) Separação superveniente de bens.

Não havendo cessação de relações patrimoniais entre os cônjuges, pode ocorrer a partilha nos casos de separação superveniente de bens (cf.; *supra*, Parte III, n° 23.2. II e III).

25.2. O contrato-promessa de partilha e a partilha, antes da cessação das relações patrimoniais dos cônjuges ou da separação superveniente de bens

I. Será admissível, ainda na constância do matrimónio, a celebração de um contrato-promessa de partilha dos bens comuns ou até de um contrato de partilha?

O art. 1689° só alude à partilha a propósito da cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges, resultando de outras disposições que a partilha é admissível também em casos legalmente previstos de separação superveniente de bens. O princípio da imutabilidade do regime de bens (art. 1714°) obsta à validade

da partilha dos bens comuns do casal, efectuada fora dos casos consagrados na lei. De facto, a partilha modifica o estatuto dos bens, tornando próprios bens que antes eram comuns.

II. No entanto, predomina actualmente, quer na doutrina quer na jurisprudência, a tese da validade da partilha e do contrato-promessa de partilha (antes da cessação das relações patrimoniais dos cônjuges ou da separação superveniente de bens).

Tem-se defendido a validade da partilha e do contrato-promessa de partilha, subordinados à condição suspensiva da procedência de um divórcio, com o argumento de que tais actos não violam o princípio da imutabilidade do regime de bens, porque, antes do trânsito em julgado da sentença do divórcio, os bens comuns do casal continuam a ser comuns⁹⁶¹.

III. Salvo o devido respeito, trata-se de uma visão algo formal do princípio da imutabilidade. O art. 1714º destina-se a proteger o cônjuge de um eventual ascendente psicológico do outro, resultante da existência de uma comunhão de vida entre ambos. Dentro desta lógica, a imutabilidade não impede apenas a partilha do património comum que produza efeitos na constância do matrimónio; afasta também a vinculatividade de qualquer acordo relativo a essa partilha, realizado entre os cônjuges numa altura em que vivem em comum.

O princípio da imutabilidade não justifica, porém, a proibição da celebração de partilha sob condição suspensiva ou de contrato-promessa, após a ruptura da vida em comum entre os cônjuges, nomeadamente na pendência de uma acção de divórcio⁹⁶².

⁹⁶¹ Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, "Sobre o contrato-promessa de partilha de bens comuns", *Temas* p. 259 e p. 272, nota 31; igualmente, o acórdão do STJ de 23/3/1999, *BMJ* 485, p. 423, e de 22/2/2007, *CJ-S* 2007/1, p. 81. Contra, os acórdãos do STJ de 26/5/1993, processo nº 083628, e de 12/6/1997, processo nº 97B051, ambos em <http://www.dgsi.pt>.

⁹⁶² Cf. RITA LOBO XAVIER, *Limites* pp. 271 e s.

Mas a validade da partilha sob condição suspensiva ou do contrato-promessa não depende exclusivamente da observância do princípio da imutabilidade. Se, por um lado, é certo que a instauração de uma acção de divórcio afasta, em princípio, a ideia de uma ligação próxima entre os cônjuges que permitiria a um deles influenciar decisivamente a actuação negocial do outro, por outro lado, não se pode ignorar a presença de eventuais obstáculos ao exercício livre e esclarecido da vontade das partes no momento da ruptura da vida em comum. A situação de crise matrimonial não favorece a racionalidade e a serenidade. Em algumas hipóteses, um acordo qualquer é formalizado unicamente porque uma das partes "quer esquecer o mais depressa possível tudo o que se passou". Noutras hipóteses, um cônjuge apenas participa numa determinada partilha sob condição suspensiva, ou num dado contrato-promessa de partilha dos bens comuns, para assegurar a colaboração do outro cônjuge no processo de divórcio por mútuo consentimento.

O legislador é sensível às dificuldades que se colocam ao exercício da autonomia privada no momento da ruptura da vida em comum. É, por isso, que os acordos patrimoniais que devem acompanhar o requerimento do divórcio por mútuo consentimento, na conservatória do registo civil, estão sujeitos a homologação e não relevam se não acautelarem suficientemente os interesses de um dos cônjuges ou dos filhos (cf. art. 1778º). Há, portanto, uma suspeição da lei relativamente à equidade das estipulações dos cônjuges, que recomenda a exclusão da validade dos acordos para os quais a lei não consagre a possibilidade e a necessidade de um controle externo da conformidade do respectivo conteúdo com o interesse de cada um dos cônjuges.

25.3. A situação dos bens no período que decorre entre a cessação das relações patrimoniais dos cônjuges, ou separação superveniente de bens, e a partilha

Com a cessação das relações patrimoniais dos cônjuges, ou a separação superveniente de bens conjugais, termina a comunhão matrimonial de bens.

Enquanto não ocorrer a partilha, os bens que antes integravam o património comum continuarão em contitularidade, mas a contitularidade não será já a de mão comum ou de tipo germânico.

Passou-se a uma contitularidade de tipo romano. Em que variante – na variante da compropriedade ou na variante em que se enquadra a herança indivisa?

A posição adoptada condiciona a regulamentação. Se se atribuir a esta contitularidade a natureza de compropriedade, serão aplicadas regras da compropriedade, entre o fim da comunhão conjugal patrimonial e a partilha; caso contrário, regras da indivisão hereditária.

A natureza da nova contitularidade aproxima-se da da indivisão hereditária: a cessação da indivisão entre os cônjuges faz-se também através de partilha (e não de divisão de coisa comum) e há uma certa autonomia patrimonial (na medida em que o património comum responde por um certo tipo de dívidas).

Na fase que precede a partilha, a alienação da chamada meação do cônjuge seguirá o regime da alienação de quota da herança (arts. 2124º e s.) e não da alienação da quota em compropriedade (art. 1408, v.g., nº 3).

Paralelamente, o passivo contraído após a dissolução do casamento está, por analogia, sujeito ao disposto no art. 2097º (que regula a responsabilidade da herança indivisa)⁹⁶³.

25.4. Formas de partilha

A partilha pode fazer-se extrajudicialmente, se houver acordo dos cônjuges, ou mediante processo de inventário, na falta de acordo ou por imposição da lei.

A partilha extrajudicial de património comum que não compreenda bens imóveis não está sujeita à observância de uma forma especial (art. 219º).

A partilha extrajudicial de bens do casal de que façam parte coisas imóveis pode ser feita por escritura pública; por documento particular autenticado (art. 22º, al. f), do DL nº 116/2008, de 4 de Julho); “no âmbito do processo de separação de pessoas e bens ou de divórcio por mútuo consentimento, ou posteriormente, ou ainda na sequência de qualquer processo de divórcio” (art. 272º-A, nºs 1 e 3, do CRC, na redacção do Decreto-Lei nº 247-B/2008, de 30 de Dezembro).

O acordo de partilha do património comum alcançado pelos cônjuges no âmbito do processo de divórcio, ou de separação de pessoas e bens, por mútuo consentimento produz efeitos uma vez homologado pela decisão que decreta o divórcio ou a separação (art. 272º-A, nºs 4, 5 e 8, do CRC, na redacção do Decreto-Lei nº 247-B/2008, de 30 de Dezembro)⁹⁶⁴.

Sobre o inventário para partilha dos bens comuns: cf. art. 71º do Regime Jurídico do Processo de Inventário (que manda aplicar, com as necessárias adaptações, os termos prescritos nesse regime jurídico), aprovado pela Lei nº 29/2009, de 29 de Junho (cf., *infra*, nota 968); art. 1406º do CPC, na redacção da mesma lei; e art. 1770º, nº 2, também na versão da referida lei.

⁹⁶⁴ Cf. a Portaria nº 1594/2007, de 17 de Dezembro, que regulamenta a partilha do património conjugal nas conservatórias do registo civil (em particular, arts. 5º-11º).

25.5. As operações da partilha

I. A partilha em sentido amplo desdobra-se em três operações: cálculo do valor do património comum; cálculo do valor das meações; preenchimento das meações.

Ao longo de todas as operações, tem de ser assegurado o respeito da regra imperativa da participação por metade no activo e no passivo da comunhão (cf. art. 1730º, nº 1)⁹⁶⁵.

O art. 272º-A, nº 7, do CRC, na redacção do Decreto-Lei nº 247-B/2008, de 30 de Dezembro, estabelece que a partilha pode incluir a celebração de um contrato de mútuo e de outros contratos de crédito e de financiamento celebrados por instituições de crédito, e respectivas garantias, “bem como outros negócios jurídicos, nos termos definidos por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça”.

II. Cálculo do valor do património comum.

II.a) O cálculo do valor do património comum implica a determinação do valor do activo e a dedução do passivo.

II.b) Determinação do valor do activo comum.

O primeiro passo da partilha é o relacionamento dos bens que estão sujeitos à partilha conjugal – os bens comuns.

Como bens comuns são relacionados todos os direitos integrados no património comum, incluindo os direitos de crédito correspondentes às compensações devidas pelos cônjuges ao património comum (cf. parte final do art. 1689º, nº 1).

⁹⁶⁵ Opinião diferente tem RITA LOBO XAVIER, *Limites* pp. 523-524, que circunscreve o carácter imperativo da regra aos regimes típicos de comunhão. *De iure constituendo*, ADRIANO PAIVA, *A comunhão de adquiridos* pp. 324-328, acha que a participação por metade deveria ter sempre cariz supletivo.

As compensações devidas pelos cônjuges ao património comum compreendem: as compensações devidas pelo pagamento de dívidas incommunicáveis, reguladas no art. 1697º, nº 2; as compensações pela aquisição de bens próprios à custa do património comum, referidas, p.e., nos arts. 1722º, nº 1, 1726º, nº 2, 1727º, 1728º, nº 1, *in fine*; e, em geral, as compensações devidas ao património comum por qualquer transferência injustificada de valores, p.e., uma despesa com um bem próprio que seja paga com dinheiro comum.

Todas as compensações (e não apenas as que relativas ao pagamento de dívidas incommunicáveis) são actualizadas com base no índice de preços (art. 551º), por aplicação analógica dos arts. 2029º, nº 2, e 2109º, nº 3.

A cada um dos bens comuns será atribuído o respectivo valor e serão somados os valores de todos esses bens.

II.c) Para saber que bens são comuns importa atender ao regime que vigorou durante o casamento.

Todavia, pode acontecer que a partilha se faça segundo um regime distinto do que vigorou durante o casamento: é o que a lei expressamente prevê nos arts. 1719º e 1790º.

Os cônjuges podem, na convenção antenupcial, estipular outras situações de partilha sob regime diverso do regime de bens escolhido para o casamento. Assim será, p.e., admissível estabelecer que o regime de bens é o da comunhão de adquiridos mas que, no caso de divórcio, a partilha se fará segundo o regime da separação de bens.

A regra de que a partilha se fará de acordo com o regime de bens que vigorou no casamento é supletiva. Sendo uma regra que se repercute sobre a titularidade dos bens, após a partilha, tem uma natureza similar à das regras que definem os regimes de bens. Recorde-se que vigora um princípio de liberdade em matéria de fixação do regime de bens, consagrado no art. 1698º.

O art. 1719º não tem carácter excepcional, constituindo antes um exemplo de exercício da liberdade de escolha do regime de bens segundo o qual se fará a partilha. Há, porém, uma restrição imposta por lei: a de que serão salvaguardados os direitos de terceiro na liquidação do passivo, como resulta do art. 1719º, nº 2, aplicável analogicamente a outras hipóteses de estipulação de partilha segundo o regime diverso do que vigorou para o casamento. A restrição funda-se na tutela da confiança de terceiros que contratam com os cônjuges.

A Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, introduziu mais uma restrição, ao modificar o art. 1790º, que, actualmente, prevê, de modo imperativo, que “em caso de divórcio, nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos”, preceito aplicável à separação de pessoas e bens (art. 1794º). Isto é, a partilha será feita segundo o regime da comunhão de adquiridos ainda que se estipule na convenção antenupcial que o regime vigente é o da comunhão geral e que, havendo divórcio, a partilha se fará segundo este regime.

II.d) Dedução do passivo comum.

Após a soma do valor total dos bens comuns relacionados, será abatido o passivo comum.

Primeiramente, são relacionadas e deduzidas as dívidas do património comum perante terceiros (cf. art. 1689º, nº 2).

Segue-se a consideração das dívidas do património comum perante os cônjuges, em que se incluem as dívidas entre cônjuges e as dívidas do património comum ao património próprio de um dos cônjuges.

As dívidas de um cônjuge perante o outro (cf. art. 1689º, nº 3) podem ser, nomeadamente: dívidas de indemnização; dívidas de compensação por contribuição indevida para os encargos da vida familiar, nos termos do art. 1676º, nº 3; dívidas de compensação pelo pagamento de dívidas comunicáveis, nos termos do art.

1697º, nº 1; dívidas por disposição de bens comuns a título gratuito, nos termos do art. 1682º, nº 4.

Excepcionalmente, as dívidas entre cônjuges por disposição de bens comuns a título gratuito, nos termos do art. 1682º, nº 4, não são contabilizadas no passivo comum (cf., *infra*, III).

As dívidas do património comum perante os cônjuges abarcam ainda as dívidas de compensação do património comum perante um património próprio⁹⁶⁶ (cf. art. 1726º, nº 2).

Para evitar o êxito de conluios fraudulentos dos cônjuges que prejudiquem o interesse de terceiros credores, as dívidas do património comum perante os cônjuges são liquidadas em último lugar⁹⁶⁷.

III. Cálculo do valor das meações.

Depois de apurado o valor do património comum, acha-se o valor da respectiva metade, que é igualmente o valor de cada uma das meações dos cônjuges.

Tendo havido disposição de bens comuns a título gratuito, nos termos do art. 1682º, nº 4, metade do valor dos bens doados é abatido à meação do cônjuge disponente e somado à meação do outro cônjuge. Para este efeito, por aplicação analógica do art. 2109º, nº 1, considera-se o valor que os bens doados tiverem à data da verificação do facto que originar a partilha (cessação das relações patrimoniais entre os cônjuges ou separação superveniente de bens).

⁹⁶⁶ Que, à semelhança das demais compensações, têm de ser actualizadas com base no índice de preços.

⁹⁶⁷ Contra, CRISTINA DIAS, *Dívidas* pp. 888-890: as compensações devidas pela massa comum a um dos cônjuges são efectuadas antes do pagamento a terceiros credores.

IV. Preenchimento das meações.

IV.a) Achado o montante das meações, procede-se ao preenchimento das mesmas.

Na operação de preenchimento das meações, é normalmente atendível o acordo dos cônjuges, que podem: designar bens do património comum que hão-de compor, no todo ou em parte, as respectivas meações; indicar bens comuns, para que, no todo ou em parte, sejam objecto de sorteio entre eles; decidir na venda total ou parcial dos bens comuns e na distribuição do produto da alienação entre eles.

Não tendo havido acordo dos cônjuges, abre-se licitação entre eles: cf. arts. 44º e s. do Regime Jurídico do Processo de Inventário⁹⁶⁸; aplicáveis, *ex vi* do art. 71º, nº 2, desse regime, ao inventário em consequência de separação de pessoas e bens, divórcio, declaração de nulidade ou anulação do casamento.

Não há, porém, licitação nos casos de partilha decorrente de separação de meações decretada no âmbito de uma execução ou de declaração de insolvência: cf. art. 1406º, nº 1, al. d), do CPC, na redacção da Lei nº 29/2009, de 29 de Junho, que confere ao cônjuge do executado ou insolvente o direito de escolher os bens com que há-de ser formada a sua meação, reconhecendo aos credores a faculdade de reclamarem contra essa escolha.

IV.b) Estão excluídos da licitação os bens que devam ser preferencialmente atribuídos a certo cônjuge (cf. art. 44º, nº 2, do Regime Jurídico do Processo de Inventário⁹⁶⁹, aplicável, *ex vi*

⁹⁶⁸ Aprovado pela Lei nº 29/2009, de 29 de Junho, que revoga os arts. 1363º e s. do CPC (art. 86º, al. b)). No entanto, a Lei nº 44/2010, de 3 de Setembro, ao dar nova redacção ao artigo 87º, nº 1, da lei de 2009, adiou a produção de efeitos do dito Regime Jurídico, que ocorrerá 90 dias após a publicação de portaria relativa a várias matérias do inventário.

⁹⁶⁹ Aprovado pela Lei nº 29/2009, de 29 de Junho, que revogou o art. 1363º do CPC (art. 86º, al. b)). Cf., porém, *supra*, nota 968.

do art. 71º, nº 2, desse regime, ao inventário em consequência de separação de pessoas e bens, divórcio, declaração de nulidade ou anulação do casamento).

O art. 1731º prevê, quanto aos instrumentos de trabalho de cada um dos cônjuges que tiverem entrado no património comum por força do regime de bens, uma atribuição preferencial na partilha dos bens do casal, que parece ter carácter supletivo.

Nada obsta à estipulação de atribuições preferenciais na partilha do património comum, desde que seja efectuada por convenção antenucial.

IV.c) Se o montante dos bens do património comum atribuídos, a título participacional, a um dos cônjuges for superior ao da respectiva meação, assiste ao outro o direito de lhe exigir o pagamento de tornas no valor correspondente ao excesso.

26. Os contratos entre cônjuges

26.1. As doações entre casados

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 177; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 457-463; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1761º-1766º; Pamplona Corte-Real, *Relatório*, 114; Rita Lobo Xavier, *Limites* 195-221; Luís de Menezes Leitão, *Obrigações* pp. 224-226; Paula Barbosa, *Doações* pp. 137-148; Adriano Paiva, *A comunhão de adquiridos* 278-292.

I. Requisitos das doações; natureza dos bens doados.

I.a) As doações entre casados regem-se pelos arts. 1761º a 1766º e, subsidiariamente, pelas regras dos arts. 940º a 979º, atinentes ao contrato de doação (art. 1761º).

Apesar de nada se dizer de semelhante ao art. 1759º, as doações entre casados estão obviamente sujeitas a redução por inoficiosidade, nos termos dos arts. 2168º e s.

I.b) As doações entre cônjuges só não são válidas quando vigore imperativamente o regime da separação de bens (art. 1762º). Ou seja, nas situações do art. 1720º, nº 1. Se, p.e., o regime da separação de bens tiver sido convencionado, será válida a doação entre casados.

O princípio da validade da doação entre casados, que contrasta com a proibição-regra da compra e venda entre cônjuges, consagrada no art. 1714º, nº 2, justifica-se por duas razões:

- a) Ao contrário da compra e venda que, se fosse genericamente válida entre cônjuges, estaria sujeita ao princípio da revogabilidade apenas por mútuo consenso, a doação entre casados é sempre revogável unilateralmente (art. 1765º, nº 1). A transferência patrimonial, a título gratuito, é reversível.
- b) A doação entre casados, na falta de estipulação em contrário, vale como antecipação da quota que cabe ao cônjuge enquanto sucessível, por força do mecanismo da imputação de liberalidades (que será estudado no Direito das Sucessões).

I.c) A doação de bens móveis só vale como doação entre casados sendo feita por documento escrito (art. 1763º, nº 1, que se demarca do art. 947º, nº 2, preceito em que se estabelece que a doação de coisas móveis acompanhada da tradição da coisa doada não depende de formalidade alguma externa).

A doação entre casados de bens imóveis realiza-se por escritura pública ou documento particular autenticado, nos termos gerais (art. 947º, nº 1, na redacção do Decreto-Lei nº 116/2008, de 4 de Julho, aplicável por força do art. 1761º).

I.d) O art. 1763º, nº 2, proíbe que os cônjuges façam doações recíprocas no mesmo acto, proibição que, no entanto, não se aplica “às reservas de usufruto nem às rendas vitalícias a favor de sobrevivente, estipuladas, umas e outras, em doação dos cônjuges a terceiro” (art. 1763º, nº 3).

I.e) Só podem ser doados bens próprios do doador (art. 1764º, nº 1). A doação entre cônjuges de bens comuns é inválida.

Os bens doados serão sempre bens próprios do donatário (art. 1764º, nº 2). Há aqui, portanto, uma situação de bens incomunicáveis que não consta do elenco do art. 1733º, nº 1.

II. Revogação e caducidade das doações.

II.a) As doações entre cônjuges são livremente revogáveis pelo doador (art. 1765º).

A faculdade de revogação unilateral, que não se transmite aos herdeiros do doador (art. 1765º, nº 2), é irrenunciável e pode ser exercida a todo o tempo pelo autor da liberalidade (art. 1765º, nº 1).

Não sendo doações, aos donativos entre casados, p.e., prendas de aniversário, não se aplica o regime da livre revogação pelo disponente.

II.b) Ao contrário das doações para casamento, as doações entre casados são susceptíveis de revogação por ingratidão do donatário, nos termos dos arts. 970º e s., aplicáveis por força do art. 1761º.

Vigorando o princípio da livre revogabilidade pelo doador, a revogação por ingratidão pode interessar quando o donatário tiver cometido contra o doador o crime de homicídio ou quando por qualquer causa o tiver impedido de revogar a doação (cf. art. 976º, nº 3), já que a faculdade de livre revogação não se transmite aos herdeiros do doador, como se referiu.

II.c) O art. 1766º, nº 1, prevê três hipóteses de caducidade da doação entre casados: não sobrevivência do donatário ao doador (al. a)); invalidade do casamento (al. b)); divórcio ou separação de pessoas e bens por culpa do donatário, se este for considerado único ou principal culpado (al. c)).

As duas últimas situações de caducidade são comuns ao regime das doações para casamento.

O art. 1766º, nº 1, al. c), impõe a caducidade da doação entre casados se ocorrer divórcio ou separação de pessoas e bens, quando o donatário tenha sido considerado único ou principal culpado. Esta disposição, que ainda figura na redacção do Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de Novembro, está de harmonia com o disposto no art. 1791º, na redacção do mesmo diploma⁹⁷⁰. Delas resulta que não há nem uma caducidade total nem uma transferência do benefício patrimonial que cabia ao cônjuge declarado único ou principal culpado para o cônjuge inocente ou menos culpado.

Contudo, a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, aboliu a declaração do cônjuge culpado no divórcio e modificou o art. 1791º, cujo nº 1 prevê presentemente a pura e simples perda dos benefícios recebidos em consideração do estado de casado independentemente da culpa que possa ter cabido ao beneficiário na ruptura da vida em comum. O nº 2 admite que o autor da liberalidade determine que o benefício perdido pelo cônjuge, na sequência do divórcio, reverta para os filhos do casamento.

Por conseguinte, há uma incompatibilidade entre o que consta no art. 1766º, nº 1, al. c), na versão de 1977, com o que se estatui no art. 1791º, alterado em 2008, o que implica a revogação tácita do art. 1766º, nº 1, al. c), pelo art. 1791º. Ou seja, agora, com o divórcio, caducam sempre as doações entre casados, sem prejuízo de o bem doado puder reverter para os filhos do casamento, por vontade do doador (art. 1791º, na versão resultante da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro).

Em princípio, para a doação produzir efeitos, o donatário tem de sobreviver ao doador, aspecto que reforça a ideia de que a

⁹⁷⁰ O texto do art. 1791º, na versão de 1977, encontra-se reproduzido, *supra*, na nota 843.

doação constitui tendencialmente uma antecipação da quota do donatário na herança do doador (cf., *supra*, I.b)).

Se o donatário falecer antes do doador, a doação não caduca quando o autor confirmar a liberalidade nos três meses subsequentes à morte do beneficiário. Nesta circunstância, o bem doado integrará o *relictum* da herança do donatário.

Se o casamento vier a ser declarado nulo ou anulado, a doação entre casados não caduca se ambos os cônjuges estiverem de boa fé ou se o donatário for o único cônjuge de boa fé (cf. art. 1766º, nº 1, al. b)).

26.2. Outros contratos entre os cônjuges

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 160-165, 176-179; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 448-457, 463-470; Antunes Varela, *DF* 434-443; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1714º; Pamplona Corte-Real, *Relatório*, 114; Rita Lobo Xavier, *Limites* 222-263, 301-340, 577 e s.; Adriano Paiva, *A comunhão de adquiridos* 292-297.

I. Compra e venda.

O art. 1714º, nº 2, proíbe a compra e venda entre os cônjuges, excepto quando estes se encontrem separados de pessoas e bens.

Além desta excepção, a doutrina⁹⁷¹ admite também a validade da compra e venda entre casados que não estejam separados de pessoas e bens quando se tratar de venda executiva. Na venda executiva, prevalece o maior preço oferecido, pelo que não tem razão de ser a proibição da compra e venda entre cônjuges.

A razão de ser da proibição da compra e venda entre cônjuges é evitar que os cônjuges façam um ao outro, sob a aparência de vendas, verdadeiras doações que não estariam sujeitas ao regime

⁹⁷¹ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 465.

da livre revogabilidade das doações entre casados, por força das dificuldades inerentes à prova da simulação.

II. Sociedade.

O art. 1714º, nº 2, impede a celebração de contratos de sociedade entre os cônjuges, excepto quando estes se encontrem separados de pessoas e bens. O art. 1714º, nº 3, considera lícita a participação dos dois cônjuges na mesma sociedade de capitais. O art. 8º, nº 1, do CSC prevê: "É permitida a constituição de sociedades entre cônjuges bem como a participação destes em sociedades, desde que só um deles assuma responsabilidade ilimitada.". Esta última disposição, relativamente permissiva, refere-se directamente às sociedades comerciais mas é também aplicável às sociedades civis sob forma comercial, nos termos do art. 1º, nº 3, do CSC.

A conjugação das disposições citadas obriga a que se façam algumas distinções.

Estando os cônjuges separados de pessoas e bens, não há restrições à constituição de ou participação em sociedades: eles podem, nomeadamente, ser sócios de uma sociedade civil sob forma civil, de uma sociedade em nome colectivo e de uma sociedade em comandita na qual ambos sejam sócios comanditados.

Na situação (que é, de longe, a mais comum) em que os cônjuges não estão separados de pessoas e bens, há que contrapor as sociedades civis sob forma civil às restantes.

Não é admissível a constituição entre cônjuges de sociedades civis sob forma civil nem a participação de ambos numa sociedade com esta natureza e forma.

Já no que toca às sociedades comerciais e civis sob forma comercial, é permitida a sua constituição entre cônjuges e a participação deles na mesma sociedade desde que se trate de uma sociedade por quotas, de sociedade anónima ou de uma sociedade em comandita na qual nenhum dos cônjuges, ou só um deles, seja sócio comanditado (ou seja, quando nenhum

dos cônjuges ou apenas um deles assumir responsabilidade ilimitada).

III. Os contratos a título oneroso que não são mencionados no art. 1714º, nº 2.

III.a) Em geral, são válidos os contratos entre os cônjuges que não sejam proibidos pelo art. 1714º, nº 2.

É lícita a dação em cumprimento feita pelo cônjuge ao seu consorte (art. 1714º, nº 3) e a dação é uma causa de extinção das obrigações, incluindo das obrigações constituídas por contrato.

As restrições à liberdade contratual por força da condição conjugal constituem excepções ao princípio geral da autonomia privada, pelo que, na interpretação dessas regras excepcionais, é de adoptar-se o sentido menos restritivo da liberdade contratual dos cônjuges. E parece claramente vedada a analogia. Isto significa que a proibição da compra e venda entre cônjuges não é extensível a outros contratos onerosos.

III.b) Por conseguinte, os cônjuges podem celebrar entre si contratos de comodato, de mútuo, de arrendamento e de trabalho.

Por vezes, a possibilidade da celebração destes contratos suscita reservas, nos regimes da comunhão. P.e., um contrato de trabalho pressupõe a remuneração do trabalhador pela entidade patronal; ora, pode acontecer que o dinheiro utilizado para pagar ao trabalhador seja comum e que, uma vez recebido, continue a ser comum. E no caso do arrendamento pode acontecer algo de semelhante. Se o bem locado for próprio, o produto do arrendamento é fruto de bem próprio, portanto comum. Quando o bem arrendado for comum, o bem é arrendado por ambos os cônjuges a um só e o cônjuge tem de pagar uma renda que reverte para o património comum; todavia, pode acontecer que o dinheiro usado pelo arrendatário fosse já bem comum. Há, pois, dificuldades de enquadramento conceptual dos contratos em

questão; em regimes de comunhão, a sua onerosidade afigura-se incerta.

De qualquer modo, as estipulações devem relevar; afinal, são admissíveis a doação (de bens próprios) e o mandato (que confira poderes sobre bens próprios ou comuns) entre casados.

Mas as situações contratuais de onerosidade duvidosa, nos regimes de comunhão, estarão subordinadas ao regime particular da doação e do mandato entre os cônjuges, sendo reconhecida a prerrogativa de livre revogação ao cônjuge que permite ao outro o aproveitamento exclusivo de um bem.

IV. As contas colectivas.

São muito populares as contas solidárias entre cônjuges⁹⁷², contas em que cada um dos contitulares pode, sozinho, realizar movimentos que afectem a totalidade do saldo.

Essas contas criam uma situação de contitularidade diferente daquela que é permitida no regime da separação de bens ou daquela que define os regimes de comunhão. Recorde-se que no regime da separação a lei admite a compropriedade; na compropriedade, um consorte, sozinho, só pode dispor da sua quota. Nos regimes de comunhão, a comunhão conjugal significa que, fora das situações estabelecidas no art. 1682º, nº 2, a disposição de um só bem comum carece do consentimento de ambos os cônjuges.

O art. 1680º, que só se refere às contas singulares, é analogicamente aplicável às contas colectivas: os cônjuges podem livremente constituir contas colectivas de que ambos sejam titulares e podem movimentá-las de acordo com as regras bancárias. Não há motivo para estabelecer solução oposta, quando a conta singular entre cônjuges suscita igualmente dificuldades de articulação com o Direito patrimonial da família.

⁹⁷² Sobre as contas solidárias entre cônjuges, cf., designadamente, DUARTE PINHEIRO, *Operações bancárias* pp. 602-605.

No entanto, a liberdade de constituição e movimentação não pode, nem no caso das contas singulares nem no caso das contas colectivas, subverter a disciplina legal do estatuto patrimonial do casamento, que será plenamente aplicável nas relações entre cônjuges⁹⁷³ e oponível, dentro de certas condições, a terceiros, incluindo os próprios Bancos.

Secção V – Efeitos do casamento em situações de ruptura da vida em comum

27. A separação de facto

Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 636-642; Antunes Varela, *DF* 500-502; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1675º, 1781º; Leite de Campos, *DFS* 297-298, 435; Paula Barbosa, “A separação de facto e seus efeitos jurídicos no sistema jurídico português – a evolução legislativa”, em Berenice Dias/Duarte Pinheiro, *Escritos* 95-106.

27.1. Noção de separação de facto

Tradicionalmente, a doutrina não confere autonomia à matéria da separação de facto, preferindo seguir a orientação legal que reconduz a separação de facto a uma das causas de divórcio litigioso ou sem consentimento de um dos cônjuges (cf. art. 1781º, al. a)).

No entanto, a separação de facto tem uma importância que ultrapassa o seu impacto no domínio das causas do divórcio. Um casal pode viver separado de facto durante anos sem que venha a ser decretado o divórcio ou a separação de pessoas e bens,

⁹⁷³ Cf. ac. da RP de 26/10/2009, *CJ*2009/4, p. 200: o levantamento de quantias de contas solidárias por qualquer dos cônjuges só poderá ser considerado válido e legítimo se respeitar as regras conjugais de administração e disposição de bens do casal.

pelos mais diversos motivos: crença no restabelecimento da vida em comum; inércia; aversão aos formalismos de modificação ou extinção do vínculo matrimonial; desejo de evitar um litígio formal. Dois cônjuges podem viver separados de facto até à morte de um deles. Só então a morte dissolverá o casamento.

O art. 1782º, nº 1, define separação de facto, no âmbito do divórcio litigioso, definição que é genericamente válida e que não se demarca da que consta do art. 1675º, nº 2.

A separação de facto verifica-se quando se preenchem dois elementos, um objectivo e outro subjectivo. O elemento objectivo é a falta de vida em comum dos cônjuges, a ausência de coabitação. O elemento subjectivo consiste no propósito de não restabelecer a vida em comum, numa disposição interior de não retomar a coabitação; esse propósito tanto pode ser de ambos os cônjuges como de só um deles.

Para haver separação de facto é imprescindível a reunião dos dois referidos elementos. É por isso que não há separação de facto quando se verifique somente o elemento objectivo, quando, p.e., os cônjuges não vivam em comum porque um deles foi colocado, para exercer funções públicas, numa localidade distante da casa de morada da família. Em contrapartida, pode haver separação de facto, ainda que os cônjuges morem na mesma casa. Basta que não convivam um com o outro e que um deles não pretenda vir a restabelecer a vida em comum. Basta que não tenham comunhão de leito, que não tomem refeições juntos, que, em geral, evitem a companhia um do outro.

27.2. Efeitos da separação de facto

I. Divórcio e separação de pessoas e bens.

A separação de facto constitui fundamento do divórcio por ruptura da vida em comum, nos termos das al. a) do art. 1781º, aplicável à separação de pessoas e bens *ex vi* do art. 1794º.

II. Dever de assistência.

A ausência da vida em comum inerente à separação de facto leva à conversão da obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar em obrigação de prestar alimentos (cf., *supra*, Parte III, nº 15 I)⁹⁷⁴.

Se a separação de facto for imputável a um dos cônjuges, ou a ambos, a obrigação de alimentos só incumbe, em princípio, ao único ou principal culpado; a obrigação pode, porém, ser imposta pelo tribunal, por motivos de equidade, ao cônjuge inocente ou menos culpado, “considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração que o outro cônjuge tenha prestado à economia do casal” (art. 1675º, nº 3).

III. Filiação.

III.a) Cessa a presunção de paternidade do marido da mãe se o nascimento do filho ocorrer passados trezentos dias depois da data que a sentença, proferida em acção de divórcio, de separação de pessoas e bens ou em outro processo⁹⁷⁵, fixar como a da cessação da coabitação (art. 1829º, nº 1 e nº 2, al. b)).

⁹⁷⁴ No entanto, cf. o ac. da RE de 14/6/2007, *CJ2007/3*, p. 257: por um lado, o aresto aparenta estar em desacordo com a terminologia “contribuir para os encargos da vida familiar”, quando se está perante uma situação de separação de facto, “em que concretamente não existe vida familiar”; por outro lado, adere à visão da jurisprudência (v.g., do ac. STJ de 16/4/1998, *CJ-S 1998/2*, p. 45) que reconhece ao cônjuge separado o direito de exigir a entrega directa da parte dos rendimentos ou dos proventos do outro cônjuge, ao abrigo do nº 3 do art. 1676º, na redacção do DL nº 496/77, de 25/11 (correspondente ao nº 4 do artigo, na versão ora em vigor).

⁹⁷⁵ O art. 1829º aplica-se analogicamente a sentenças que, tendo sido proferidas fora do processo de divórcio ou separação, fixem o termo da coabitação (cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF II/1* pp. 102-103).

III.b) As regras de exercício das responsabilidades parentais previstas para o divórcio, para a separação de pessoas e bens e para a invalidade do casamento são aplicáveis aos cônjuges separados de facto (art. 1909°).

IV. Restantes aspectos.

IV.a) A ausência da vida em comum inerente à separação de facto obsta à aplicação do art. 1691°, nº 1, al. b)⁹⁷⁶.

IV.b) A separação de facto há mais de um ano permite que seja válida a doação ou a disposição testamentária a favor de quem o autor da liberalidade casado cometeu adultério (art. 2196°, nº 2, al. a), aplicável às doações *ex vi* do 953° e objecto de uma interpretação sistemática e teleológica).

O art. 2196°, nº 1, determina que é nula a disposição a favor do cúmplice do testador adúltero. A al. a) do nº 2, na redacção do Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de Novembro, exclui a nulidade se os cônjuges estavam "separados de facto há mais de seis anos, à data da abertura da sucessão".

O art. 1781°, al. a), na redacção do mesmo diploma, incluía a separação de facto por seis anos consecutivos entre os fundamentos objectivos de divórcio litigioso. Há uma ligação entre o prazo de separação do facto constante do art. 2196°, nº 2, al. a), e aquele que figura no art. 1781°, al. a). Sempre se entendeu que quando a separação de facto integra uma causa objectiva do divórcio não há motivo para excluir a validade da liberalidade feita pelo cônjuge em favor da pessoa com quem cometeu adultério. Ora, após a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro,

⁹⁷⁶ Contra, CRISTINA DIAS, *Dívidas* pp. 948-971: na separação de facto, as circunstâncias do caso concreto podem impor a comunicabilidade da dívida ao abrigo do art. 1691°, nº 1, al. b).

a separação de facto por mais de um ano é uma causa objectiva de divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges.

IV.c) Havendo extinção do vínculo matrimonial, o prazo inter-nupcial começa a contar a partir da data de início da separação de facto (isto é, da cessação da coabitação entre os cônjuges) fixada na sentença de divórcio (art. 1605°, nº 4).

IV.d) No demais, vigoram os efeitos comuns do casamento.

Os cônjuges separados de facto continuam vinculados aos deveres dos cônjuges, exceptuado o dever de assistência, no caso previsto no art. 1675°, nº 3. O dever de coabitação, p.e., não cessa por não estar a ser cumprido.

As regras sobre administração, disposição, dívidas (com excepção do art. 1691°, nº 1, al. b))⁹⁷⁷ e regime de bens perduram.

São, nomeadamente, aplicáveis as regras que limitam os poderes de disposição sobre a casa de morada da família (arts. 1682°-A, nº 2, e 1682°-B). A eventual existência de residências separadas não significa que o imóvel onde antes ambos residiam tenha perdido a qualidade de casa de morada da família, porque o fim dessa qualificação depende de acordo dos cônjuges, de decisão judicial ou de separação de pessoas e bens. E, à primeira vista, a separação de facto não se afigura suficiente para desencadear as estatuições dos arts. 1105° e 1793°⁹⁷⁸.

⁹⁷⁷ Para PAULA BARBOSA, "A separação de facto" cit., pp. 105-106, após a separação de facto, "difícilmente se conseguirá invocar proveito comum dos cônjuges numa perspectiva moral, que não patrimonial", o que diminui o âmbito de aplicação do art. 1691°, nº 1, al. c).

⁹⁷⁸ Contra, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF I* pp. 685-686, nota 159: sendo a lei omissa, seria razoável a extensão dos arts. 1105° e 1793° à separação de facto. Nas palavras dos ilustres professores, "vê-se mal que estas disposições se apliquem ao caso de ruptura da união de facto e não se apliquem ao de separação de facto dos cônjuges; o argumento de que neste caso, mas não naquele, os cônjuges podem pedir o divórcio não

Com a entrada em vigor do NRAU, o cônjuge separado de facto que resida no local beneficia plenamente da transmissão por morte do direito a arrendamento para habitação de que era titular o outro cônjuge (art. 1106º, nº 1, al. a); e art. 57º, nº 1, al. a), da Lei nº 6/2006, de 27 de Fevereiro)⁹⁷⁹.

Por fim, o cônjuge sobrevivente separado de facto mantém a qualidade de sucessível legal do *de cuius* (arts. 2133º e 2157º), o que é pouco aceitável quando a separação durar há mais de um ano (por constituir causa de divórcio, de extinção do facto designativo, que é o vínculo matrimonial, antes da abertura da sucessão)⁹⁸⁰.

IV.e) Dada a imperatividade dos efeitos legais do casamento, os acordos entre cônjuges separados de facto estão limitados na sua eficácia e validade.

IV.f) Todavia, as violações das regras matrimoniais subsequentes à separação de facto, em especial, se a separação de facto durar, p.e., mais de um ano (duração que constitui pressuposto da

parece decisivo, pois a lei não deve forçá-los a divorciarem-se". No entanto, há um factor de dúvida: a sujeição da separação de facto ao regime dos arts. 1105º e 1793º, que abarca o reconhecimento pleno dos acordos de cônjuges separados de facto quanto à utilização da casa de morada de família, equivale a uma dispensa do dever de coabitação, que a lei civil não permite à margem da separação de pessoas e bens.

⁹⁷⁹ Anteriormente, a lei negava, no art. 85º, nº 1, al. a), do RAU, esse benefício ao cônjuge separado de facto. Contudo, certa corrente defendia uma interpretação restritiva do preceito, à luz da qual a separação de facto não impedia a transmissão do arrendamento quando tivesse sido o cônjuge arrendatário a abandonar o local arrendado, continuando a viver neste o outro cônjuge (cf., nomeadamente, ac. da RL de 20/2/2001, *CJ* 2001/1, p. 132).

⁹⁸⁰ Cf., p.e., art. 1830 do Código Civil brasileiro, que não reconhece direitos hereditários legais ao cônjuge sobrevivente separado de facto há mais de dois anos, salvo prova de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do viúvo/viúva.

obtenção do divórcio com causas objectivas por um dos cônjuges, ainda que haja oposição do outro), apresentam um carácter tendencialmente menos grave do que teriam iguais violações das regras matrimoniais se fossem praticadas por um dos cônjuges, havendo convivência comum. É assim que, p.e., certas situações de adultério, subsequentes a uma separação de facto que dura há mais de um ano, podem não encerrar uma censurabilidade tal que justifique uma reacção sancionatória no campo da responsabilidade civil e da tutela do dever de fidelidade na casa de morada da família.

28. A separação de pessoas e bens

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 195-197; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 557-581; Antunes Varela, *DF* 532-538, 515-519; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1794º-1795º-D; Leite de Campos, *DFS* 277-280.

28.1. Noção e natureza da separação de pessoas e bens

I. A separação de pessoas e bens é um instituto que modifica o vínculo matrimonial, extinguindo as relações patrimoniais e o dever de coabitação entre os cônjuges.

II. Modalidades e causas da separação de pessoas e bens.

Como resulta do art. 1794º, boa parte do regime do divórcio é aplicável à separação de pessoas e bens.

Por conseguinte, a separação de pessoas e bens pode ser por mútuo consentimento ou sem consentimento de um dos cônjuges (cf. art. 1773º). Daí que não seja actualmente rigorosa a terminologia "separação judicial de pessoas e bens": a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento não é necessariamente decretada pelo tribunal.

As causas da separação de pessoas e bens sem o consentimento de um dos cônjuges são as mesmas do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges (art. 1781º), ao abrigo do referido art. 1794º.

III. A separação de pessoas e bens enquanto instituto alternativo ao divórcio.

Perante uma situação de crise matrimonial, os cônjuges tanto podem requerer a separação de pessoas e bens como o divórcio. Ou seja, podem requerer o divórcio sem que tenha havido prévia separação de pessoas e bens.

O art. 1795º, nº 2, mostra até que a lei prefere o divórcio à separação de pessoas e bens: se um cônjuge requerer o divórcio e o outro a separação de pessoas e bens, a sentença deve decretar o divórcio se ambos os pedidos procederem.

28.2. Efeitos da separação de pessoas e bens

I. Efeitos relativamente aos deveres conjugais.

A separação de pessoas e bens afecta dois deveres conjugais (cf. art. 1795º-A): o dever de coabitação, que se extingue (pelo que deixa de haver uma casa de morada da família); e o dever de assistência, que ou se extingue ou assume a configuração de obrigação de alimentos a cargo de um dos cônjuges (neste último caso, cf. nºs 1, 2 e 3 do art. 2016º, aplicáveis por força do nº 4).

Os restantes deveres (respeito, fidelidade e cooperação) subsistem.

Mas o incumprimento destes deveres, incluindo o de fidelidade, tem pouca relevância. A Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, revogou o nº 3 do art. 1795º-D, que permitia a conversão imediata da separação de pessoas e bens em divórcio, a requerimento de um cônjuge, se o outro tivesse cometido adultério. Agora, havendo adultério, o cônjuge que se sente lesado tem de aguardar até que tenha decorrido um ano sobre o trânsito em julgado da sentença ou despacho que tiver decretado a separação de pessoas

e bens (cf. nova versão do 1795º-D, nº 1). Como antes, não há impedimento à protecção da união de facto formada por um cônjuge separado de pessoas e bens com terceiro (cf. art. 2º, al. c), da LUF).

II. Efeitos no domínio do nome e da filiação.

II.a) Os efeitos da separação de pessoas e bens no domínio do nome são distintos dos que estão estabelecidos para a situação de divórcio: o cônjuge que acrescentou ao seu nome apelidos do outro conserva-os (art. 1677º-B, nº 1), podendo ser privado judicialmente do seu uso unicamente quando esse uso "lese gravemente os interesses morais do outro cônjuge ou da sua família" (art. 1677º-C).

II.b) Efeitos da separação de pessoas e bens no domínio da filiação: cessa a presunção de paternidade do marido da mãe se o nascimento do filho ocorrer passados trezentos dias depois da conferência de separação de pessoas e bens por mútuo consentimento ou da data de citação do réu para a separação de pessoas e bens litigiosa ou sem o consentimento de um dos cônjuges (art. 1829º, nº 1, nº 2, als. a)⁹⁸¹ e b)); em matéria de regulação do exercício das responsabilidades parentais sobre filhos comuns, aplicam-se as mesmas regras do divórcio, isto é, os arts. 1905º e 1906º.

III. Efeitos predominantemente patrimoniais.

Quanto aos bens, a separação de pessoas e bens produz os efeitos que produziria a dissolução do casamento (art. 1795º-A, 2ª parte), mais precisamente da dissolução por divórcio.

⁹⁸¹ Apesar da alusão da al. a) à primeira conferência, releva agora a data daquela que é agora a única conferência (cf., *supra*, Parte I, 6.4. III).

Cessam, para o futuro, as relações patrimoniais entre os cônjuges: extingue-se a comunhão conjugal de bens; deixam de ser aplicáveis as regras de administração e disposição dos bens do casal, assim como as regras sobre dívidas dos cônjuges; são permitidos os contratos de compra e venda e sociedade entre os cônjuges, sem restrições (cf. art. 1714º, nº 2).

O direito ao arrendamento para habitação é transmissível *inter vivos*, entre cônjuges, nos termos do art. 1105º.

Aquele que está separado de pessoas e bens não tem o direito de suceder como herdeiro legal do seu cônjuge (arts. 2133º, nº 3, e 2157º), nem o direito à indemnização por danos não patrimoniais, no caso de morte do consorte (art. 496, nº 2). Contudo, ao contrário do que acontecia no âmbito do RAU⁹⁸², havendo morte de um dos cônjuges separados de pessoas e bens, o outro beneficia da transmissão do arrendamento para habitação, se residir no locado (art. 1106º, nº 1, al. a); art. 57º, nº 1, al. a), da Lei nº 6/2006, de 27 de Fevereiro, que aprovou o NRAU).

Aplica-se, em geral, o regime dos efeitos patrimoniais do divórcio (v.g., arts. 1789º-1793º), por força do art. 1794º.

28.3. Causas de cessação da separação de pessoas e bens

A separação de pessoas e bens termina pela reconciliação dos cônjuges ou pela dissolução do casamento (art. 1795º-B).

I. Reconciliação.

I.a) Os cônjuges podem a todo o tempo restabelecer a vida em comum e o exercício pleno dos direitos e deveres conjugais (art. 1795º-C, nº 1).

⁹⁸² O art. 85º, nº 1, al. a), entretanto revogado, previa que o arrendamento para habitação não caducava por morte do primitivo arrendatário ou daquele a quem tiver sido cedida a sua posição contratual, se lhe sobrevivesse "cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens ou de facto".

Com a reconciliação, volta a vigorar o regime inicialmente fixado para o casamento. O art. 1715º não permite que passe a vigorar o regime de bens que as partes agora pretendam escolher.

A reconciliação determina o reinício da presunção de paternidade (art. 1830º, al. a)), que cessara nos termos das als. a) e b) do art. 1829º, nº 2.

I.b) Os nºs 2 e 3 do art. 1795º-C estão em grande parte prejudicados pelos arts. 12º, nº 1, al. a), e 13º do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro.

A reconciliação de cônjuges separados de pessoas e bens é da exclusiva competência da conservatória do registo civil (art. 12º, nº 1, al. a), do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro) e efectua-se com base em acordo declarado por aqueles e homologado pelo conservador (art. 13º, nº 1, do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro), independentemente de a separação ter sido decretada no tribunal ou na conservatória. Tendo a separação sido decretada no tribunal, o conservador envia certidão da decisão que homologou o acordo de reconciliação para o respectivo processo judicial (art. 13º, nº 2, do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro).

I.c) A decisão de reconciliação é registada oficiosamente (art. 1795º-C, nº 3, *in fine*).

Os efeitos da reconciliação produzem-se a partir da homologação desta, sem prejuízo da aplicação, com as necessárias adaptações, do disposto nos arts. 1669º e 1670º (art. 1795º-C, nº 4), que regulam os efeitos do registo do casamento.

II. Dissolução do casamento.

II.a) A separação de pessoas e bens pode terminar pela dissolução do casamento, o que abrange quer a morte quer o divórcio.

II.b) A extinção da separação de pessoas e bens por conversão em divórcio.

A separação de pessoas e bens pode ser convertida em divórcio a todo o tempo, mediante requerimento de ambos os cônjuges (art. 1795º-D, nº 2).

Decorrido um ano sobre o trânsito em julgado da sentença ou da decisão do conservador que decretou a separação de pessoas e bens, sem que os cônjuges se tenham reconciliado, qualquer deles pode requerer a conversão da separação em divórcio (art. 1795º-D, nº 1, adaptado em razão da competência do conservador do registo civil em matéria de separação de pessoas e bens).

O processo de conversão da separação de pessoas e bens em divórcio é especificamente regulado pelos arts. 5º, nº 1, al. e), 6º e 7º a 11º do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro.

II.c) A Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, encurtou o prazo para efeitos de conversão unilateral da separação de pessoas e bens em divórcio (art. 1795º-D, nº 1). Antes, dois anos; agora, apenas um ano.

Naturalmente, por força da abolição da declaração de culpa no divórcio, o nº 4 do art. 1795º-D foi expressamente revogado.

Será que a conversão constitui a única forma de obtenção do divórcio, após a separação de pessoas e bens?

Antes da lei de 2008, alguma doutrina⁹⁸³ considerava que, após a separação de pessoas e bens, qualquer um dos cônjuges podia intentar a todo o tempo uma acção de divórcio autónoma, nos termos gerais. Entre os argumentos aduzidos por essa doutrina contava-se a necessidade de sancionar, mediante a declaração de culpa, um cônjuge que tivesse assumido comportamentos

censuráveis para com o outro, durante a separação de pessoas e bens, e a ideia de que não parecia correcto admitir a permanência do vínculo matrimonial até se atingir o período exigido para efeitos de conversão unilateral, quando um cônjuge tivesse assumido tais comportamentos, p.e., comportamentos de violência para com o outro.

Outra era a minha opinião, pelas razões que se encontrem expostas em edição anterior⁹⁸⁴.

Ora, mantenho tal opinião, mas com base noutros argumentos. É verdade que a lei de 2008 pretende facilitar o mais possível a dissolução por divórcio e que revogou o nº 3 do art. 1795º-D (preceito que permitia a um cônjuge requerer a conversão, em qualquer altura, se o outro tivesse cometido adultério). No entanto, a Lei revela um espírito genericamente adverso à intervenção judicial, diminuiu para metade o prazo exigido para a conversão unilateral e aboliu a declaração de culpa no divórcio.

Por isto, parece-me que a opção pela separação de pessoas e bens em vez do divórcio corresponde a um risco assumido pelas partes: o de manter formalmente o vínculo matrimonial até à altura em que se possa converter a separação em divórcio. Na pior das hipóteses, haverá que esperar um ano a contar da sentença ou do despacho. Os comportamentos violentos ou outros eventualmente ocorridos nesse período são tal como aqueles que foram praticados na constância do matrimónio ou após o divórcio sancionáveis nos termos gerais – mediante os mecanismos de responsabilidade criminal ou civil.

Salvo melhor reflexão, a conversão constitui a única forma de obtenção do divórcio, após a separação de pessoas e bens.

⁹⁸³ PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 574-580; ANTUNES VARELA, *DF* pp. 533, nota 1, e 538; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *CC* 1795º-D (2).

⁹⁸⁴ DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2008, pp. 599-600.

Capítulo III – Extinção do vínculo matrimonial

Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 583; Antunes Varela, *DF* 469-472.

A extinção do vínculo matrimonial pode assumir duas formas: retroactiva, que corresponde à invalidade do casamento; não retroactiva que se identifica com a dissolução do casamento e abrange, nomeadamente, a dissolução por morte e por divórcio.

Secção I – Invalidade do casamento

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 91-97, 109-113; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 299-311; Antunes Varela, *DF* 285-305; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1625°-1648°, em particular 1647° e 1648°; Leite de Campos, *DFS* 215-225; Pamplona Corte-Real, *Relatório* 107.

29. Valores negativos do casamento civil

Os valores negativos do casamento civil (celebrado por forma civil ou por forma religiosa) são dois: inexistência e anulabilidade (cf. art. 1627°). A nulidade é um desvalor exclusivo do casamento católico.

29.1. Inexistência

A inexistência é qualificada como invalidade pela lei matrimonial (cf. art. 1627° *a contrario*), contra o que se ensina em Teoria Geral do Direito Civil.

I. Causas de inexistência do casamento.

As causas de inexistência são unicamente as que figuram no art. 1628° (cf. art. 1627°, que consagra o princípio da tipicidade na sua

parte final): celebração de casamento não urgente perante quem não tinha competência para o acto (al. a)); não homologação de casamento urgente (al. b)); celebração de casamento em que tenha faltado a declaração da vontade de um ou de ambos os nubentes, ou do procurador de um deles (al. c)); celebração de casamento por intermédio de procurador; depois de terem cessado os efeitos da procuração, ou quando esta não tenha sido outorgada por quem nela figura como constituinte, ou quando seja nula por falta de concessão de poderes especiais para o acto ou de designação expressa do outro nubente (al. d)).

A Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, revogou a al. e) do art. 1628, que considerava juridicamente inexistente do casamento contraído entre pessoas do mesmo sexo.

O art. 1629° restringe o âmbito da causa de inexistência constante do art. 1628°, al. a), ao determinar que não se considera juridicamente inexistente “o casamento celebrado perante quem, sem ter competência funcional para o acto, exercia publicamente as correspondentes funções, salvo se ambos os nubentes, no momento da celebração, conheciam a falta daquela competência”.

II. Regime da inexistência do casamento.

A inexistência do casamento é invocável a todo o tempo por qualquer pessoa, independentemente de declaração do tribunal (art. 1630°, nº 2).

A inexistência exclui a produção de quaisquer efeitos jurídicos do casamento, incluindo os putativos (art. 1630°, nº 1).

Os que contraíram casamento inexistente podem voltar a casar com terceiros sem estarem obrigadas ao respeito do prazo intermupcial.

29.2. Anulabilidade

I. Causas de anulação do casamento

Tendo em conta o art. 1627°, não há outras causas de anulabilidade do casamento além das especificadas na lei.

O art. 1631º enuncia três grupos de causas de anulabilidade: impedimento dirimente; falta ou vícios da vontade; e ausência de testemunhas, quando a presença das mesmas seja exigidas por lei.

Sobre os impedimentos dirimentes, cf., *supra*, Parte III, nº 3.2. II.

Sobre o que a lei designa como falta ou vícios da vontade, cf., *supra*, Parte III, nº 3.3. II e III.

Sobre a necessidade de testemunhas na celebração do casamento, cf., *supra*, Parte III, nº 4.2. II.

II. Regime da acção de anulação.

O casamento só pode ser anulado mediante sentença em acção especialmente intentada para esse fim (art. 1632º). Antes disso, a anulabilidade não é invocável para nenhum efeito, judicial ou extrajudicial.

O art. 1633º, nº 2, exclui a aplicação ao casamento do disposto no art. 287º, nº 2 (preceito que, na Parte Geral, admite a arguição da anulabilidade do negócio que não estiver cumprido, sem dependência de prazo, tanto por via de acção como por via de excepção).

Os arts. 1639º a 1642º determinam a legitimidade para intentar a acção de anulação, em função da causa de anulabilidade que é invocada.

Os arts. 1643º-1646º prevêm os prazos da acção de anulação do casamento, também em função da causa de anulabilidade invocada.

O nº 1 do art. 1633º aponta situações em que se considera sanada a anulabilidade do casamento.

Mas o regime da acção de anulação já foi considerado a propósito das várias causas de anulabilidade (cf., *supra*, Parte III, nºs 3.2. II; 3.3. II e III; 4.2. II).

III. Efeitos da anulação.

A anulação implica a cessação dos efeitos do casamento, com carácter retroactivo (arts. 289º, nº 1, e 1688º). Tudo se passa, em princípio, como se o casamento não tivesse sido celebrado.

As partes do casamento anulado podem voltar a casar com outrem, mas têm de observar o prazo internupcial (arts. 1604º, al. b), e 1605º).

As disposições testamentárias feitas por um cônjuge em benefício do outro caducam (art. 2317º, al. d)).

30. A nulidade do casamento católico

A nulidade é um desvalor exclusivo do casamento católico, que não pode ser inexistente nem anulado (cf. art. 1625º e respectiva interpretação sistemática; art. 16º da Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé, de 2004).

30.1. Causas de nulidade e regime da declaração de nulidade

A declaração de nulidade compete aos tribunais eclesiásticos, que aplicam Direito Canónico.

Cf. câns. 1073 e s., 1671 e s. do CDC.

30.2. Regime dos efeitos civis da declaração de nulidade

I. De acordo com o art. 16º, nº 1, da Concordata de 2004, e com o art. 1626º, na versão do Decreto-Lei nº 100/2009, de 11 de Maio, as decisões das autoridades eclesiásticas que declarem a nulidade do casamento produzem efeitos civis, a requerimento de qualquer das partes, após revisão e confirmação, nos termos do direito português, pelo competente tribunal do Estado português.

É assim afastada a solução que antes vigorava no nosso ordenamento: as decisões de nulidade das autoridades eclesiásticas

eram transmitidas ao tribunal da Relação territorialmente competente, que as tornava executórias, sem necessidade de revisão e confirmação (cf. art. 1626º, nº 1, na redacção de 1966)⁹⁸⁵.

No processo de revisão e confirmação, o tribunal do Estado português verifica se as decisões de nulidade são autênticas, se dimanam do tribunal competente, se respeitam os princípios do contraditório e da igualdade e se não colidem, nos resultados, com os princípios da ordem pública internacional do Estado português (art. 16º, nº 2, da Concordata de 2004).

Após revisão e confirmação das decisões eclesiásticas, estas são averbadas aos assentos de casamento (art. 7º, nº 3, do CRC, na redacção do Decreto-Lei nº 100/2009, de 11 de Maio). Os efeitos da nulidade do casamento católico são idênticos aos da anulação do casamento civil.

II. O reconhecimento de efeitos civis às sentenças de nulidade do casamento católico dos tribunais eclesiásticos pode originar uma contradição com os efeitos da sentença de divórcio decretada pelo tribunal estatal⁹⁸⁶.

⁹⁸⁵ Contra a situação anterior de livre produção de efeitos das decisões eclesiásticas em Portugal, independentemente de qualquer controlo, cf. PAULA COSTA E SILVA, *A jurisdição nas relações entre Portugal e a Santa Sé (os Regulamentos (CE) N. 1347/2000 e N. 2201/2003 e a Concordata)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 45 e s. Sobre o tema dos efeitos civis das decisões eclesiásticas matrimoniais em Portugal (antes e depois da Concordata de 2004) e no Brasil (que celebrou uma Concordata com a Santa Fé em 2008), cf. PAULA COSTA E SILVA/JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, "As concordatas e o impacto político dos sistemas de reconhecimento das decisões eclesiásticas em matéria matrimonial", *Revista de Processo*, ano 35, nº 179, Janeiro 2010, Brasil, Editora Revista dos Tribunais, pp. 109-137.

⁹⁸⁶ Cf. ROSA MARTINS, "O reconhecimento da sentença de nulidade do casamento católico dos tribunais eclesiásticos em Portugal – a possível contradição dos seus efeitos civis com os da sentença de divórcio dos tribunais do Estado", em *Família, consciência* pp. 241-273.

Não se verificando a excepção de caso julgado, um casamento católico dissolvido por divórcio pode vir a ser declarado nulo. Ora, o regime dos efeitos patrimoniais do divórcio e da nulidade não coincidem. Para além da hipotética produção de eficácia putativa (cf. o número seguinte) pelo casamento que foi declarado nulo, o art. 1790º, sobre a partilha dos bens do casal, institui um regime específico para o casamento dissolvido por divórcio (ou separação de pessoas e bens).

Falta uma norma que permita resolver a questão, afigurando-se necessária uma intervenção legislativa destinada a prevenir a assinalada divergência de efeitos.

31. Casamento putativo

31.1. Noção e natureza jurídica

O casamento putativo é o casamento anulado ou declarado nulo que produz efeitos, como se fosse válido, normalmente, até ao trânsito em julgado da sentença de anulação ou até ao averbamento no registo civil da decisão de nulidade (cf. art. 1647º, nºs 1 e 3).

O instituto não se aplica aos casamentos inexistentes (cf. art. 1630º, nº 1, última parte).

Constituindo uma excepção à regra do art. 289º, o casamento putativo assume a natureza de um "facto material, que se revela pela aparência dum casamento, e a que a lei atribui efeitos análogos aos desse acto"⁹⁸⁷.

⁹⁸⁷ PIRES DE LIMA, *O casamento putativo no Direito Civil português*, Coimbra, Coimbra Editora, 1929, p. 27.

31.2. Requisitos gerais do casamento putativo

Os requisitos gerais do casamento putativo são três (arts. 1630º, nº 1, e 1647º): a) existência do casamento; b) anulação do casamento civil ou declaração de nulidade do casamento católico; c) casamento contraído de boa fé pelo menos por um dos cônjuges.

Nos termos do art. 1648º, nº 1, considera-se de boa fé o cônjuge que tiver contraído o casamento na ignorância desculpável do vício causador da nulidade ou anulabilidade, ou cuja declaração de vontade tenha sido extorquida por coacção física ou moral. O preceito consagra, portanto, um conceito híbrido de boa fé: “ignorância desculpável do vício...” (boa fé subjectiva ética) ou declaração de vontade extorquida por coacção física ou moral (boa fé objectiva).

A boa fé dos cônjuges presume-se e o seu conhecimento compete aos tribunais do Estado português, mesmo que se esteja perante casamento católico que foi declarado nulo (art. 1648º, nºs 2 e 3).

O facto de não ser requisito geral da eficácia putativa a boa fé de terceiros, mas a boa fé de pelo menos um dos cônjuges, mostra que o instituto do casamento putativo visa a protecção das partes que contraíram o casamento, e não a protecção de terceiros⁹⁸⁸.

31.3. Regime geral de eficácia putativa

O regime geral de eficácia putativa encontra-se previsto nos arts. 1647º e 1648º⁹⁸⁹, variando em razão do número de cônjuges de boa fé, ambos ou um deles.

⁹⁸⁸ Cf., porém, a interpretação algo distinta de MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1985, § 18º, nº 49, IX-X, pp. 505-508.

⁹⁸⁹ É para este regime que remetem as ressalvas dos arts. 1716º, 1760º, nº 1, al. a), e 1766º, nº 1, al. b).

I. Boa fé de ambos os cônjuges.

O casamento anulado ou declarado nulo, quando contraído de boa fé por ambos os cônjuges, produz os seus efeitos em relação aos cônjuges e a terceiros (art. 1647º, nºs 1 e 3).

II. Boa fé de apenas um dos cônjuges.

Se apenas um dos cônjuges tiver contraído o casamento de boa fé, só ele pode recorrer ao instituto geral do casamento putativo, havendo, porém, que distinguir a eficácia do casamento que é oponível ao outro cônjuge daquela que se produz perante terceiros (cf. art. 1647º, nºs 2 e 3).

O cônjuge de boa fé pode invocar, perante o cônjuge de má fé, todos os efeitos do casamento.

O cônjuge de boa fé pode invocar, perante terceiros, os efeitos do casamento que “sejam mero reflexo das relações havidas entre os cônjuges” (efeitos decorrentes das relações directamente estabelecidas entre os cônjuges: v.g., direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente; regime jusmatrimonial dos actos de administração, disposição e dívidas⁹⁹⁰).

O cônjuge de boa fé não pode invocar, perante terceiros, a subsistência do vínculo de afinidade ou da doação para casamento feita por terceiro, por se estar perante efeitos emergentes de relações directas entre os cônjuges e terceiros.

Apesar da letra do art. 1647º, nº 2, que confere ao cônjuge de boa fé a faculdade de ele se arrogar dos “benefícios do estado matrimonial”, o cônjuge de boa fé que invocar para si os efeitos favoráveis do estado matrimonial fica sujeito aos efeitos desfavoráveis do casamento. O estatuto do cônjuge que contrai um casamento inválido não pode ser mais vantajoso do que o estatuto do cônjuge que contrai um casamento válido⁹⁹¹.

⁹⁹⁰ Diferentemente, quanto ao regime dos actos de disposição, CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* pp. 112-113.

⁹⁹¹ Cf. ANTUNES VARELA, *DF* pp. 302-303.

III. Como se sabe, o segundo casamento celebrado por pessoa que ainda esteja casada é inválido (arts. 1601º, al. c), e 1631º, al. a)).

No entanto, sendo configuráveis situações de bigamia em que, pelo menos, um dos cônjuges do segundo casamento esteja de boa fé, o instituto do casamento putativo obsta ao carácter absoluto do princípio da monogamia. Ou seja, é possível pensar em situações de eficácia simultânea de dois ou mais casamentos contraídos pela mesma pessoa.

A invalidade do segundo casamento não exclui pretensões patrimoniais do segundo cônjuge que esteja de boa fé (nomeadamente, porque o primeiro casamento só veio a ser registado depois de ter sido celebrado o segundo ou porque o segundo cônjuge foi coagido a casar pelo próprio consorte ou por terceiros), que, por vezes, concorrem com as pretensões patrimoniais do primeiro cônjuge do bigamo⁹⁹². Se os dois casamentos foram contraídos segundo um regime de comunhão, ambos os cônjuges do bigamo têm direito a uma meação que pode incluir os bens levados para o casamento ou adquiridos, na constância do matrimónio, a título gratuito pelo bigamo. Por exemplo, *A* casou, no regime da comunhão geral, com *B* e, a seguir, com *C*, sem que o primeiro casamento tivesse sido dissolvido. Em ambos os casos, o único bem relevante que integra a comunhão é o imóvel *x*, que *A* tinha já na altura do primeiro casamento e mantinha no momento em que celebrou o segundo. O imóvel foi avaliado em 100. A meação de *A* é quantificada em 50. A outra meação, estimada em 50, será repartida entre *B*, enquanto parte de um casamento válido, e *C*, enquanto cônjuge de boa fé num casamento inválido⁹⁹³. Algo de

⁹⁹² Cf. DUARTE PINHEIRO, *Poligamia* pp. 64-66. De outra forma, PIERRE GUILHO, que, em nota a uma decisão judicial francesa (Lyon, 21-5-1974, *Recueil Dalloz* 1975.9), exclui uma aplicação do instituto do casamento putativo que restrinja os direitos do primeiro cônjuge.

⁹⁹³ Dependendo actualmente a vigência do regime da comunhão geral de bens da celebração de uma convenção antenupcial, há que atender ao art. 1716º,

semelhante acontece se *A* morrer antes de transitar em julgado a sentença de anulação do segundo casamento. Concorrem à respectiva sucessão os dois cônjuges⁹⁹⁴, com direitos iguais.

31.4. Casos especiais de eficácia putativa

I. Presunção de paternidade.

Ao abrigo do art. 1827º, a anulação ou declaração de nulidade do casamento, ainda que contraído de má fé por ambos os cônjuges, não exclui a presunção de que o pai é o marido da mãe. Isto é, não se exige o requisito da boa fé para a produção do efeito do casamento que consiste na presunção de paternidade.

Estabelecida ou constituída a paternidade do marido da mãe, as regras aplicáveis ao exercício das responsabilidades parentais, no caso de declaração de nulidade ou anulação do casamento, são as mesmas que estão previstas para o caso de divórcio ou separação de pessoas e bens (arts. 1905º e 1906º).

II. Alimentos.

Tendo sido declarado nulo ou anulado o casamento, o art. 2017º determina que o cônjuge de boa fé conserva o direito de alimentos após o trânsito em julgado da decisão respectiva.

Aqui a especialidade reside no facto de a eficácia putativa do casamento ultrapassar a data do trânsito em julgado da sentença de anulação ou do averbamento no registo civil da decisão de nulidade.

que, ao apontar a invalidade do casamento como um dos casos de caducidade da convenção, ressalva o disposto em matéria de casamento putativo.

⁹⁹⁴ O segundo cônjuge, por força do instituto do casamento putativo ou por força do decurso do prazo de anulação, que é até seis meses depois da dissolução do casamento (cf. art. 1643º, nº 1, al. c)).

III. Nacionalidade.

O art. 3º, nº 2, da Lei da Nacionalidade estabelece que a declaração de nulidade ou anulação do casamento não prejudica a nacionalidade adquirida pelo cônjuge que o contraiu de boa fé.

Deste modo, depara-se com um desvio ao que é prescrito no art. 1647º, nº 2: embora a nacionalidade corresponda a uma relação directamente estabelecida entre o cônjuge e o Estado, um cônjuge pode invocar a nacionalidade portuguesa adquirida em caso de casamento, ainda que seja o único que tenha contraído de boa fé o casamento que foi anulado ou declarado nulo.

Secção II – Dissolução por morte

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 182-183; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDFI* 584-586; Leite de Campos, *DFS* 283.

32. Efeitos da dissolução por morte

I. A cessação da generalidade dos efeitos do casamento.

A morte de um dos cônjuges acarreta a cessação da generalidade dos efeitos pessoais e patrimoniais do casamento (art. 1688º), que opera para o futuro. Deste modo, pode proceder-se à partilha dos bens do casal (cf., *supra*, Parte III, nº 25).

O cônjuge sobrevivente pode casar, após o decurso do prazo internupcial (arts. 1604º, al. b), e 1605º).

II. Efeitos do casamento não afectados pela morte do cônjuge.

Apesar da extinção do casamento, as relações de afinidade que ligam o cônjuge sobrevivente aos parentes do outro subsistem (art. 1585º, segunda parte).

O cônjuge sobrevivente que tiver acrescentado ao seu nome apelidos do outro conserva-os (art. 1677º-A, primeira parte). Contudo, o viúvo pode perder os apelidos do cônjuge falecido em duas situações: segundas núpcias, se não declarar até à celebração do

novo casamento que pretende conservar tais apelidos (art. 1677º-A, segunda parte); privação judicial do uso do nome, a pedido dos descendentes, ascendentes e irmãos do cônjuge falecido, “quando aquele uso lese gravemente os interesses morais” da família do defunto.

III. Atribuição de direitos e prerrogativas ao cônjuge sobrevivente.

Com a morte do cônjuge, cabem ao outro os seguintes direitos e prerrogativas:

- a) O direito de suceder como herdeiro legal do *de cuius*, se não estiver separado de pessoas e bens (arts. 2133º, nº 1, alíneas a) e b), nº 3, e 2157º).
- b) O direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido, que é conhecido como apanágio do cônjuge sobrevivente (art. 2018º).
- c) O direito à transmissão por morte da posição de arrendatário habitacional que pertencia ao *de cuius*, se, no momento da morte, o cônjuge sobrevivente residia no locado, independentemente de estar ou não separado de pessoas e bens ou de facto (art. 1106º, nº 1, a); art. 57º, nº 1, al. a), da Lei nº 6/2006, de 27/5)⁹⁹⁵.
- d) A atribuição preferencial, na partilha, do direito de habitação da casa de morada de família e do direito de uso do respectivo recheio (arts. 2103º-A a 2103º-C).
- e) O direito à indemnização por danos não patrimoniais sofridos com a morte da vítima, se não estiver separado de pessoas e bens (art. 496º, nº 2).

⁹⁹⁵ Recorde-se que antes da entrada em vigor da Lei nº 6/2006, de 27 de Fevereiro, que aprovou o NRAU, outra era a orientação legal: o benefício da transmissão era conferido unicamente ao cônjuge do arrendatário que não estivesse separado de pessoas e bens ou de facto (art. 85º, nº 1, al. a), do RAU). Em vez da transmissão, a morte do arrendatário pode desencadear a concentração do arrendamento no cônjuge sobrevivente: cf. DUARTE PINHEIRO, *Morte do arrendatário* pp. 916-917.

- f) A legitimidade para requerer providências preventivas ou atenuantes da ofensa à memória do cônjuge falecido (arts. 71º, nº 2, 73º, 75º, nº 2, 76º, nº 2, e 79º, nº 1).
- g) O exercício exclusivo das responsabilidades parentais sobre os filhos menores do casal (art. 1904º).

Secção III – Divórcio

33. Generalidades

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 184-185; Duarte Pinheiro, *Ensino* 40-41, 50-51, 94-99; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 586-601; Antunes Varela, *DF* 473-488, 507-509; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1773º; Leite de Campos, *DFS* 284-291; Pamplona Corte-Real, *Relatório* 115-116; Teixeira de Sousa, *Divórcio* 1-8, 10-21; Eduardo dos Santos, *Divórcio* 145-153.

33.1. Noção de divórcio; evolução histórica do respectivo regime

I. Noção de divórcio.

O divórcio é uma causa de dissolução do casamento decretada pelo tribunal ou pelo conservador do registo civil, a requerimento de um ou dos dois cônjuges.

II. Evolução histórica do regime de divórcio em Portugal.

Até 1910, o divórcio não era admitido. O Código Civil de 1867 previa unicamente o instituto da separação de pessoas e bens (arts. 1204º e s.).

A história portuguesa da legislação do divórcio começa pouco depois da instauração da República, com a publicação do Decreto de 3 de Novembro de 1910, conhecido como Lei do Divórcio.

Ao longo de toda a história lusitana do divórcio, que conta agora quase 100 anos, observa-se um ponto em comum: a consagração do princípio do divórcio directo. Isto é, embora admitindo o instituto

da separação judicial de pessoas e bens, o legislador, em regra, não faz depender a concessão do divórcio de uma prévia separação de pessoas e bens. Os pressupostos do divórcio e da separação de pessoas e bens são, normalmente, idênticos, cabendo aos cônjuges optar por uma das duas soluções.

A Lei do Divórcio de 1910 é uma das leis mais liberais do mundo da época, em matéria de dissolução de casamento. O diploma fixa um sistema em que o divórcio tanto pode ser concedido por via litigiosa como por mútuo consentimento. E o divórcio litigioso podia ser decretado quer por causas subjectivas (por exemplo, adultério), quer por causas objectivas (por exemplo, separação de facto).

Todavia, no início da II Guerra Mundial, é assinada a Concordata de 1940 entre Portugal e a Santa Sé, que proíbe o divórcio para os casamentos católicos que viessem a ser celebrados futuramente, o que representa uma substancial viragem na concepção do sistema de dissolução do casamento. Note-se que entre 1940 e 1975 a esmagadora maioria da população portuguesa (cerca de 90%) contraiu casamento segundo o rito da Igreja Católica.

O Código Civil de 1966, na sua versão originária, manteve a proibição do divórcio no caso de casamento católico celebrado após a Concordata de 1940; e restringiu fortemente a faculdade de divórcio, no caso de casamento civil, abolindo o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso com base em causas objectivas.

Em 25 de Abril de 1974 ocorre a chamada “Revolução dos Cravos”, que, à semelhança de outro preponderante momento político do século XX português (que foi a instauração da República), teve profundas repercussões no regime do divórcio.

No ano seguinte, em 1975, é assinado o Protocolo Adicional à Concordata de 1940, que permitiu que, daí em diante, pudesse requerido o divórcio tanto nos casamentos civis como nos casamentos católicos.

Em 1977 verifica-se a Reforma do Código Civil, que estabelece os traços essenciais do regime que irá vigorar em Portugal durante

mais de 30 anos. Na versão da Reforma, o Código Civil consagra duas modalidades de divórcio: o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso. O divórcio litigioso pode ser decretado com fundamento em causas subjectivas (violação grave de deveres conjugais) ou em causas objectivas (v.g., separação de facto). No divórcio litigioso, o juiz deve declarar a culpa dos cônjuges, quando a haja. A declaração de um dos cônjuges como único ou principal culpado da ruptura da vida em comum tem para ele consequências patrimoniais negativas no domínio da partilha, das doações e dos alimentos.

Entre a Reforma de 1977 e 2008, o regime do divórcio foi alterado três vezes (Decreto-Lei nº 163/95, de 13 de Julho, Lei nº 47/98, de 10 de Agosto, e Decreto-Lei nº 272/2001, de 13 de Outubro). Deste modo, nas vésperas da entrada em vigor da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, o divórcio por mútuo consentimento, que corresponde a cerca de 90% do total dos divórcios, podia ser requerido pelos cônjuges a todo o tempo (e, portanto, no próprio dia do casamento) e era decretado pelo conservador do registo civil.

A lei de 2008 modifica substancialmente o desenho do divórcio litigioso (em sentido restrito), agora designado como “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”. O divórcio litigioso, ou sem consentimento, é requerido com fundamento em causas objectivas amplas (“qualquer facto que mostre a ruptura definitiva do casamento”), perdendo autonomia a violação culposa de deveres conjugais; além disso, deixa de haver declaração de culpa dos cônjuges, pelo que o comportamento das partes na constância do matrimónio é, em geral, tido como irrelevante na determinação dos efeitos da dissolução do casamento.

33.2. Modalidades de divórcio

I. São duas as principais classificações de modalidades de divórcio. Uma primeira classificação contrapõe o divórcio por mútuo consentimento ao divórcio sem consentimento de um

dos cônjuges, com base no critério da vontade das partes. Outra, opõe o divórcio judicial ao administrativo, atendendo à entidade competente para decretar a dissolução do casamento.

II. A primeira classificação é inequivocamente a mais relevante: é expressamente mencionada no art. 1773º, nº 1, e condiciona a competência das entidades estatais.

O divórcio por mútuo consentimento é requerido na conservatória do registo civil por ambos os cônjuges, de comum acordo, ou no tribunal se os cônjuges não acompanharem o requerimento de divórcio com todos os acordos que são exigidos nos termos do art. 1775º, nº 1 (art. 1773º, nº 2).

O divórcio por mútuo consentimento pode ser: por mútuo consentimento quanto à dissolução do casamento e quanto a matérias complementares; e litigioso quanto a matérias complementares.

O divórcio sem consentimento de um dos cônjuges é requerido no tribunal por um dos cônjuges contra o outro, com fundamento em determinada causa (art. 1773º, nº 3), correspondendo a um divórcio litigioso em sentido restrito.

Se houver acordo dos cônjuges, o divórcio sem consentimento dos cônjuges pode ser convertido em divórcio por mútuo consentimento (cf. art. 1774º, nº 2).

III. O regime do divórcio litigioso em sentido amplo (que abarca o divórcio sem mútuo consentimento quanto à dissolução ou/e quanto a matérias complementares) pode ter por base o princípio da culpa (modelo francês) ou o princípio da ruptura (modelo alemão, após 1976).

Inspirando-se no princípio da culpa, a lei faz depender a obtenção de divórcio litigioso por parte de um cônjuge de uma violação culposa dos deveres conjugais pelo outro ou/e sujeita o cônjuge a quem é imputável a consequências patrimoniais negativas no campo da dissolução do casamento.

Inspirando-se no princípio da ruptura, o legislador regula, em regra, os pressupostos e os efeitos do divórcio sem o consentimento

de um dos cônjuges, abstraindo da questão da responsabilidade na ruptura.

IV. Seguindo a outra classificação, o divórcio será judicial ou administrativo, conforme seja decretado pelo tribunal ou pela conservatória do registo civil.

Como resulta do que se afirmou anteriormente, o divórcio por mútuo consentimento é tendencialmente administrativo. Se o requerimento de divórcio por mútuo consentimento for acompanhado pelos acordos acessórios exigidos, o divórcio será requerido na conservatória. Contudo, se esses acordos não forem homologados ou aprovados pela entidade estatal competente, o processo será remetido ao tribunal, ao qual competirá decretar o divórcio (art. 1778º).

Havendo consenso quanto ao pedido de divórcio, mas divergência relativamente aos assuntos que deviam ser objecto de acordo entre as partes, o divórcio por mútuo consentimento terá de ser requerido no tribunal.

O divórcio litigioso em sentido amplo (divórcio por mútuo consentimento que abarca unicamente o pedido de dissolução, e não todas as matérias complementares, e divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges) é necessariamente judicial: só pode ser requerido no e decretado pelo tribunal.

33.3. O direito ao divórcio

I. Admissibilidade do divórcio, independentemente da modalidade ou da forma do casamento.

À luz do art. 36º, nº 2, da CRP, é admissível a dissolução por divórcio de qualquer casamento, seja qual for a modalidade ou a forma do acto. O divórcio pode ser requerido por quem tenha celebrado casamento civil por forma civil, casamento civil religioso ou casamento católico.

II. Características do direito ao divórcio.

II.a) O direito ao divórcio enquadra-se na categoria dos direitos potestativos: consiste no poder de produzir determinado efeito jurídico, que é a extinção da relação matrimonial.

II.b) O direito ao divórcio tem carácter pessoal (cf. art. 1785º, nºs 1 e 3): pertence aos cônjuges enquanto tais, pelo que, em regra, é intransmissível e tem de ser exercido por eles próprios.

Ao arripio do princípio da intransmissibilidade, é admitida somente a possibilidade de a acção de divórcio poder ser continuada pelos herdeiros do autor para efeitos patrimoniais, se o cônjuge autor falecer na pendência da causa (art. 1785º, nº 3).

O princípio do exercício pessoal do direito ao divórcio conhece várias excepções: o requerimento do divórcio por mútuo consentimento pode ser assinado por procuradores dos cônjuges (cf. proémio do art. 1775º, nº 1); mediante autorização do conselho de família, o representante legal do cônjuge interdito pode intentar, em nome deste, a acção contra o outro cônjuge (art. 1785º, nº 2, 1ª parte); se o representante legal daquele que pode pedir o divórcio for o próprio cônjuge, mediante autorização do conselho de família, a acção pode ser intentada por qualquer por qualquer parente na linha recta ou até ao terceiro grau da linha colateral do interdito (art. 1785º, nº 2, 2ª parte); na tentativa de conciliação em processo de divórcio litigioso, admite-se a representação das partes por mandatários especiais, quando elas estejam ausentes do continente ou da ilha onde correr o processo (art. 1407º, nº 1, do CPC); o mesmo acontece na conferência em processo de divórcio por mútuo consentimento (art. 1420º, nº 2, do CPC, e art. 14º, nº 8, do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro).

II.c) O direito ao divórcio é um direito irrenunciável. A irrenunciabilidade do direito decorre da sua conexão com a liberdade matrimonial e a tutela da personalidade: o divórcio permite a

reaquisição da capacidade matrimonial e põe fim a um compromisso com alcance amplo no plano pessoal.

34. Divórcio por mútuo consentimento

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 185-187; Rita Lobo Xavier, *Divórcio* 14-23; Cristina Dias, *Divórcio* 29-36; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 601-615; Antunes Varela, *DF* 511-515; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1775º-1778º; Leite de Campos, *DFS* 293-294; Teixeira de Sousa, *Divórcio* 25-32; Eduardo dos Santos, *Divórcio* 125-127, 133-136, 260-264.

34.1. Pressupostos

O divórcio por mútuo consentimento pressupõe que ambos os cônjuges estejam de acordo quanto à dissolução do casamento (art. 1773º, nº 2).

O respectivo requerimento pode ser apresentado a todo o tempo, não sendo exigido um período mínimo de duração do casamento (proémio do art. 1775º, nº 1).

34.2. Processo

I. No início do processo de divórcio⁹⁹⁶, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar (art. 1774º).

II. As regras processuais do divórcio por mútuo consentimento encontram-se nos arts. 1775º a 1778º-A; arts. 271º-274º do

CRC; art. 14º do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro; arts. 1419º a 1424º do CPC.

O processo de divórcio por mútuo consentimento varia consoante corra na conservatória do registo civil ou no tribunal.

III. O divórcio por mútuo consentimento pode ser instaurado na conservatória do registo civil, mediante requerimento assinado pelos cônjuges ou seus procuradores, acompanhado pelos documentos enumerados no art. 1775º, nº 1: relação especificada dos bens comuns, acordo sobre a partilha ou pedido de elaboração do mesmo; certidão da sentença judicial que tiver regulado o exercício das responsabilidades parentais ou acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais quando existam filhos menores e não tenha previamente havido regulação judicial; acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça; acordo sobre o destino da casa de morada de família; certidão da escritura da convenção antenupcial, caso tenha sido celebrada.

Caso outra coisa não resulte dos documentos apresentados, entende-se que os vários acordos neles contidos se destinam tanto ao período da pendência do processo como ao período posterior (art. 1775º, nº 2; art. 272º, nº 2, do CRC, e art. 1419º, nº 2, do CPC).

Recebido o requerimento, o conservador informa os cônjuges da existência dos serviços de mediação familiar (art. 14º, nº 3, 1ª parte, do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro).

Mantendo os cônjuges o propósito de se divorciarem, o conservador convoca os cônjuges para uma conferência, em que verifica o preenchimento dos pressupostos legais e aprecia os acordos que foram apresentados pelas partes com o requerimento de divórcio (art. 1777º, nº 1, 1ª parte). O desenrolar do processo depende, nos termos dos arts. 1777º e 1778º, do juízo que merecerem esses acordos. Para formular tal juízo, o conservador pode determinar a prática de actos e a produção de prova eventualmente necessária.

Se os acordos apresentados acautelarem suficientemente os interesses de ambos os cônjuges e dos filhos, o conservador homologa os acordos e decreta o divórcio; no caso contrário, o conservador convida os cônjuges a alterar os acordos. Se forem efectuadas as modificações necessárias para salvaguardar o interesse de ambos os cônjuges, o conservador homologa os acordos e decreta o divórcio, procedendo-se ao correspondente registo. Não sendo efectuadas tais modificações, a homologação é recusada e o processo de divórcio é integralmente remetido para o tribunal.

As decisões proferidas pelo conservador do registo civil no divórcio por mútuo consentimento produzem os mesmos efeitos das sentenças judiciais sobre idêntica matéria.

Da decisão do conservador cabe recurso para o tribunal da Relação (art. 274º, nº 1, do CRC).

IV. Particularidades do processo quando tenha sido apresentado acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais.

Se for apresentado pelos cônjuges acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais, a tramitação do processo de divórcio por mútuo consentimento na conservatória será distinta (cf. art. 1776º-A; art. 14º, nº 4 e s., do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro).

O processo é enviado ao Ministério Público para que se pronuncie sobre o acordo (no prazo de 30 dias), antes da conferência de divórcio.

Se o Ministério Público considerar que o acordo acautela devidamente os interesses dos menores ou se o acordo tiver sido alterado pelos cônjuges nos termos indicados pelo Ministério Público, será marcada a conferência.

O conservador não pode então recusar a homologação do acordo. Com o divórcio, é homologado o acordo.

Se o Ministério Público propuser alterações ao acordo que não forem acatadas pelos cônjuges, o processo é remetido ao tribunal, caso as partes mantenham o propósito de se divorciarem.

V. O divórcio por mútuo consentimento é requerido no tribunal, se os cônjuges não o acompanharem de algum dos acordos previstos no art. 1775º, nº 1⁹⁹⁷. Nesta hipótese, a tramitação é regulada especificamente pelo art. 1778º-A.

Recebido o requerimento, os cônjuges são informados da existência dos serviços de mediação familiar (por aplicação analógica do art. 14º, nº 3, 1ª parte, do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro). Em seguida, o juiz aprecia os acordos que os cônjuges tiverem apresentado, convidando-os a alterá-los se esses acordos não acautelarem os interesses de algum deles ou dos filhos. O juiz deve ainda promover o acordo dos cônjuges quanto a assuntos mencionados no art. 1775º, nº 1, que dividam as partes.

Depois, o juiz procede à fixação das consequências do divórcio, ponderando a vontade comum dos cônjuges no campo dos efeitos da dissolução do casamento.

Com vista à apreciação dos acordos apresentados e da fixação das consequências do divórcio sobre as quais não haja consenso entre as partes, o juiz pode determinar a prática de actos e a produção da prova eventualmente necessária.

Por fim, o divórcio é decretado pelo juiz, procedendo-se ao respectivo registo.

VI. O processo de divórcio por mútuo consentimento pode correr no tribunal, ainda que tenha sido requerido na conservatória ou tenha sido instaurado como divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.

Recorde-se que o processo de divórcio por mútuo consentimento requerido na conservatória é remetido para o tribunal nos casos em que as partes insistam em apresentar acordos que não acaulem

⁹⁹⁷ No entanto, a mera falta de acordo sobre a partilha ou pedido de elaboração do mesmo não constitui motivo para obstar a que o divórcio por mútuo consentimento seja instaurado na conservatória, como resulta do teor do art. 1775º, nº 1, al. a).

devidamente os interesses de ambos os cônjuges e dos filhos menores (cf. arts. 1776º-A e 1778º).

E o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges pode ser convertido em divórcio por mútuo consentimento, nos termos do art. 1779º, que prosseguirá no tribunal.

35. Divórcio litigioso sem consentimento de um dos cônjuges (ou divórcio litigioso em sentido restrito)

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 187-191; Pamplona Corte-Real, *DF* 77-85; Duarte Pinheiro, *Ensino* 416-417; Rita Lobo Xavier, *Divórcio* 23-30; Cristina Dias, *Divórcio* 36-41; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF I* 615-665; Antunes Varela, *DF* 488-506, 509-511; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1779º-1787º; Leite de Campos, *DFS* 295-299; Duarte Pinheiro, *O núcleo* 614-620, 636-647; Pamplona Corte-Real, *Relatório* 115-116; Teixeira de Sousa, *Divórcio* 33-102.

35.1. Causas

No domínio das causas, a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, introduziu as seguintes alterações: abolição do divórcio fundado na violação culposa dos deveres conjugais⁹⁹⁸; encurtamento dos prazos para concessão do divórcio fundado em causas

⁹⁹⁸ O art. 1779º, na redacção do DL nº 496/77, de 25 de Novembro, estabelecia:

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

“2. Na apreciação da gravidade dos factos invocados, deve o tribunal tomar em conta, nomeadamente, a culpa que possa ser imputada ao requerente e o grau de educação e sensibilidade moral dos cônjuges.”

objectivas⁹⁹⁹; e consagração de uma causa geral objectiva (nova versão do art. 1781º, al. d)).

O divórcio sem consentimento de um dos cônjuges implica o preenchimento de uma das situações enumeradas no art. 1781º: separação de facto¹⁰⁰⁰ por um ano consecutivo (al. 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 (al. b)); ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano (al. c)); quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento (al. d)).

Na causa geral objectiva, correspondente a “quaisquer outros factos que mostrem a ruptura definitiva do casamento” cabem as violações graves de deveres conjugais, v.g., traduzidas em violência doméstica (que contraria o dever recíproco de respeito).

Após a Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, que permitiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, a mencionada causa geral objectiva pode enquadrar uma mudança de sexo feita por um dos cônjuges na constância do matrimónio¹⁰⁰¹.

35.2. Processo

I. A legitimidade na acção de divórcio é disciplinada pelo art. 1785º.

⁹⁹⁹ O art. 1781º, na versão da Lei nº 47/98, de 10/8, enunciava as seguintes causas de divórcio litigioso: separação de facto por três anos consecutivos ou apenas por um ano, se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro; alteração das faculdades mentais, quando dure há mais de três anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum; ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a dois anos.

¹⁰⁰⁰ O art. 1782º, nº 1, define separação de facto. Esta problemática foi já tratada, *supra*, na Parte III, nº 27.1.

¹⁰⁰¹ Cf. ainda, *infra*, nº 38.

Nos termos do n° 1, o divórcio litigioso pode ser requerido por qualquer dos cônjuges, a não ser que tenha como fundamento a alteração das faculdades mentais ou a ausência do cônjuge, hipóteses em que a legitimidade assiste apenas ao outro cônjuge.

Estando interdito o cônjuge que pode pedir o divórcio, tem legitimidade para intentar a acção o seu representante legal, com autorização do conselho de família; quando o representante legal seja o outro cônjuge, a acção pode ser intentada, em nome do ofendido, por qualquer parente deste na linha recta ou até ao terceiro grau da linha, mediante autorização do conselho de família.

Se uma ou ambas partes falecerem na pendência da causa, a acção pode ser continuada pelos herdeiros do autor ou contra os herdeiros do réu, mas exclusivamente para efeitos patrimoniais (n° 3 do art. 1785°), entre os quais se destaca a exclusão da sucessão legal.

II. Na sequência da revogação do art. 1786° pelo art. 8° da Lei n° 61/2008, de 31 de Outubro, a acção de divórcio não caduca.

III. Tramitação do processo.

O divórcio litigioso segue uma forma de processo especial, submetida ao disposto nos 1407° e 1408° do CPC.

Não obstante a natureza do divórcio, o consenso entre as partes é particularmente favorecido.

Ao receber o requerimento de divórcio, o tribunal informa o cônjuge que pretende a dissolução do casamento sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar (cf. art. 1774°).

No processo de divórcio, há uma tentativa de conciliação dos cônjuges (art. 1779°, n° 1; art. 1407°, n° 1, do CPC). Se a tentativa de conciliação não resultar, o juiz tentará obter o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento (art. 1779°, n° 2; art. 1407°, n° 2, do CPC). Na falta de acordo para o divórcio

por mútuo consentimento, o juiz procurará obter o acordo dos cônjuges quanto aos alimentos, quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais e quanto à utilização da casa de morada de família (art. 1407°, n° 2, do CPC). Em qualquer altura do processo, é admissível a conversão do divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento (art. 1779°, n° 2; art. 1407°, n° 3, do CPC).

35.3. Apreciação do sistema português de causas de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (ou divórcio litigioso em sentido restrito)

I. O carácter misto do sistema português.

I.a) Um sistema de divórcio litigioso em sentido restrito pode seguir o modelo de divórcio sanção, de divórcio-constatação da ruptura do casamento (ou de divórcio-falência) e de divórcio-remédio.

No modelo de divórcio-sanção, o divórcio pressupõe um acto ilícito e culposo de um cônjuge e pretende ser uma sanção para esse acto; por conseguinte, só pode ser requerido pelo cônjuge inocente.

No modelo de divórcio-constatação da ruptura do casamento, a concessão do divórcio exige um estado de vida conjugal intolerável e pretende pôr fim a essa situação; qualquer um dos cônjuges pode requerer o divórcio, independentemente do seu maior ou menor contributo para o estado de crise matrimonial.

No modelo de divórcio-remédio, o divórcio pressupõe também um estado de vida conjugal intolerável, mas essa situação é causada, com ou sem culpa, por um dos cônjuges, e o divórcio visa permitir ao outro cônjuge que se liberte do casamento; o divórcio só pode ser requerido pelo cônjuge afectado pela crise matrimonial que não provocou.

I.b) O sistema português actual de divórcio litigioso constitui um sistema misto, que combina os modelos de divórcio-constatação da ruptura e de divórcio-remédio (cf. art. 1785º, nº 1).

Antes da entrada em vigor da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, o sistema português era igualmente misto, mas combinava três modelos: divórcio-sanção (cf. art. 1779º, na redacção anterior, introduzida em 1977), divórcio-constatação da ruptura e divórcio-remédio.

II. A mudança que se verificou, em 2008, no campo dos pressupostos do divórcio, no sentido do reforço do princípio da ruptura, é de aplaudir: não fazia sentido a manutenção do divórcio fundado em violação de deveres conjugais. Havendo impossibilidade de vida em comum, o divórcio deve ser decretado porque o casamento está destituído de funcionalidade.

No entanto, isso não significa que os cônjuges não devam ser responsabilizados pelo facto de terem contribuído para a dissolução do casamento: o ilícito conjugal deve ser sancionado no plano dos efeitos específicos do divórcio (mediante cláusulas de equidade) e através do instituto da responsabilidade civil.

III. Outro aspecto da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, que merece ser referido, consiste na redução do âmbito do conceito de divórcio litigioso. Anteriormente, a noção de divórcio litigioso incluía as situações em que as partes, pretendendo ambas a dissolução do casamento, não estivessem de acordo quanto a outras matérias, conexas com os efeitos do divórcio. Agora, inclui-se, a nosso ver correctamente, tais situações no campo do divórcio judicial por mútuo consentimento (cf., *supra*, Parte III, nº 34.2. V).

36. Efeitos do divórcio

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 191-192; Pamplona Corte-Real, *DF* 77-85; Duarte Pinheiro, *Ensino* 417-418; Rita Lobo Xavier, *Divórcio* 31-59; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 665-711; Antunes Varela, *DF* 519-532; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1788º-1793º; Leite de Campos, *DFS* 301-313; Duarte Pinheiro, *O núcleo* 636-638, 648-661; Teixeira de Sousa, *Divórcio* 103-125.

36.1. O princípio da equiparação do divórcio à dissolução por morte

O art. 1788º consagra o princípio de que o divórcio tem juridicamente os mesmos efeitos da dissolução por morte.

Por conseguinte, o divórcio determina a cessação da generalidade dos efeitos pessoais e patrimoniais do casamento (art. 1688º), que opera para o futuro (com as ressalvas apontadas imediatamente, *infra*, no nº 36.2.).

O divórcio permite a partilha dos bens do casal (cf., *supra*, Parte III, nº 25).

O cônjuge divorciado pode voltar a casar, após o decurso do prazo internupcial (arts. 1604º, al. b), e 1605º).

36.2. Oponibilidade dos efeitos do divórcio

A disciplina varia consoante estejam em causa efeitos predominantemente pessoais, efeitos predominantemente patrimoniais *inter partes* ou efeitos patrimoniais perante terceiros.

Os efeitos predominantemente pessoais do divórcio produzem-se a partir do trânsito em julgado da sentença ou do despacho do conservador que decretar o divórcio (arts. 1789º, nº 1, 1ª parte, e 1776º, nº 3).

A cessação dos efeitos predominantemente patrimoniais do casamento entre partes produz-se, por retroacção, à data da apresentação do requerimento de divórcio (art. 1789º, nº 1, 2ª parte, e lógica do art. 1776º, nº 3).

Se a separação de facto entre os cônjuges estiver provada no processo judicial, qualquer deles pode requerer que os efeitos do divórcio (predominantemente patrimoniais entre eles ou predominantemente pessoais) produzam efeito, por retroacção, à data que a sentença fixará como sendo a do início daquela separação (art. 1789º, nº 2).

No entanto, os efeitos patrimoniais do divórcio só podem ser opostos a terceiros a partir da data do registo do divórcio (arts. 1789º, nº 3, e 1776º, nº 3).

36.3. Explicitação dos efeitos específicos do divórcio

I. Há excepções à tendencial equiparação dos efeitos do divórcio aos da morte (referida, *supra*, nº 36.1.). O divórcio produz, p.e., as seguintes consequências específicas: a afinidade que ligava cada um dos cônjuges aos parentes do outro cessa (art. 1585º, *a contrario*); o ex-cônjuge não pode conservar os apelidos do outro, salvo consentimento deste ou autorização do tribunal (cf. art. 1677º-B); nenhum dos cônjuges pode na partilha (familiar) receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos (art. 1790º)¹⁰⁰²; cada cônjuge perde todos os benefícios recebidos ou

¹⁰⁰² Solução imposta pela Lei nº 61/2008, de 31/10, que é tida por duvidosa pelos limites que coloca à autonomia privada, cf. CRISTINA DIAS, *Divórcio* pp. 26-27. Na perspectiva de RITA LOBO XAVIER, *Divórcio* p. 35, “esta estatuição não poderá afectar os bens que entraram no património comum até à entrada em vigor da lei; só pode aplicar-se àqueles que casaram segundo este regime depois da sua entrada em vigor e, quanto aos cônjuges que casaram anteriormente em tal regime, quando muito, só poderá excluir do património

que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado (art. 1791º), incluindo os correspondentes a disposições testamentárias feitas por um cônjuge em benefício do outro (cf. art. 2317º, al. d)); o ex-cônjuge perde o direito de suceder como herdeiro legal do outro (cf. arts. 2133º, nº 3, e 2157º).

A isto acresce a subordinação a uma disciplina distinta das matérias do exercício das responsabilidades parentais, da obrigação de alimentos e do destino da casa de morada de família, nas quais tem alguma relevância o acordo das partes manifestado no processo de divórcio por mútuo consentimento (cf., *supra*, Parte III, nº 34.2.).

II. Sobre o regime de exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, cf., *supra*, Parte I, nº 24.2.

III. Embora o art. 2009º, nº 1, al. a), determine que o ex-cônjuge que careça de alimentos tem direito a obtê-los do outro, o art. 2016º, nº 1, ao prever que “cada cônjuge deve prover à sua subsistência, depois do divórcio”, afigura-se algo restritivo na delimitação desse direito.

Nos termos do art. 2016º, nº 2, qualquer dos cônjuges tem direito a alimentos, independentemente do tipo de divórcio, isto é, seja por mútuo consentimento ou sem o consentimento de um dos cônjuges.

O direito em apreço pode ser negado por razões manifestas de equidade (art. 2016º, nº 3)¹⁰⁰³.

Beneficiando um ex-cônjuge do direito de alimentos perante o outro, importa fixar o montante da prestação.

comum a partilhar os bens que nele ingressaram após a data do início da vigência da lei”.

¹⁰⁰³ *V.g.*, se for muito chocante atribuir tal direito a um ex-cônjuge que violou gravemente deveres conjugais (cf. RITA LOBO XAVIER, *Divórcio* pp. 44-45).

Na fixação do montante dos alimentos, o tribunal deve tomar em conta a duração do casamento, a colaboração prestada à economia do casal, a idade e estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações profissionais e possibilidades de emprego, o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns, os seus rendimentos e proventos, um novo casamento ou união de facto e, de modo geral, todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta (art. 2016º-A, nº 1).

O novo casamento ou a união de facto que o tribunal deve tomar em conta, para efeitos de fixação do montante dos alimentos, é o/a do ex-cônjuge devedor de alimentos, e não o/a do ex-cônjuge credor de alimentos. Se o ex-cônjuge credor de alimentos contrair novo casamento ou iniciar união de facto, o seu direito a alimentos cessa por força do art. 2019º (na versão da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto).

É muito controverso o problema do âmbito do direito de alimentos. Antes da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, conheciam-se três respostas: limitação ao que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário; manutenção do nível de vida a que estava habituado o ex-cônjuge enquanto durou o casamento; preservação de um nível de vida razoável, acima do que é indispensável para a sobrevivência e abaixo daquele que era o padrão de vida do casal. A lei de 2008, ao aditar ao Código Civil o art. 2016º-A, afastou a segunda solução. Efectivamente, o nº 3 deste artigo prescreve que “o cônjuge credor não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio”. Todavia, não esclarece se o direito de alimentos deve garantir o que é indispensável ou assegurar um nível de vida razoável. A última solução parece ser a mais adequada¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰⁴ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 696-697.

Formalmente incluído num preceito contido no regime da fixação do montante dos alimentos entre ex-cônjuges, o nº 3 do art. 2016º-A ultrapassa este domínio, ao formular uma hierarquia entre obrigações de alimentos com diferentes credores: a obrigação em benefício de um filho do cônjuge devedor prevalece sobre a obrigação em favor do ex-cônjuge.

O art. 470º, nº 2, do CPC, admite a dedução do pedido tendente à fixação do direito a alimentos nos antigos processos de divórcio litigioso, ora equivalentes ao processo de divórcio por mútuo consentimento que corre no tribunal e ao divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.

IV. Uma das questões mais importantes em caso de divórcio é o destino da casa de morada de família.

Há que distinguir a situação em que a casa de morada de família pertence a um dos cônjuges ou a ambos (como bem comum ou em compropriedade) daquela situação em que a casa está arrendada.

IV.a) Se os cônjuges viviam em casa pertencente a um deles ou pertencente a ambos, na sequência de divórcio, o direito de nela habitar poderá vir a ser atribuído exclusivamente àquele que não era proprietário do imóvel ou que era somente um dos titulares, através da formação de uma relação de arrendamento.

A relação de arrendamento pode ser constituída por acordo ou sentença. As partes podem acordar que a casa seja arrendada ao cônjuge que não era proprietário ou exclusivo proprietário. O conteúdo do contrato será estipulado pelos cônjuges, dentro dos limites das normas aplicáveis ao arrendamento para habitação.

Na falta de acordo entre os cônjuges divorciados quanto ao destino da casa pertencente a um deles ou a ambos em contitularidade, é aplicável o disposto no art. 1793º.

O tribunal pode dar de arrendamento a um dos cônjuges, a seu pedido, a casa onde residia o casal, quer essa seja própria do

outro quer pertença em contitularidade a ambos, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um deles e o interesse dos filhos do casal. Não haverá então um contrato de arrendamento, mas uma criação forçada, por sentença, de uma relação de arrendamento para habitação.

O conteúdo da relação de arrendamento entre os ex-cônjuges, por exemplo, o montante da renda e a responsabilidade pelos encargos de condomínio, será definido por sentença, com fundamento em critérios de equidade similares aos que levaram à constituição do arrendamento. Isto significa que voltarão a ser cruciais os aspectos da situação patrimonial dos cônjuges e dos interesses dos filhos. Por conseguinte, será frequente que o valor da renda que venha a ser fixado fique aquém ou muito aquém do valor de mercado¹⁰⁰⁵.

Como resulta do art. 1793º, nº 2, o arrendamento forçado pode ser resolvido pelo tribunal, a requerimento do senhorio, que é também o ex-cônjuge, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem (v.g., aumento substancial do nível de vida do arrendatário, degradação acentuada da condição económica do senhorio, filhos que atingiram a maioridade e deixaram de viver na casa arrendada).

Por maioria de razão, o valor da renda, ou a repartição da responsabilidade pelos encargos de fruição das partes comuns, pode ser alterado pelo tribunal, a requerimento do senhorio, quando factos supervenientes o justifiquem.

IV.b) Pode acontecer que a casa de morada de família esteja arrendada a um dos cônjuges. Em tal caso, a matéria é regulada no art. 1105º.

¹⁰⁰⁵ Além disso, note-se, que, se a casa estiver em contitularidade, o valor da renda será apurado tendo em conta unicamente a quota ou meação na casa do ex-cônjuge, ou cônjuge separado, não arrendatário.

O art. 1105º, nº 1, prevê que, incidindo o arrendamento sobre a casa de morada de família, o seu destino é, na hipótese de divórcio, decidido por acordo dos cônjuges, podendo estes optar pela transmissão ou pela concentração a favor de um deles. Verifica-se a transmissão se o direito de arrendatário habitacional que pertencia exclusivamente a um deles passa a pertencer exclusivamente ao outro; verifica-se a concentração se o arrendamento habitacional era bem comum do casal e passa a ter como titular exclusivo um dos ex-cônjuges.

Na falta de acordo quanto à transmissão do arrendamento, o art. 84º, nº 2, do RAU, atribuía ao tribunal poder para decidir, tendo em conta quaisquer razões atendíveis, entre as quais se indicava a situação patrimonial dos cônjuges, as circunstâncias de facto relativas à ocupação da casa, o interesse dos filhos, a culpa imputada ao arrendatário na separação ou divórcio e o facto de ser o arrendamento anterior ou posterior ao casamento. O art. 1105º, nº 2, confere igualmente ao tribunal o poder para decidir quanto ao destino da casa arrendada, mas socorre-se de uma enumeração exemplificativa menos pormenorizada. Na falta de acordo, tem-se em conta a necessidade de cada um dos cônjuges, os interesses dos filhos e outros factores relevantes. A alteração confirma a orientação doutrinária e jurisprudencial que conferia à necessidade de cada um dos cônjuges e aos interesses dos filhos o cariz de critérios principais.

Nos termos do art. 1105º, nº 3, o acordo homologado pelo juiz, ou pelo conservador do registo civil, ou a decisão judicial sobre a titularidade do direito do arrendatário são notificados officiosamente ao senhorio.

IV.c) Há que observar a disciplina processual.

Se se tratar de divórcio por mútuo consentimento administrativo, o destino da casa de morada de família é definido por acordo das partes que carece de ser homologado pelo conservador do registo civil (cf. art. 14º do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro).

Quando se tratar de divórcio por mútuo consentimento judicial ou sem consentimento de um dos cônjuges, é preciso atender aos circunstancialismos que envolvem o pedido de atribuição da casa de morada de família.

Se o pedido de atribuição se cumular com outro no âmbito da mesma acção judicial ou constituir incidente ou dependência de acção pendente, o art. 5º, nº 2, do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro, remete para a tramitação do Código de Processo Civil, isto é, para o art. 1413º deste Código. Se, por exemplo, estiver pendente acção de divórcio, o pedido de atribuição da casa é deduzido por apenso a esta. O pedido de atribuição também pode ser deduzido em acção subsequente de regulação do exercício das responsabilidades parentais, tanto mais que o interesse dos filhos é um dos factores mais relevantes na decisão do destino da casa de morada de família.

Se o pedido de atribuição da casa de morada de família se não cumular com outro no âmbito da mesma acção judicial nem constituir incidente ou dependência de acção pendente, segue-se o “procedimento tendente à formação de acordo das partes”, previsto nos arts. 7º-10º do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro. O procedimento tem lugar, nomeadamente, quando já tiver transitado em julgado a acção de divórcio¹⁰⁰⁶.

O procedimento inicia-se com o requerimento de uma das partes, que deve ser apresentado em qualquer conservatória do registo civil (art. 6º, nº 1, do DL nº 272/2001, de 13 de Outubro). Não havendo oposição da outra parte, o conservador, depois de verificado o preenchimento dos pressupostos legais, declara a procedência do que foi requerido. Tendo havido oposição e

¹⁰⁰⁶ O DL nº 272/2001, de 13 de Outubro, derrogou o art. 1413, nº 4, do CPC (na redacção do DL nº 329-A/95, de 12 de Dezembro), na parte em que se diz que o pedido de atribuição é deduzido por apenso se tiver corrido acção de divórcio ou separação litigiosos.

verificada a impossibilidade de acordo, o processo será remetido ao tribunal, onde será tomada a decisão.

IV.d) A formação e a transmissão do arrendamento a favor do ex-cônjuge apresentam natureza quase-alimentar.

A constituição e a extinção da relação forçada de arrendamento habitacional, bem como a determinação do montante da renda e a repartição da responsabilidade pelos encargos de fruição das partes comuns, orientam-se sobretudo pelo critério da necessidade da casa e da situação patrimonial dos interessados. Daí que não seja descabido aproximar, até certo ponto, a obrigação que recai sobre o senhorio de assegurar ao arrendatário o gozo da casa locada de uma obrigação de alimentos. Por outras palavras, a eventual diferença para menos entre o valor das prestações a cargo do arrendatário ex-cônjuge e o valor que incumbiria, em circunstâncias idênticas, a outro arrendatário, parece equivaler a uma prestação alimentar a cargo do senhorio.

E essa diferença para menos equivalerá a uma prestação alimentar a cargo do senhorio, ainda que tenha havido um contrato de arrendamento entre os ex-cônjuges. E isto porque, em última análise, na falta de acordo, poderia haver constituição forçada do arrendamento.

Sendo a necessidade da casa arrendada o critério principal da transmissão *inter vivos* e litigiosa do arrendamento, paralelamente, a transmissão *inter vivos* do arrendamento poderá estar associada a uma espécie de prestação alimentar a cargo do transmitente e a favor do transmissário, se e na medida em que a renda da casa esteja abaixo do valor da renda de mercado. Repare-se que as necessidades habitacionais de quem não permanece na residência do casal poderão ter de ser supridas com a celebração de um contrato de arrendamento sobre outra casa, cuja renda tenderá a ser a de mercado, normalmente superior em termos relativos àquela que o outro tem de pagar.

Assim sendo, pode levantar-se a hipótese de serem analogicamente aplicáveis certas regras respeitantes à obrigação de alimentos, como os arts. 2012º, 2014º e 2019º. Será impensável a cessação judicial da posição de arrendatário de que beneficiava um ex-cônjuge, graças a uma transmissão ou constituição do arrendamento, se, na casa arrendada não residirem filhos do casal, e ele entretanto se casar com terceiro, passar a viver em união de facto ou atentar contra a vida daquele que foi o seu cônjuge? Essa cessação teria como consequência a restauração do direito do transmitente ou da plenitude do direito de propriedade do ex-cônjuge.

A adaptação jusfamiliar das regras do arrendamento parece justificar-se também noutras situações. Suponha-se uma relação de arrendamento entre ex-cônjuges, que teve por objecto a casa de morada de família que pertencia, exclusivamente ou em contitularidade, a um deles. Se a relação de arrendamento foi fixada com prazo certo, pode extinguir-se, antes do prazo fixado, por caducidade, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem, nos termos do art. 1793º, nº 2, aplicável, directamente ou por analogia, ao arrendamento que tem por fonte uma decisão judicial ou um contrato. E se se tratar de arrendamento com duração indeterminada, a extinção da relação locatícia não está totalmente sujeita ao regime dos arts. 1099º e s. Com base na lógica do referido art. 1793º, nº 2, é configurável a cessação do arrendamento habitacional a qualquer momento por força de uma modificação superveniente do jogo de interesses que levou à formação da relação locatícia. E a natureza quase-alimentar desta relação entre ex-cônjuges condiciona o exercício da chamada faculdade de denúncia livre pelo senhorio, consagrada pelo art. 1101º, al. c), para os contratos novos (cf. art. 26º, nº 4, al. c), do NRAU). A eficácia da denúncia pelo ex-cônjuge, que é senhorio, mediante comunicação ao arrendatário com antecedência não inferior a cinco anos sobre a data em que pretenda a cessação fica prejudicada se as necessidades de

cada um dos cônjuges e dos filhos colidirem com a extinção do arrendamento na data pretendida.

IV.e) Prosseguindo nesta orientação, é atendível o pedido unilateral de modificação de acordos sobre o destino da casa de morada da família, depois de homologados pelo conservador do registo civil ou pelo tribunal, com fundamento em circunstâncias supervenientes (cf. art. 2012º). Nesse sentido, vai alguma doutrina e jurisprudência anterior a 2008¹⁰⁰⁷, argumentando que tais acordos foram conseguidos no âmbito de processos de jurisdição voluntária, pelo que as homologações estão sujeitas ao disposto no art. 1411º, nº 1, do CPC, que permite a alteração das resoluções proferidas nos processos de jurisdição voluntária com fundamento em circunstâncias supervenientes.

O nº 3 do art. 1793º, na versão da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, pôs fim a eventuais dúvidas, no que respeita à casa de morada de família que pertencia a um ou a ambos os cônjuges. Naquele preceito se prescreve que o regime fixado, quer por homologação do acordo dos cônjuges, quer por decisão do tribunal, pode ser alterado nos termos gerais da jurisdição voluntária.

O processo aplicável ao pedido de alteração do acordo será, com devidas adaptações, o que regula o pedido de atribuição da casa de morada¹⁰⁰⁸.

V. Não obstante a eliminação da declaração do cônjuge culpado, efectuada pela Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, é lamentável que se não tenha aproveitado a oportunidade para proceder a uma revogação expressa do art. 1933º, nº 1, al. f).

¹⁰⁰⁷ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 688-689; NUNO DE SALTER CID, "A alteração do acordo sobre o destino da casa de morada da família", em *Comemorações dos 35 anos* pp. 275 e s.

¹⁰⁰⁸ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 688-689.

O preceito estabelece que não podem ser tutores os divorciados e separados judicialmente por sua culpa. A conservação desta norma foi fruto de um mero lapso do legislador da Reforma de 1977: a tutela está sujeita aos princípios gerais do poder paternal (art. 1935º, nº 1), sendo patente que, desde aquela reforma, a disciplina do poder paternal, ou das responsabilidades parentais, assenta no interesse do menor e não na culpa na separação ou no divórcio (cf. art. 1905º).

VI. A eliminação da declaração do cônjuge culpado não significa a rejeição da aplicação do instituto geral da responsabilidade civil entre cônjuges; pelo contrário.

O art. 1792º, na redacção da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, determina, no nº 1, que “o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil¹⁰⁰⁹ e nos tribunais comuns”. Foi assim peremptoriamente rejeitada a teoria clássica da fragilidade da garantia¹⁰¹⁰.

O nº 2 do mesmo artigo obriga o cônjuge que obteve o divórcio com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge a reparar os danos não patrimoniais causados ao requerido pela dissolução do casamento. Mas o nº 2 demarca-se do nº 1 não só quanto à redução do âmbito da obrigação de indemnizar, mas também por impor que o pedido de reparação dos danos deve ser deduzido na própria acção de divórcio.

¹⁰⁰⁹ Era o que já defendíamos antes da entrada em vigor da lei de 2008, cf. DUARTE PINHEIRO, *Núcleo* pp. 662 e s.

¹⁰¹⁰ Contra, PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* pp. 80-82, que, não obstante a nova redacção do art. 1792º, sustenta a inviabilidade da reparação dos danos provocados pela violação dos deveres conjugais.

36.4. Apreciação do regime português dos efeitos do divórcio

I. A Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, pôs fim à declaração de culpa no divórcio e às consequências patrimoniais negativas associadas a tal declaração, o que nos parece ser positivo, uma vez que o regime português anterior de sanção do ilícito conjugal mediante os efeitos do divórcio (arts. 1790º a 1792º e 2016º, na redacção do DL nº 496/77, de 25 de Novembro¹⁰¹¹) padecia de rigidez e aleatoriedade.

Tão-pouco nos suscita crítica a solução do novo texto do art. 1792º, nº 1. Identifica-se com a modificação que propúnhamos, “uma alteração clarificadora, que, repudiando abertamente a tese da fragilidade da garantia, contribua para uma utilização mais efectiva dos meios comuns de tutela entre os cônjuges”¹⁰¹².

Todavia, a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, não centrou a regulamentação jusfamiliar das consequências da dissolução do casamento na equidade¹⁰¹³, mostrando-se algo insensível à relevância da actuação culposa de um dos cônjuges e à repercussão do divórcio na condição económica das partes. O regime anterior rígido e aleatório de efeitos do divórcio, centrado na culpa, foi substituído por outro regime rígido e aleatório, que, em geral, trata de forma idêntica os cônjuges, ainda que um deles tenha violado de modo sistemático e patente o princípio da boa fé,

¹⁰¹¹ O cônjuge *declarado único ou principal culpado* não podia na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos (art. 1790º); perdia todos os benefícios recebidos ou que houvesse de receber do outro cônjuge ou terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado (art. 1791º, nº 1); devia reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento (art. 1792º, nº 1); e só excepcionalmente tinha direito a exigir alimentos ao outro (art. 2016º, nº 2).

¹⁰¹² DUARTE PINHEIRO, *O ensino* p. 98.

¹⁰¹³ A equidade é referida somente no novo texto do art. 2016º, nº 2, no qual se prevê que o direito a alimentos, entre ex-cônjuges ou cônjuges separados de pessoas e bens pode ser negado “por razões manifestas de equidade”.

e despreza as legítimas expectativas da parte que mais tenha investido na relação conjugal. É o que se retira de uma leitura das novas versões dos arts. 1790º, 1791º e 2016º, bem como do novo art. 2016º-A¹⁰¹⁴.

É pena que o legislador português não tenha estudado com atenção o direito alemão, habitualmente apontado como um exemplo de ordenamento que substituiu o princípio da culpa pelo da ruptura na regulamentação das consequências do divórcio. O BGB não consagrou um modelo cego, meramente declarativo da destruição de quaisquer efeitos do casamento ou impeditivo da constituição de outros efeitos relacionados com a preexistência do vínculo matrimonial. Prevê-se, por exemplo, que o ex-cônjuge beneficie da chamada “compensação de pensões” (“Versorgungsausgleich”, §§ 1587 e s.). Tal compensação visa colocar aqueles que foram membros de um mesmo casal numa posição idêntica quanto às expectativas e direitos à pensão de reforma e de incapacidade profissional. Ao ex-cônjuge com expectativas e direitos de valor inferior cabe, como compensação, metade da diferença existente relativamente ao valor das expectativas e direitos do outro ex-cônjuge. Além disso, são muitas as disposições legais do Código Civil alemão sobre consequências do divórcio que assentam em cláusulas de equidade. É o que acontece para impedir a aplicação do regime de bens que vigorou no casamento, no momento da dissolução deste (§ 1381); para conferir, limitar ou negar o direito a alimentos entre ex-cônjuges

¹⁰¹⁴ Em caso de divórcio, *nenhum* dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos (art. 1790º); e *cada cônjuge* perde os benefícios recebidos ou que haja receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado (art. 1791º, nº 1). A nova lei procura sobretudo destacar o carácter excepcional e limitado dos alimentos pós-matrimoniais, afirmando que “cada cônjuge deve prover à sua subsistência depois do divórcio” (art. 2016º, nº 1) e que, havendo alimentos, “o cônjuge credor não tem o direito de exigir a manutenção do padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio” (art. 2016º-A, nº 3).

(cf. § 1576 e § 1579, respectivamente); e para limitar ou negar o próprio direito de um cônjuge à “compensação de pensões” (§ 1587c).

II. A escassa preocupação da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, com a tutela do investimento da confiança no projecto matrimonial torna-se visível no confronto entre a disciplina legal do divórcio e a da invalidade do casamento (mais precisamente, do casamento putativo).

O cônjuge que tiver contraído de boa fé um casamento inválido pode ter uma posição mais favorável do que o cônjuge divorciado. Efectivamente, se as partes tiverem convencionado o regime da comunhão geral, a partilha será feita segundo esse regime na sequência da invalidação do casamento, se tal for solicitado pelo cônjuge de boa fé (cf. parte final do art. 1716º), mas de acordo com o regime da comunhão de adquiridos, se houver divórcio e ainda que isso prejudique o cônjuge que se empenhou profunda e prolongadamente no casamento (cf. art. 1790º); as liberalidades feitas em vista do casamento ou em consideração do estado de casado que beneficiam o cônjuge que tiver contraído de boa fé o casamento inválido subsistem (cf. arts. 1760º, nº 1, al. a), e 1766º, nº 1, al. b)), mas caducam em qualquer caso de divórcio (cf. art. 1791º); e o direito a alimentos do cônjuge que tiver contraído de boa fé (cf. art. 2017º) o casamento inválido não enfrenta as limitações de igual direito em hipótese de divórcio (cf. arts. 2016º e 2016º-A).

Secção IV – Outros casos de dissolução do casamento, além da morte e do divórcio

Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 49-50, 182-184; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 206-207, 259-260, 584-585, 711-713, 169-170; Antunes Varela, *DF* 233-236; Leite de Campos, *DFS* 185-186, 281-283.

Há outros casos de dissolução do casamento, além da morte e do divórcio: a dissolução do casamento pela celebração de novo casamento, após a declaração de morte presumida, e a dispensa do casamento rato e não consumado.

Com a entrada em vigor da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, a mudança de sexo na constância do matrimónio deixou de ser caso autónomo de dissolução do casamento.

37. Celebração de novo casamento, após a declaração de morte presumida

A declaração de morte presumida não dissolve o casamento (cf. art. 115º).

Após a declaração de morte presumida, o cônjuge do ausente, casado civil ou catolicamente, pode contrair novo casamento: cf. 1ª parte do art. 116º. Por lapso do legislador, o art. 116º permite a celebração de novo casamento apenas ao cônjuge do ausente casado civilmente, o que contraria o disposto no art. 36º, nº 2, da CRP.

Sendo estranha a tese da bigamia legal¹⁰¹⁵, porque demasiado adversa aos dados do nosso sistema, a única explicação plausível¹⁰¹⁶ é a seguinte: a declaração de morte presumida torna o casamento do ausente dissolúvel; no momento em que o cônjuge do ausente contrai novo casamento, dissolve-se o anterior.

Se o ausente regressar, ou houver notícias de que era vivo quando foram celebradas as novas núpcias, considera-se o primeiro casamento dissolvido por divórcio à data da declaração de morte presumida (segunda parte do art. 116º).

¹⁰¹⁵ Sustentada por ANTUNES VARELA, *DF* p. 235.

¹⁰¹⁶ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp.

Se o ausente não regressar, considera-se o primeiro casamento dissolvido por morte à data da declaração de morte presumida.

Se se provar que o ausente morreu antes de ser celebrado o segundo casamento, o primeiro casamento dissolveu-se à data do óbito.

38. Mudança de sexo: de causa atípica de dissolução do casamento a possível fundamento de divórcio

I. Na versão originária do art. 1628º, o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo era inexistente (al.e)).

Mas a lei não previa a inexistência do casamento contraído por duas pessoas de sexo diferente quando uma delas venha a mudar de sexo, na sequência de uma operação cirúrgica.

A doutrina discutia então as consequências de mudança de sexo sobre o vínculo matrimonial. Em edição anterior destas lições¹⁰¹⁷, assumiu-se a seguinte posição:

Atendendo ao princípio da tipicidade das causas de inexistência (cf. art. 1627º), é difícil defender que se está perante uma situação de inexistência superveniente. Tanto mais que quem defende a posição da inexistência superveniente¹⁰¹⁸ considera que o casamento do transexual mantém todos os efeitos que produziu desde a data em que foi celebrado até ao trânsito em julgado da sentença que reconheceu a mudança de sexo. Ou seja, os efeitos dessa alegada inexistência superveniente coincidem com os da dissolução do casamento e não com os da inexistência propriamente dita (cf. art. 1630º, nº 1).

¹⁰¹⁷ DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2009, pp. 670-671.

¹⁰¹⁸ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 206-207; LEITE DE CAMPOS, *DFS* p. 185.

*Estando em causa um elemento característico da noção de casamento no direito português actual, não se afigura aceitável entender que o casamento subsiste, salvo pedido de divórcio, pelo que resta concluir que a mudança de sexo constitui uma causa de dissolução do casamento*¹⁰¹⁹.

Para ocorrer a dissolução do casamento por transexualidade é necessário que a mudança de sexo tenha sido reconhecida por sentença judicial.

A dissolução do casamento por transexualidade produz os seus efeitos a partir da data da mudança de sexo, fixada na sentença, e não a partir da data do trânsito em julgado da sentença.

A sentença que reconhece a mudança de sexo é suficiente para se obter a produção do efeito de extinção do vínculo matrimonial, não sendo exigível uma acção destinada a declarar a dissolução do casamento.

II. Entretanto, a Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, permitiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, tendo alterado o art. 1577º e revogado a al. e) do art. 1628º.

Como a diversidade de género deixou de ser um elemento característico da noção de casamento, a mudança de sexo na constância do matrimónio perdeu autonomia enquanto causa de dissolução.

No caso de mudança de sexo de uma das partes na constância do matrimónio, o facto é susceptível de ser invocado por um dos cônjuges como fundamento de divórcio, independentemente de o casamento ter sido contraído entre pessoas do mesmo sexo ou de sexo oposto, desde que esteja preenchido o disposto no art. 1781º, al. d).

¹⁰¹⁹ Contra a extinção do casamento por mudança de sexo, PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* pp. 34-35, insistindo que o casamento “é um instituto aberto a quaisquer duas pessoas que projectem (ou reconheçam ter vivido) uma comunhão de vida”.

39. Dispensa do casamento rato e não consumado

I. A dispensa do casamento rato e não consumado corresponde a uma causa particular de dissolução do casamento católico, que é regulada nos câns. 1142 e 1697 a 1706 do CDC.

A dispensa é concedida a pedido de ambos os cônjuges ou de um só deles, mesmo contra a vontade do outro; pressupõe um casamento rato e não consumado, bem como uma justa causa para a dissolução.

Por casamento rato entende-se aquele que foi validamente celebrado (cân. 1061, § 1, do CDC).

Casamento não consumado é aquele em que não houve cópula entre os cônjuges (cân. 1061, § 1, do CDC). A consumação tem no casamento católico um papel que não tem no casamento civil. Só depois de consumado é que o casamento católico é indissolúvel.

II. A dispensa do casamento rato e não consumado é reconhecida no art. 1625º e no art. 16º da Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé, de 2004.

O reconhecimento estatal da eficácia da dispensa do casamento rato e não consumado suscita questões de constitucionalidade similares às da matéria da nulidade do casamento católico.

PARTE IV – DIREITO CONVIVENCIAL

Bibliografia sobre união de facto: Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *DF* 13-17; Pamplona Corte-Real, *DF* 45-55, 68-71, 85-86; Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 51-93; Antunes Varela, *DF* 26-34; Pires de Lima/Antunes Varela, *CC* 1576° e 2020°; Leite de Campos, *DFS* 20-22; Pamplona Corte-Real, *Relatório* 104-105, e *Anexo* 50-52, 53, 55, 57-58; França Pitão, *Uniões*; Telma Carvalho, *União* 221-255; Geraldo da Cruz Almeida, *Da união de facto. Convivência “more uxorio” em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Pedro Ferreira-Editor, 1999, 63-108, 163-218, 352-353, 356-357; Salter Cid, *Comunhão de vida* 497-749.

Capítulo I – Constituição da união de facto

Em especial, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 52-58, 60-63, 64-69; Telma Carvalho, *União* 227-229, 237-248, e *Dissolução da união* 21-51; França Pitão, *Uniões* 17-105.

1. Noção de união de facto

I. A união de facto¹⁰²⁰ identifica-se com a convivência de duas pessoas em condições análogas às dos cônjuges ou com uma coabitação, na tripla vertente de comunhão de leito, mesa e habitação.

¹⁰²⁰ No Brasil, fala-se de “união estável”, que é, porém, uma figura com impacto estatístico e efeitos muito superiores aos da união de facto portuguesa, tendo também uma natureza distinta (“entidade familiar”). Sobre a união estável, cf., designadamente, BERENICE DIAS, *MDF* pp. 158-185; ROLF MADALENO, *CDF* pp. 761-821.

A definição de união de facto constante do art. 1º, nº 2, da Lei nº 7/2001, de 11 de Maio, na versão da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto, não é a mais adequada, por reconduzir a união de facto a uma situação de convivência há mais de dois anos, quando o período de tempo em apreço não é elemento caracterizador da união de facto e sim da união de facto protegida.

Não há dúvida de que o fenómeno da união de facto se tornou socialmente mais visível nos últimos anos. No entanto, em Portugal como noutros países, é difícil apurar ao certo a percentagem de pessoas que vivem em união de facto. No que parece ser uma tentativa pouco conseguida, de determinar com rigor o número de uniões de facto, o censo de 2001 socorreu-se de uma contraposição ambígua – entre “casamento registado” e “casamento não registado”. Numa época em que o conceito de união de facto ainda não abrangia os casais do mesmo sexo, os resultados do censo de 2001 foram os seguintes: indivíduos casados, 44,7%; solteiros, 37,5%; viúvos, 6,6 %; membros de união de facto, 3,6%; divorciados, 1,9%, separados, 0,7%. Ou seja, cerca de 92,5% das pessoas que viviam em uniões heterossexuais estariam casadas e apenas 7,5% integrariam uniões de facto. Cerca de 12 vezes mais casamentos do que uniões de facto...¹⁰²¹.

II. A união de facto distingue-se do casamento, no plano da constituição, dos efeitos e da extinção. A união de facto forma-se logo que os sujeitos vivam em coabitação, não sendo necessária uma cerimónia ou qualquer outra forma especial. A lei não prevê direitos e deveres que vinculem reciprocamente os membros da união de facto, nem estabelece regras próprias em matéria de administração e disposição de bens ou de dívidas. E a

¹⁰²¹ Para uma perspectiva sócio-demográfica da união de facto, em que se compreende a falibilidade dos dados retirados das estatísticas demográficas e dos censos, cf. SALTER CID, *A comunhão de vida* pp. 371-495 (em especial, pp. 439-455, justamente sobre o censo de 2001).

ligação entre os companheiros dissolve-se pela mera vontade de uma das partes, sem que se exija uma intervenção estatal ou um especial formalismo.

A união de facto é uma figura que se demarca também do chamado concubinato duradouro, a que alude o art. 1871º, nº 1, al. c). Na união de facto, há comunhão de leito, mesa e habitação; no concubinato duradouro, não há comunhão de mesa e habitação, verificando-se apenas um relacionamento sexual estável.

Por fim, a união de facto é diversa da convivência em economia comum. Nos termos do art. 2º, nº 1, da LEC, entende-se por economia comum a situação de pessoas que vivam em comunhão de mesa e habitação. Ou seja, à convivência em economia comum falta o elemento da comunhão sexual.

2. Modalidades de união de facto

Há que destacar duas classificações de modalidades de uniões de facto: uma primeira opõe a união de facto heterossexual à homossexual; a outra, divide as uniões de facto em protegidas e não protegidas.

I. União de facto heterossexual ou homossexual.

A união de facto heterossexual é aquela que é composta por membros de sexo diferente, enquanto a união de facto homossexual é formada por pessoas do mesmo sexo.

Ao abrigo do art. 3º, nº 3, da LUF (na versão da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto), qualquer disposição em vigor tendente à atribuição de direitos ou benefícios fundados na união de facto é aplicável tanto à união de facto heterossexual como à homossexual, com ressalva do disposto no art. 7º da LUF (adopção conjunta para casais heterossexuais) e no art. 6º, nº 1, da LPMA (acesso à PMA apenas de casais compostos por pessoas de sexo diferente).

II. União de facto protegida ou não protegida.

A união de facto protegida é aquela que goza das medidas de protecção previstas na LUF.

3. Requisitos da união de facto protegida

Só goza das medidas de protecção previstas na LUF a união de facto que preencha, cumulativamente, dois requisitos: a) duração superior a dois anos; b) inexistência dos impedimentos estabelecidos no art. 2º da LUF.

I. Duração

A LUF regula a situação jurídica de duas pessoas que vivam em união de facto há mais de dois anos (art. 1º, nº 2, da mesma lei).

O requisito temporal da união de facto protegida cria uma dúvida: o prazo de dois anos tem ou não de decorrer consecutivamente?

Forma-se uma união de facto, os seus membros separam-se passado um ano e reconciliam-se um mês depois. Com a separação, o prazo suspende-se ou interrompe-se? O ano inicial de convivência em união de facto soma-se ou não ao período de coabitação subsequente à reconciliação? Parece que o prazo tem de voltar a ser contado desde o início, a partir da data da reconciliação. Se numa certa data deixou de haver comunhão de habitação porque um dos membros da união de facto revelou o propósito de não a restabelecer, a ligação extingue-se por vontade de uma das suas partes, ao abrigo do art. 8º, nº 1, al. b), da LUF. A reconciliação não renova a união de facto, origina uma nova união com os mesmos membros da anterior.

Se os membros da união de facto deixarem de coabitar, sem que haja da parte de qualquer um deles o propósito de pôr fim à comunhão de habitação, o prazo suspende-se. P.e.: forma-se a união de facto; um ano depois, por motivos exclusivamente profissionais, um dos membros tem de passar a residir em localidade

distante da residência comum do casal. Aqui a falta de coabitação não representa ruptura da ligação. Logo que as partes retomem a vida em comum, volta a correr o prazo que é condição da união de facto protegida; e o ano anterior à situação de afastamento involuntário será incluído.

II. Inexistência dos impedimentos estabelecidos no art. 2º da LUF.

II.a) O art. 2º da LUF enumera as circunstâncias que obstam à aplicação dos efeitos próprios de uma união de facto protegida: a) idade inferior a 18 anos à data do reconhecimento da união de facto; b) demência notória, mesmo nos intervalos lúcidos, e interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, salvo se a demência se manifestar ou a anomalia se verificar em momento posterior ao do início da união de facto; c) casamento não dissolvido, salvo se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens; d) parentesco na linha recta ou no 2º grau da linha colateral ou afinidade na linha recta; e) condenação anterior de uma das pessoas como autor ou cúmplice por homicídio doloso, consumado ou tentado, contra o cônjuge do outro.

Os impedimentos à relevância da protecção jurídica correspondem aos impedimentos dirimentes ao casamento, com uma alteração quanto ao impedimento do vínculo (art. 1601º, al. c)), uma vez que é atribuída protecção à união de facto composta por uma pessoa casada quando ela esteja separada de pessoas e bens (art. 2, al. c), da LUF), e outra quanto ao impedimento da idade, exigindo-se idade superior à nupcial.

II.b) A LUF aponta como seu objecto, no art. 1º, nº 1, a regulação das medidas de protecção das uniões de facto, definindo, no nº 2, a união de facto como a "situação jurídica de duas pessoas". Por conseguinte, não se aplica à união de facto composta por mais de dois membros.

Mas a LUF nada diz expressamente sobre a vigência simultânea de duas ou mais uniões de facto. No art. 2º, al. c), só se indica, como obstáculo à produção de efeitos jurídicos da união de facto, o casamento não dissolvido do companheiro. A união de facto de uma pessoa não é referida como impedimento à relevância de uma união posterior entre essa pessoa e terceiro. Nos termos do art. 8º, nº 1, uma união de facto dissolve-se com o falecimento de um dos companheiros, por vontade de um dos seus membros ou com o casamento de um deles. Isto é, determina-se expressamente que o casamento posterior extingue a união de facto. No entanto, não se prescreve que uma união de facto se extingue pela constituição de outra união por um dos seus membros. E a hipótese de uma pessoa constituir uma união de facto com alguém e a seguir com outrem não significa que a iniciativa de formação da segunda união se confunda com uma vontade de dissolver a primeira. Essa pessoa pode querer ter duas uniões de facto simultâneas e viver realmente como membro de duas uniões de facto com companheiros diferentes, que ignoram a situação real e supõem que as ausências, mais ou menos prolongadas, do parceiro se justificam por motivos meramente profissionais.

Contudo, não é concebível que o legislador tenha abdicado do princípio da monogamia quando estão em causa somente uniões de facto. Há dois elementos que revelam a necessidade de a união de facto ser única (originária ou sucessiva) para alcançar relevância.

O primeiro elemento consiste no propósito que o legislador teve de regular a união de facto tendo em conta a semelhança social da ligação com a união matrimonial, que está sujeita ao princípio da monogamia. O segundo elemento decorre do uso da expressão “em condições análogas dos cônjuges” para definir, no art. 1º, nº 2, da LUF (na versão da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto), união de facto, expressão que pressupõe uma vivência íntima exclusiva entre dois membros de uma união de facto.

Não obstante isto, num ordenamento em que a bigamia pode desencadear o funcionamento do instituto do casamento putativo, afigura-se algo violento negar ao companheiro de boa fé a protecção civil da união de facto, muito aquém da que cabe em Portugal ao casamento, em nome do princípio da monogamia. Nas hipóteses de duas ou mais uniões de facto integradas por um mesmo membro, os companheiros de boa fé devem poder solicitar a protecção que foi instituída a pensar na união de facto única. E o mesmo se diga quando está em causa pessoa de boa fé unida de facto a um companheiro casado e não separado de pessoas e bens.

Seja como for, a ausência de um sistema de registo organizado para as uniões de facto permite, na prática, que os seus membros obtenham plena protecção, p.e. na transmissão do arrendamento para habitação, independentemente de ter sido ou não respeitado o princípio da monogamia e de os membros das uniões estarem ou não de boa fé.

II.c) Como se articula a imposição da ausência de impedimentos com o requisito do prazo mínimo de dois anos? Na versão originária da LUF¹⁰²², em que a idade inferior a 16 anos de idade integrava um obstáculo à existência de união de facto protegida, defendeu-se que o prazo de dois anos se podia começar a contar a partir do momento da coabitação, ainda que nesta altura se verificasse o impedimento da idade¹⁰²³. P.e., constituía-se uma união

¹⁰²² A Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto, alterou o corpo e as três primeiras alíneas do art. 2º da LUF, que anteriormente estabelecia: *São impeditivos dos efeitos jurídicos decorrentes da presente lei: a) Idade inferior a 16 anos; b) Demência notória, mesmo nos intervalos lúcidos, e interdição ou inabilitação por anomalia psíquica; c) Casamento anterior não dissolvido, salvo se tiver sido decretada separação judicial de pessoas e bens.*

¹⁰²³ Cf., a propósito do art. 2020º, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 83-84. Contra, Telma Carvalho, *União* p. 241,

de facto formada por um membro que fez 14 anos de idade. O prazo de 2 anos contava-se a partir da data da coabitação, passando a união de facto a ser protegida quando o menor completasse 16 anos. Não haveria que esperar até aos 18 anos. Isto porque, em rigor, a LUF não determinava que a união de facto durasse há mais de dois anos sem os impedimentos previstos no art. 2º; o que importava é que esses impedimentos se não verificassem no momento em que viesse a ser formulada a pretensão de eficácia da união protegida.

A Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto, que modificou o art. 2º da LUF, resolveu expressamente o problema da articulação entre dois impedimentos e o prazo mínimo de dois anos (cf. als. a) e b) do mencionado art. 2º). O impedimento da idade (agora, idade inferior a 18 anos) releva na data do reconhecimento da união de facto (isto é, na altura em que se invoca a eficácia da união de facto protegida), não obstante, por conseguinte, à contagem do dito prazo a partir da altura em que o membro da união de facto complete os 16 anos. No impedimento da demência ou da interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, interessa o momento do início da união de facto: o prazo de dois anos não começa a correr se a demência ou a anomalia se verificarem na data do início da coabitação; o prazo não é interrompido, nem se suspende, se a demência ou a anomalia forem posteriores ao começo da convivência análoga à dos cônjuges.

No que toca aos restantes impedimentos previstos no art. 2º da LUF, é de pensar que os que figuram nas als. c) e d), enquanto subsistirem, não permitem a contagem do prazo indispensável para que se possa falar de uma união de facto protegida; e que o impedimento da condenação (al. e)) só releva se a sentença condenatória tiver transitado em julgado antes de terem decorrido dois anos após o início da coabitação.

entendendo que a contagem do prazo só se podia iniciar na ausência de impedimento da idade mínima (de 16 anos).

III. A questão da prova dos requisitos.

À pessoa que pretenda beneficiar do regime da união de facto protegida cabe a prova de que vive ou viveu em união de facto há mais de dois anos. Na falta de disposição legal ou regulamentar em contrário, a prova faz-se nos termos gerais (cf. art. 2º-A, nº 1, da LUF). Por vezes, é feita mediante declaração emitida pela junta de freguesia da residência do interessado, na qual se comprova que ele viveu ou vivia com outro em união de facto durante um determinado período de tempo. Neste caso, exige-se a junção àquele documento de “declaração de ambos os membros da união de facto, sob compromisso de honra, de que vivem em união de facto há mais de dois anos, e de certidões de cópia integral do registo de nascimento de cada um deles” (art. 2º-A, nº 2, da LUF). O nº 5 do art. 2º-A da LUF prescreve que as falsas declarações são penalmente puníveis.

Sublinhe-se, porém, que o documento emitido pela junta de freguesia não é “inexpugnável”: qualquer interessado em afastar a aplicação do regime da união de facto protegida pode demonstrar que o facto não é verdadeiro, porque a união de facto não existiu ou porque não teve lugar durante o período mencionado na declaração.

A prova de que a união de facto infringe um dos impedimentos previstos no art. 2º da LUF ou viola o princípio da monogamia compete àquele contra quem é invocada a eficácia da união de facto protegida, por força do art. 342º, nº 2.

No entanto, na falta de previsão análoga à do art. 1603º, os impedimentos à união de facto protegida que constam do art. 2º, al. d), da LUF, só relevarão se se fundarem em filiação legalmente constituída.

Capítulo II – Efeitos da união de facto

Em especial, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 63-64, 69-79; Telma Carvalho, *União* 248-253; França Pitão, *Unões* 107-189, 259-271, 315-321.

4. Efeitos gerais da união de facto

I. Possibilidade de benefício das medidas de protecção da convivência em economia comum.

O art. 1º, nº 3, da LEC, dispõe que a coabitação em união de facto não constitui facto impeditivo das medidas de protecção das pessoas que vivam em economia comum. Paralelamente, o art. 3º, nº 2, da LUF (na versão da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto), estabelece que nenhuma das normas constantes do diploma prejudica a aplicação de qualquer outra disposição legal ou regulamentar tendente à protecção de uniões de facto ou de situações de economia comum.

Os membros de uniões de facto não protegidas (p.e., membros de união de facto compostas por uma pessoa casada que esteja meramente separada de facto do seu cônjuge) podem invocar o regime da convivência em economia comum protegida, se estiverem preenchidos os requisitos desta figura.

Aos membros das próprias uniões de facto protegidas assiste igual faculdade. É certo que o regime da união de facto protegida é mais favorável do que o da convivência em economia comum, mas pode haver um interesse atendível na invocação da protecção própria do último instituto. P.e., em caso de dissolução por morte de uma união de facto homossexual protegida, é compreensível que o membro sobrevivente reclame o direito de continuar a habitar na casa onde vivia com o companheiro, com fundamento nas regras da convivência em economia comum, se não quiser declarar a verdadeira natureza da ligação que tinha com o falecido. Lembre-se que a valoração social do relacionamento homossexual não é idêntica à do relacionamento heterossexual

e que a tolerância em matéria de orientação sexual é algo de relativamente recente. É natural que os membros de casais homossexuais mais antigos prefiram manter o máximo de discrição, seja por receio das reacções de terceiros seja por força do hábito.

II. Repercussões da união de facto no domínio da filiação biológica.

II.a) O art. 1871º, nº 1, al. c), institui uma presunção *iuris tantum* de paternidade do filho concebido na constância da união de facto, relevante no âmbito da acção de investigação.

II.b) Constituída a filiação relativamente a ambos os progenitores unidos de facto, as responsabilidades parentais serão plenamente exercidas pelos dois (art. 1911º, nº 1, na redacção da Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, que prescinde da declaração do casal perante o funcionário do registo civil no sentido do exercício conjunto, anteriormente exigida pelo nº 3 do art. 1911º).

Em caso de dissolução da união de facto por morte, o poder paternal pertencerá ao companheiro sobrevivente (cf. arts. 1911º, nº 1, e 1904º).

Havendo dissolução por ruptura, aplicam-se as regras sobre o exercício das responsabilidades parentais no caso de divórcio (cf. arts. 1911º, nº 2, 1905º e 1906º).

III. A regra da subordinação ao regime comum (não matrimonial).

III.a) As disposições legais sobre efeitos do casamento não se aplicam em bloco à união de facto¹⁰²⁴.

¹⁰²⁴ Cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* p. 51, na falta de uma desenhado legal distinto, “ter-se-á que buscar aplicações pontuais por transposição” do regime do casamento à união de facto.

À aplicação em bloco opõe-se, por um lado, o direito de celebrar casamento, na vertente negativa de direito de não casar, e, por outro lado, o princípio de que a um acto com efeitos profundos numa esfera jurídica deve estar associada uma forma que permita à pessoa interessada reflectir sobre a decisão que vai tomar.

O direito de não casar impede que se trate uma pessoa que não contraiu matrimónio como se estivesse casada¹⁰²⁵.

O carácter informal da constituição da união de facto não é suficiente para desencadear todas as consequências de um casamento. O casamento, recorde-se, é celebrado solenemente perante um funcionário do registo civil ou perante um sacerdote e é precedido por um processo – o processo preliminar de casamento, que se inicia com um documento em que os nubentes declaram pretender casar.

Não fica, porém, excluída a possibilidade de aplicação analógica à união de facto de *algumas* normas próprias da união conjugal.

III.b) A união de facto está tendencialmente sujeita ao regime geral, *v.g.*, de Direito das Obrigações, Direitos Reais e Direito da Personalidade.

III.c) A lei não impõe aos membros da união de facto deveres análogos aos vinculam reciprocamente os cônjuges (cf. art. 1672º).

Os membros da união de facto estão naturalmente vinculados ao dever geral de respeito, que é mais intenso sempre que existe uma relação de intimidade, proximidade ou dependência entre as pessoas.

¹⁰²⁵ Cf., designadamente, SALTER CID, “Sobre o direito de não contrair casamento”, em *Família, consciência* pp. 290-291.

Contudo, os membros da união de facto não estão sujeitos aos deveres jurídicos específicos dos cônjuges. A fidelidade, a coabitação, a cooperação e a assistência são, quando muito, deveres morais ou éticos dos membros da união de facto.

Nada obsta, porém, a que surja entre os membros da união de facto uma obrigação de alimentos, distinta daquela que cabe no dever de assistência. Poderá haver entre os companheiros uma obrigação natural de alimentos, subordinada às normas dos arts. 402º a 404º; ou até uma obrigação de alimentos judicialmente exigível, desde que as partes tenham celebrado validamente um negócio jurídico com esse objectivo (cf. art. 2014º, nº 1).

Na constância da união de facto, as prestações patrimoniais espontâneas efectuadas por qualquer uma das partes para satisfazer as necessidades da vida em comum presumem-se feitas em cumprimento de uma obrigação natural de alimentos, pelo que, em regra, o autor da prestação não pode exigir ao companheiro a restituição do que prestou (cf. art. 403º).

Em caso de morte ou lesão corporal daquele que prestava alimentos ao companheiro, no cumprimento de uma obrigação natural ou judicialmente exigível, o beneficiário tem direito a indemnização, nos termos do art. 495º, nº 3.

III.d) A lei não estabelece, para a união de facto, regras semelhantes às do casamento em matéria de regimes de bens, administração, disposição e dívidas, pelo que tais regras não são, em princípio, aplicáveis à união de facto.

No entanto, é analogicamente aplicável à união de facto o art. 1691º, nº 1, al. b)¹⁰²⁶, que institui a comunicabilidade das dívidas contraídas para ocorrer aos encargos normais da vida familiar. A norma em apreço destina-se a tutelar a confiança de terceiro. Para um terceiro que desconhece a ausência de matrimónio, a

¹⁰²⁶ Contra, CRISTINA DIAS, *Dívidas* pp. 1011 e s.

união de facto não se distingue da união conjugal. E estando em causa dívidas de pequena monta, não lhe é exigível que apure se a aparência de união conjugal corresponde ou não à realidade.

IV. A relevância dos chamados contratos de coabitação.

IV.a) Qual a relevância dos contratos mediante os quais as partes estipulam para a relação de união de facto, já constituída ou a constituir, um regime semelhante ao que vigora para o casamento?

IV.b) Se o contrato tiver por objecto deveres conjugais específicos, como o de fidelidade, ele será inválido nesta parte pelos mesmos motivos que levam à recusa da aplicação em bloco dos efeitos legais do casamento à união de facto.

Mas, como decorre do art. 2014º, nº 1, será possível a constituição negocial de uma obrigação de alimentos, que se não confunde com a obrigação de fonte legal que se inclui no dever conjugal de assistência.

IV.c) Se o contrato de coabitação tiver por objecto matérias de regimes de bens, administração, disposição e dívidas, as cláusulas serão válidas em tudo o que se conforme com as regras de direito comum.

A estipulação de um regime de comunhão de bens levanta dúvidas quanto à sua validade, dada a excepcionalidade da contitularidade de mão comum no nosso ordenamento (cf. art. 1404º).

As cláusulas de administração e disposição de bens próprios que imponham a necessidade do consentimento do outro membro da união de facto serão inválidas, por afectarem interesses de terceiros.

As cláusulas sobre dívidas serão válidas na medida em que ampliem a protecção que, nos termos gerais, assiste aos credores, e desde que não sejam usurárias para um dos membros da união de facto (cf. art. 282º).

IV.d) Se o contrato de coabitação tiver por objecto a regulamentação de direitos associados à cessação da união de facto, as cláusulas serão válidas se, p.e., não contrariarem medidas legais de protecção da união de facto, com carácter imperativo, não limitarem significativamente a liberdade na ruptura e não violarem a proibição de pactos sucessórios.

5. Efeitos específicos da união de facto protegida

I. Efeitos de Direito não civil da Família.

À luz do art. 3º da LUF, os membros da união de facto protegida têm direito a: a) Protecção da casa de morada de família; b) Beneficiar do regime jurídico de férias, faltas, licenças e preferências na colocação dos trabalhadores da Administração Pública previsto para os cônjuges destes; c) Beneficiar do regime jurídico de férias, feriados, faltas e licenças, emergente do contrato de trabalho, aplicável ao cônjuge; d) Beneficiar do regime do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares estabelecido para os sujeitos passivos casados e não separados de pessoas e bens; e) Protecção na eventualidade de morte do beneficiário, pela aplicação do regime geral da segurança social; f) Prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional; g) Pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País.

Ora, abstraindo da al. a), todos os efeitos da união de facto que foram enumerados se inserem no âmbito do Direito não civil (Direito da Função Pública, Direito do Trabalho, Direito Fiscal e Direito da Segurança Social). Ou seja, a esmagadora maioria dos efeitos da união de facto protegida que a lei indica como tais

não cabem no Direito civil da Família. Em comparação com o casamento, a eficácia civil da união de facto protegida é, aliás, muito escassa: as manifestações mais significativas de relevância civil da ligação em apreço verificam-se no momento de cessação (motivo por que serão estudadas, *infra*, na Parte IV, n.ºs 7 e 8) e estão associadas à casa de morada de família e aos alimentos.

II. Efeitos no domínio da nacionalidade, da entrada e permanência no território português.

II.a) A Lei da Nacionalidade (aprovada pela Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro) prevê que pode adquirir a nacionalidade portuguesa mediante declaração o estrangeiro que viva em união de facto há mais de três anos com nacional português, após reconhecimento judicial dessa relação (art. 3.º, n.º 3).

Em regra, a declaração de vontade de aquisição da nacionalidade deve ser instruída com certidão da sentença judicial, com certidão do assento de nascimento do companheiro português e com a declaração deste, prestada há menos de três meses, que confirme a manutenção da união de facto (art. 14.º, n.º 4, do Regulamento da Nacionalidade Portuguesa, aprovado pelo DL n.º 237-A/2006, de 14 de Dezembro).

II.b) A entrada e permanência em território nacional de estrangeiro que viva em união de facto “constituída nos termos da lei” é regulada pela Lei n.º 37/2006, de 9 de Agosto (sobre livre circulação e residência dos cidadãos da União Europeia e dos membros das suas famílias em território nacional), se o respectivo companheiro for “cidadão da União”, entendendo-se como “cidadão da União” o cidadão nacional de Portugal, de outro Estado membro da União Europeia, da Suíça ou de Estado parte no Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (cf. arts. 1.º-3.º).

Genericamente, a lei em apreço estabelece um regime mais favorável ao companheiro de “cidadão da União” (do que ao companheiro de outro cidadão), em matéria de entrada e saída do território nacional, direito de residência ou protecção contra o afastamento do território português.

II.c) A entrada e permanência em território nacional de estrangeiro que viva em união de facto é regulada pela Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho (que aprovou o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional), se o respectivo companheiro não for “cidadão da União”.

Os arts. 98.º a 108.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, disciplinam a autorização de residência para reagrupamento familiar, no caso de união de facto “devidamente comprovada nos termos da lei” (art. 100.º, n.º 1, al. a)). O direito ao reagrupamento familiar com o companheiro é conferido, nomeadamente, ao cidadão estrangeiro com autorização de residência válida no território nacional, que com ele tenha vivido noutro país, que dele dependa ou que com ele coabite (arts. 98.º, n.º 1, e 100.º, n.º 2).

III. Adopção e procriação medicamente assistida.

III.a) O art. 7.º da LUF reconhece às pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto protegida o direito de adopção conjunta, em condições análogas às previstas no art. 1979.º, isto é: mais de 25 anos de idade e duração da ligação superior a quatro anos; ou, se o adoptando for filho do companheiro, idade mínima de 25 anos, bastando que a união de facto dure há mais de dois anos.

III.b) As técnicas de PMA podem ser utilizadas em benefício de membros de união de facto protegida de sexo diferente que sejam maiores de idade e não se encontrem interditos ou

inabilitados por anomalia psíquica (art. 6º da LPMA). A filiação da criança nascida graças à aplicação consentida das técnicas de PMA será fixada relativamente a ambos os membros do casal¹⁰²⁷.

Capítulo III – Cessaçãõ da uniãõ de facto

Em especial, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 79-93; Telma Carvalho, *União* 249-252; França Pitãõ, *Uniãoes* 191-257, 271-313, 323-328.

6. Causas de cessaçãõ da uniãõ de facto

O art. 8º, nº 1, da LUF, prevê três causas de dissoluçãõ da uniãõ de facto protegida: a morte de um dos membros (al. a)); a ruptura (al. b)), por vontade de um ou de ambos os companheiros; e o casamento de um dos unidos de facto (al. c)), com o outro ou com terceiro.

Uma quarta causa possível é a reconciliaçãõ de um membro da uniãõ de facto casado, separado de pessoas e bens, com o respectivo cônjuge. A reconciliaçãõ põe fim à separaçãõ de pessoas e bens, implicando o restabelecimento da vida em comum entre os contraentes do casamento e de todas as situações jurídicas conjugais (art. 1795º-C, nº 1), o que é incompatível com a subsistênciã da uniãõ de facto protegida (cf. art. 2º, al. c), da LUF).

A morte, a ruptura e o casamento de um unido de facto com o outro sãõ causas de extinçãõ comuns à uniãõ de facto protegida e nãõ protegida.

Para a dissoluçãõ da uniãõ de facto por ruptura, basta a manifestaçãõ de vontade de um dos seus membros, sem que se

exija intervençãõ estatal ou especial formalismo. A declaraçãõ judicial a que alude o art. 8º, nº 2, da LUF, nãõ é condiçãõ da cessaçãõ da uniãõ de facto, mas da efectivaçãõ dos direitos que sãõ legalmente conferidos a um companheiro no caso de ruptura de uma uniãõ protegida.

O art. 2º-A da LUF regula a prova da cessaçãõ da uniãõ protegida. No caso de ruptura, a cessaçãõ da uniãõ pode provar-se por declaraçãõ emitida pela junta de freguesia competente, que terã de ser acompanhada por certidões de cõpia integral do registo de nascimento de cada um dos membros da uniãõ de facto e por declaraçãõ de honra, subscripta por ambos ou por um deles, em que se diga que viveram em uniãõ de facto há mais de dois anos e em que se indique a data em que a ligaçãõ terminou (nº 3). No caso de cessaçãõ por morte, a prova pode efectuar-se por declaraçãõ emitida pela junta de freguesia, na qual se atesta que o interessado residia há mais de dois anos com o falecido, à data da morte, documento que deverã ser acompanhado de declaraçãõ do interessado, sob compromisso de honra, de que vivia em uniãõ de facto com o falecido há mais de dois anos, à mesma data, de certidãõ de cõpia integral do registo de nascimento do interessado e de certidãõ do óbito do falecido (nº 4). As falsas declarações sãõ penalmente puníveis (nº 5).

7. A liquidaçãõ dos interesses patrimoniais

A liquidaçãõ dos interesses patrimoniais no caso de ruptura é tida como um dos aspectos da maior relevãncia nas relações dos companheiros entre si¹⁰²⁸.

¹⁰²⁸ Cf. GERALDO DA CRUZ ALMEIDA, *Da uniãõ de facto. Convivênciã more uxorio em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Ediçãõ de Pedro Ferreira, 1999, p. 213.

I. Para certa doutrina¹⁰²⁹, cessada a união de facto, “cada um dos sujeitos da relação tem direito a participar na liquidação do património adquirido pelo esforço comum”, devendo essa liquidação fazer-se “de acordo com os princípios das sociedades de facto quando os respectivos pressupostos se verificarem”.

Na jurisprudência, havendo património adquirido pelo esforço comum, admite-se que a respectiva liquidação seja feita de harmonia com as regras do instituto do enriquecimento sem causa¹⁰³⁰ ou com os princípios das sociedades de facto¹⁰³¹.

Contudo, a ausência de finalidade lucrativa da comunhão de vida em que se traduz a união de facto¹⁰³² opõe-se ao uso da construção da sociedade de facto. Por conseguinte, a composição dos interesses patrimoniais em conflito assentará no instituto do enriquecimento sem causa. É, p.e., este mecanismo que poderá tutelar a posição do membro da união de facto que entregou dinheiro seu para que o outro intervisse como adquirente no contrato de compra e venda de um imóvel ou automóvel.

II. Seja como for, é preciso ter em conta que a coabitação cria confusão quanto à titularidade de bens móveis não sujeitos a registo (v.g., o recheio da casa). Não se conseguindo demonstrar a propriedade exclusiva de um dos membros da união de facto, entende-se, por presunção natural ou judicial, que esses

¹⁰²⁹ Alude a esta tese, PEREIRA COELHO, “Casamento e família no direito português” (texto de conferência proferida em 17/10/1984), em *Ciclo de conferências no Conselho Distrital da Ordem dos Advogados, Temas de Direito da Família*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986, p. 17. Segundo, GERALDO DA CRUZ ALMEIDA, *Da união de facto* cit., p. 214, a mencionada posição parecia ser a dominante em 1999 na doutrina portuguesa.

¹⁰³⁰ Cf. ac. do STJ de 8/5/1997, *CJ-S* 1997/2, p. 81; ac. da RL de 10/5/2007, *CJ* 2007/3, p. 71.

¹⁰³¹ Cf. ac. do STJ de 9/3/2004, processo 04B11, em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁰³² Cf. a observação certa de TELMA CARVALHO (*União* p. 234), que, porém atribui à união de facto uma finalidade alternativa discutível.

bens pertencem em compropriedade (e em quotas iguais) aos membros, pelo que qualquer um deles poderá requerer a divisão da coisa comum (cf. arts. 1412º e 1413º).

8. Efeitos específicos da cessação da união de facto protegida

8.1. Efeitos da cessação por morte

Com a morte de um membro da união de facto, cabem ao outro os seguintes benefícios: direito a alimentos e às prestações por morte previstas na LUF; direitos sobre a casa de morada da família e o respectivo recheio; e direito a uma indemnização por danos não patrimoniais.

I. O direito a alimentos e a outras prestações.

I.a) O membro sobrevivente da união de facto protegida que careça de alimentos pode exigir alimentos da herança do companheiro falecido (art. 2020º, nº 1, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto¹⁰³³).

Este crédito de alimentos perante a herança extingue-se se não for exercido nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão (art. 2020º, nº 2). O direito a alimentos cessa ainda se o alimentado contrair casamento, iniciar nova união de facto “ou se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral” (art. 2019º, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto, aplicável nos termos do art. 2020º, nº 3).

¹⁰³³ Na redacção do DL nº 496/77, de 25 de Novembro, o art. 2020º, nº 1, dispunha que “aquele que, no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, vivia com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges, tem o direito de exigir alimentos da herança do falecido, se os não puder obter nos termos das alíneas a) a d) do art. 2009º”.

O regime anterior às alterações introduzidas pela Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto, afigurava-se particularmente discutível em dois pontos: ao fazer depender o direito de exigir alimentos à herança do membro da união de facto falecido da impossibilidade de o companheiro sobrevivente obter do cônjuge ou ex-cônjuge; e ao determinar que tal direito cessava se o respectivo titular casasse, nada estabelecendo se ele, em vez de casar, passasse a viver em união de facto.

I.b) O art. 3º, nº 1, da LUF confere ao membro da união de facto protegida o direito às seguintes prestações por morte do companheiro: pensão de sobrevivência e subsídio de morte (al. e)); prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional (al. f)); pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País (al. g)).

O art. 6º da LUF, na versão originária, que visava regular o acesso às prestações por morte, suscitou alguma controvérsia no que toca às prestações gerais (pensão de sobrevivência e subsídio por morte). Até ao Decreto-Lei nº 153/2008, de 6 de Agosto, o debate desenvolveu-se em torno de dois aspectos: ónus de alegação e prova de requisitos; número de acções a intentar pelo companheiro sobrevivente (uma ou duas¹⁰³⁴).

O art. 2º do Decreto-Lei nº 153/2008, de 6 de Agosto, ao alterar o art. 3º¹⁰³⁵ do Decreto-Regulamentar nº 1/94, de 18 de Janeiro, tornou claro que a atribuição das prestações ficava dependente de apenas uma acção judicial.

¹⁰³⁴ Cf. REMÉDIO MARQUES, *Alimentos* pp. 264-271.

¹⁰³⁵ Na nova redacção do art. 3º, o nº 1 estabeleceu que a obtenção das prestações por morte implicava uma sentença judicial que reconhecesse ao beneficiário “o direito de alimentos ou, na falta ou insuficiência de bens da herança, a qualidade de titular do direito a alimentos, nos termos do disposto no artigo 2020º do Código Civil”; enquanto o nº 2 previa que, para efeitos do disposto no número anterior, a acção declarativa devia ser intentada também contra a instituição de segurança social competente para a atribuição das prestações.

Manteve-se, porém, a dúvida quanto à invocação e demonstração de requisitos em juízo¹⁰³⁶. Dominou a opinião¹⁰³⁷ de que aquele que pretendia ter acesso às prestações gerais precisava de alegar e provar o seguinte: que carecia de alimentos; que vivia em união de facto há mais de dois anos com o falecido, não casado ou separado de pessoas e bens; e que não podia obter os alimentos necessários do cônjuge, ex-cônjuge, dos parentes na linha recta, dos irmãos, nem da herança do companheiro falecido.

A Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto, mudou esta problemática: haverá uma acção judicial e apenas se a entidade responsável pelo pagamento das prestações por morte entender que existem fundadas dúvidas sobre a existência da união de facto (art. 6º, nº 2, da LUF, na redacção desta lei de 2010); e, na eventualidade de ser intentada a acção, o membro sobrevivente da união de facto terá unicamente de demonstrar que vivia em união de facto há mais de dois anos (uma vez que o art. 2020º foi alterado, como se referiu, e agora o art. 6º, nº 1, da LUF confere o direito às prestações por morte “independentemente da necessidade de alimentos”).

II. Os direitos sobre a casa de morada da família pertencente ao companheiro falecido.

Em caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada de família, o membro sobrevivente goza de direito real de habitação, pelo prazo de cinco anos, sobre a casa de morada de família, e direito de preferência na sua venda, “durante o tempo em que a habitar por qualquer título” (art. 5º, nºs 1 e 9, da LUF, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto).

¹⁰³⁶ Cf. o enunciado de PIRES DA ROSA, “Ainda a união de facto e a pensão de sobrevivência”, *Lex Familiae*, nº 5, 2006, pp. 111-112.

¹⁰³⁷ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I pp. 88-90; SALTER CID, *A comunhão de vida* pp. 672-673, nota 325.

Se a união de facto tiver começado há mais de cinco anos antes da morte, o direito de habitação é conferido por tempo igual ao da duração da união (art. 5º, nº 2, da LUF, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto).

Excepcionalmente, e por motivos de equidade, o tribunal pode prorrogar os prazos de atribuição do direito de habitação “considerando, designadamente, os cuidados dispensados pelo membro sobrevivente à pessoa do falecido ou a familiares deste, e a especial carência em que o membro sobrevivente se encontre, por qualquer causa” (art. 5º, nº 4, da LUF, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto).

O direito de habitação não é conferido ao membro sobrevivente se este tiver casa própria na área do respectivo concelho da casa de morada de família ou nos concelhos limítrofes, se a casa de morada se situar nas áreas dos concelhos de Lisboa ou Porto (art. 5º, nº 6, da LUF, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto). O direito caduca se o interessado não habitar a casa por mais de um ano, salvo se a falta de habitação for devida a força maior (art. 5º, nº 5, da LUF, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto).

Esgotado o prazo em que beneficiou do direito de habitação, o membro sobrevivente tem o direito de permanecer no imóvel na qualidade de arrendatário, nas condições gerais de mercado, e tem direito a permanecer no local até à celebração do respectivo contrato, salvo se os proprietários satisfizerem os requisitos legalmente estabelecidos para a denúncia do contrato de arrendamento para habitação, pelos senhorios, com as devidas adaptações (art. 5º, nº 7, da LUF, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto). Na falta de acordo sobre as condições do contrato entre o membro sobrevivente da união de facto e os proprietários do imóvel, o tribunal pode fixá-las, ouvidos os interessados (art. 5º, nº 8, da LUF, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto).

Com a Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto, os direitos de habitação e preferência são atribuídos ao companheiro sobrevivente tenham ou não sobrevivido descendentes do *de cuius* e são

objecto de um legado que é legítimo, e não legítimo¹⁰³⁸. Anteriormente, esgotado o prazo do direito real de habitação, o companheiro sobrevivente perdia o direito de permanecer no imóvel correspondente à casa de morada de família. Com a Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto, o companheiro sobrevivente adquire o direito de continuar a habitar no imóvel, mas na qualidade de arrendatário.

Se os membros da união de facto fossem comproprietários da casa de morada de família, o membro sobrevivente mantém a sua posição de comproprietário, que nunca perdeu, após a cessação do prazo de direito de habitação que onerava a quota integrada na herança do falecido.

III. Direito de uso do recheio da casa de morada de família pertencente ao companheiro falecido.

A Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto, confere um novo benefício ao membro sobrevivente da união de facto: o direito de uso do recheio da casa de morada de família pertencente ao falecido, pelo prazo de cinco anos ou por prazo igual ao da duração da união de facto, se esta tiver durado mais de cinco anos (art. 5º, nºs 1 e 2, da LUF).

O direito de uso do recheio caduca, e o respectivo prazo pode ser prorrogado, nos mesmos termos que o direito de habitação sobre a casa de morada de família (ainda art. 5º da LUF, nºs 4 e 5).

Se os membros da união de facto fossem comproprietários do recheio da casa de morada de família, o membro sobrevivente mantém a sua posição de comproprietário, que nunca perdeu, após a cessação do prazo de direito de uso do recheio que onerava a quota integrada na herança do falecido.

¹⁰³⁸ Na versão originária da LUF, a matéria era regulada no art. 4º. O nº 2 deste artigo excluía a atribuição dos direitos de habitação e de preferência se ao falecido tivessem sobrevivido descendentes com menos de um ano ou que com ele convivessem há mais de um ano e pretendessem habitar a casa; ou se o *de cuius* tivesse feito disposição testamentária em contrário.

IV. Direito ao arrendamento para habitação da casa antes arrendada ao companheiro falecido.

IV.a) Em caso de morte do membro da união de facto protegida que era o arrendatário, o art. 1106º, nº 1, al a), estabelece que o direito de arrendamento para habitação se transmite em favor da “pessoa que com o arrendatário vivesse no locado em união de facto e há mais de um ano”¹⁰³⁹.

Esta previsão é susceptível de criar dúvidas. Em abstracto, configuram-se várias hipóteses.

A primeira é considerar que o membro sobrevivente da união de facto beneficia desde que resida no locado há mais de um ano, ignorando os requisitos gerais da protecção da união de facto, fixados na LUF. Mas ignorar a necessidade de qualquer requisito geral de relevância para desencadear a transmissão a favor do membro sobrevivente da união de facto é pouco convincente. Seria estranho que a transmissão operasse à margem do disposto no art. 2º da LUF, p.e., quando se tratasse de união de facto incestuosa, entre dois irmãos residentes no locado.

Deste modo, importa atender a outras três posições, que concordam em negar eficácia à união de facto que não observe os requisitos do referido art. 2º.

No entanto, a LUF impõe outro requisito geral de relevância: duração da união de facto há mais de dois anos (art. 1º, nº 2).

Num entendimento, a união de facto não tem de durar há mais de dois anos; é preciso que dure há mais de um ano e que os seus membros residam há mais de um ano no locado¹⁰⁴⁰. Todavia, a partícula “e” parece ligar a expressão “há mais de um ano” apenas à convivência no locado.

¹⁰³⁹ Cf. DUARTE PINHEIRO, *Morte do arrendatário* pp. 918-921.

¹⁰⁴⁰ Ideia sustentada por CUNHA DE SÁ/LEONOR COUTINHO, *Arrendamento 2006*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 103.

Noutra opinião, o membro sobrevivente da união de facto beneficia desde que viva em união de facto há mais de um ano, independentemente do tempo que residir no locado; nesta perspectiva, defende-se que a leitura da al. a) do art. 1106º, nº 1, deve ser feita de harmonia com a da al. b), pois não faria sentido que as condições materiais da transmissão por morte do arrendamento para habitação fossem mais favoráveis para o convivente em economia comum do que para o membro da união de facto; ora, na al. b), para se ser transmissário, parece suficiente que se resida com o arrendatário em economia comum e há mais de um ano¹⁰⁴¹.

Numa última posição, o art. 1106º prevê um requisito adicional aos requisitos gerais de protecção da união de facto: assim, é preciso que a união dure há mais de dois anos e que, no momento da morte do companheiro arrendatário, as partes já coabitassem no locado enquanto membros da união de facto há mais de um ano.

A última orientação parece ser a mais convincente¹⁰⁴². O benefício da transmissão reconhecido ao membro sobrevivente da união de facto no art. 1106º depende de dois requisitos: o requisito de dois anos de convivência em união de facto, que decorre do regime geral da união de facto, e o requisito da convivência em união de facto no locado há mais de um ano, imposto pela letra da al. a) do art. 1106º. Note-se que isto não significa, necessariamente, a exigência de um prazo de três

¹⁰⁴¹ É o que pensam JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “O novo regime do arrendamento urbano: contributos para uma análise”, *Cadernos de Direito Privado* nº 14, Abril/Junho 2006, pp. 15-16; MARIA OLINDA GARCIA, *A nova disciplina do arrendamento urbano*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 41; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Arrendamento urbano*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 118.

¹⁰⁴² Igualmente, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF I* pp. 86-87.

anos, mas de dois anos: o prazo de convivência no locado pode começar a contar-se desde o momento da constituição da união de facto.

Em abono desta tese, é possível invocar três elementos: o elemento literal da al. a), como se viu; o elemento teleológico; e o elemento sistemático.

Sobre o elemento teleológico. O artigo 1106º preocupa-se com a tutela da estabilidade, da continuidade da habitação no locado, apesar da morte do arrendatário. Ora, essa tutela só se compreende quando a vivência no locado dure há algum tempo. Se o requisito da duração não é mencionado para o casamento, é, porque, por força da natureza do instituto, a eficácia sucessória de um casamento válido não está, nem nunca esteve, condicionada por quaisquer prazos.

Não há nenhuma discrepância injustificada entre a situação do membro sobrevivente da união de facto e aquele que convivia em economia comum com o arrendatário. Embora, não se diga expressamente na al. b) do art. 1106º, nº 1, que o convivente em economia comum deve viver no locado há mais de um ano, resulta do contexto que a exigência do prazo de um ano se refere à residência no locado. Resulta da al. a) que fala constantemente de residência no locado e de vivência no locado; e resulta da redacção da al. b), na qual se diz “pessoa que com ele residisse em economia comum e há mais de um ano” em vez de se ter prescindido da partícula “e” (“pessoa que com ele residisse em economia comum há mais de um ano”). Aliás, até na vigência do art. 85º, nº 1, als. b) e d), do RAU, que utilizava pura e simplesmente a expressão “conviver há mais de um ano” se associava o prazo à convivência, em certos termos, no locado¹⁰⁴³.

¹⁰⁴³ Cf. JOÃO SÉRGIO LEITÃO, “Morte do arrendatário habitacional e sorte do contrato”, em A.A. VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2002, p. 325.

Partir do princípio de que agora, para efeitos de transmissão por morte do arrendamento para habitação, basta que a união de facto dure somente um ano seria introduzir uma enorme quebra sistemática, dado que o prazo de dois anos continuaria a ser necessário nas restantes hipóteses de protecção da casa de morada de família (transmissão *inter vivos*, constituição forçada da relação de arrendamento, atribuição dos direitos reais de habitação e de preferência). O elemento sistemático também não favorece a substituição do prazo de dois anos pelo prazo de um ano, hipoteticamente com base no art. 3º, nº 2, da LUF (versão da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto), que dispõe: “Nenhuma norma da presente lei prejudica a aplicação de qualquer outra disposição legal ou regulamentar em vigor tendente à protecção jurídica de uniões de facto ou de situações em economia comum”.

É que o art. 1106º não pode ser tido como “outra disposição legal tendente à protecção jurídica das uniões de facto”, distinta das normas da LUF. Por força da referência constante do art. 5º, nº 10, da LUF, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto, a matéria da transmissão do arrendamento habitacional por morte está integrada no regime geral da união de facto.

Em conclusão, para que o membro sobrevivente da união de facto beneficie da transmissão, exige-se a observância dos requisitos gerais da protecção da união de facto e ainda que ele resida há mais de um ano no locado. Todavia, tal como acontecia na vigência do RAU, o requisito de convivência no locado não deve ser encarado rigidamente: não se pede uma convivência física contínua no locado, chega uma convivência normal, compatível com ausências temporárias justificadas (p.e., compatível com ausências motivadas por férias, por internamento hospitalar ou por viagens profissionais).

IV.b) A transmissão por morte do arrendamento habitacional nos contratos celebrados antes do NRAU é regulada pelos arts. 57º, 26º, nº 2, e 28º, da Lei nº 6/2006, de 27 de Fevereiro.

Ao abrigo do disposto no art. 57º, nº 1, al. b), da Lei nº 6/2006, de 27 de Fevereiro, o arrendamento para habitação não caduca por morte do primitivo arrendatário quando lhe sobreviva “pessoa que com ele vivesse em união de facto, com residência no locado”.

Deste modo, em paralelo com o que se defendeu relativamente ao art. 1106º, só beneficia da transmissão por morte do arrendamento habitacional o membro sobrevivente da união de facto *protegida*.

IV.c) O arrendamento habitacional decorrente de transmissão por morte em benefício do membro da união de facto está, em regra, limitado, por natureza, ao período de duração do direito real de habitação que existiria se o falecido fosse proprietário do imóvel onde se encontrava instalada a casa de morada de família (a um período máximo de cinco anos, ainda que o falecido fosse titular de um direito de arrendamento de duração indeterminada): cf., *infra*, Parte IV, nº 8.2. II.e).

V. O art. 496º, nº 2, na versão originária, não incluía o membro sobrevivente da união de facto entre os beneficiários do direito à indemnização por danos não patrimoniais, no caso de morte da vítima.

O ac. do TC 275/2002, de 19/6/2002¹⁰⁴⁴, julgou inconstitucional, “por violação do artigo 36º, nº 1, da Constituição, conjugado com o princípio da proporcionalidade, a norma do nº 2 do art. 496º do Código Civil na parte em que, em caso de morte da vítima, exclui a atribuição de um ‘direito de indemnização por danos não patrimoniais’ pessoalmente sofridos pela pessoa que convivia com a vítima em situação de união de facto, estável e duradoura, em condições análogas às dos cônjuges”.

Todavia, a fundamentação do mencionado aresto não era convincente, por se basear na ideia de que a união de facto era uma relação jurídica familiar¹⁰⁴⁵. E jurisprudência posterior, do próprio Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal de Justiça, considerou que não era materialmente inconstitucional a norma do art. 496º, nº 2, interpretada no sentido de que o membro da união de facto estava excluído da sua previsão¹⁰⁴⁶.

A Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto, alterou o art. 496º, atribuindo ao membro sobrevivente da união de facto o mencionado direito à indemnização, em concurso com os filhos ou outros descendentes do falecido (cf. os nºs 2 e 3 da versão do art. 496º em vigor).

VI. Comparação com os efeitos civis da extinção por morte do vínculo matrimonial.

O membro sobrevivente da união de facto beneficia de alguns direitos e prerrogativas que são idênticos ou semelhantes aos que cabem ao viúvo:

¹⁰⁴⁵ Cf., *infra*, Parte IV, nºs 11-12. Uma análise pormenorizada e muito crítica do aresto é feita por SALTER CID, *A comunhão de vida* pp. 526-544. Em contrapartida, para MENEZES CORDEIRO (*Tratado de Direito Civil português*, vol. II, *Direito das Obrigações*, tomo III, Coimbra, Almedina, 2010, p. 519), o mesmo acórdão se encontrava “no bom caminho”, por rejeitar a concepção restritiva do art. 496º, nº 2. O Professor Catedrático da Clássica de Lisboa explica que tal concepção “não faz já muito sentido, para mais numa época em que a família perde terreno, quer na sociedade, quer na própria lei”. E acrescenta o seguinte: “caso a caso o tribunal deverá verificar quem, de facto, sofre com a morte da vítima, sendo de ter em conta a posição do companheiro de muitos anos; a própria doutrina cristã o exige!”.

¹⁰⁴⁶ Cf. acs. do TC 86 e 87/2007, ambos de 6/2/2007, processos nºs 26/2004 e 995/2005, respectivamente, <http://www.tribunalconstitucional.pt>. O ac. do STJ de 04/12/2003, processo 03B3825, em <http://www.dgsj.pt>, desvaloriza o ac. do TC 275/2002 com as seguintes palavras: “tirado sobre um caso de homicídio doloso”, “tem, confessadamente, a marca da gravidade extrema do ilícito”, e “vem, pois, com uma faceta de casuismo que o debilita como precedente jurisprudencial”.

- a) O direito a exigir alimentos da herança do companheiro falecido (art. 2020º, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto), que tem um certo paralelo com o apanágio do cônjuge sobrevivente (art. 2018º).
- b) O direito à transmissão por morte do arrendamento habitacional (art. 1106º; art. 57º da Lei nº 6/2006, de 27 de Fevereiro).
- c) O direito de habitação e o direito de preferência na venda da casa de morada de família pertencente ao companheiro falecido (art. 5º, nºs 1 e 9, da LUF, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto), que configuram um certo paralelo com as atribuições preferenciais do cônjuge sobrevivente (arts. 2103º-A a 2103º-C).
- d) O direito a indemnização por danos não patrimoniais sofridos com a morte do companheiro, que assiste igualmente ao cônjuge do falecido (art. 496º, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto).
- e) O direito a constituir uma nova união de facto que, após dois anos, venha a ser protegida (o cônjuge sobrevivente pode voltar a casar, após o decurso do prazo internupcial).
- f) O exercício exclusivo das responsabilidades parentais sobre os filhos menores do casal (arts. 1904º e 1911º, nº 1).

Apesar de tudo, as consequências da dissolução da união de facto estão muito aquém das que decorrem da dissolução por morte do vínculo matrimonial:

- a) Havendo casamento, a morte extingue a sujeição a um regime inerente ao *status* ou estado de casado (art. 1688º), que se exprime, designadamente, na vinculação aos chamados deveres dos cônjuges e em soluções que se demarcam das que são impostas pelas regras comuns em matéria de titularidade de bens, prática de actos de administração e disposição; a validade dos contratos; na união de facto, a morte de um dos companheiros não implica a

- cessação de um regime similar, até porque o mesmo nem sequer chegou a vigorar.
- b) O cônjuge sobrevivente tem o direito de suceder como herdeiro legal (arts. 2133º, nº 1, alíneas a) e b), nº 3, e 2157º); o companheiro sobrevivente não pode ser herdeiro legal do *de cuius*, beneficiando de meros legados legais que têm por objecto a casa de morada de família e o respectivo recheio (art. 5º da LUF, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto).
 - c) O cônjuge pode requerer providências preventivas ou atenuantes da ofensa à memória do cônjuge falecido (arts. 71º, nº 2, 73º, 75º, nº 2, 76º, nº 2, e 79º, nº 1); ao membro da união de facto não é reconhecida legitimidade para requerer essas providências.

8.2. Efeitos da cessação por ruptura ou casamento de um dos membros da união de facto com terceiro

I. A morte não é a única causa de extinção da união de facto (cf., *supra*, Parte IV, nº 6).

A união de facto pode dissolver-se com o casamento de um dos membros (art. 8º, nº 1, c), da LUF).

Se os companheiros casarem um com o outro, a relação passará a ser regulada pelo Direito Matrimonial.

Mas interessa em especial o regime da extinção da união de facto por ruptura ou vontade por um dos seus membros, regime que também é aplicável se um dos membros da união de facto casar com outrem que não o companheiro ou se o companheiro casado e não separado de pessoas e bens se reconciliar com o respectivo cônjuge.

A dissolução por ruptura terá de ser judicialmente declarada quando se pretendam fazer valer direitos que dependam daquela e tal declaração judicial deve ser proferida na acção em que os direitos reclamados são exercidos, ou em acção que siga o

regime processual das acções de estado (art. 8º, nºs 2 e 3, da LUF, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto).

II. Os efeitos principais que a lei associa à ruptura da união de facto referem-se à casa de morada de família.

Neste contexto, vale, com algumas adaptações, muito do que se escreveu sobre o destino da casa de morada de família no caso de divórcio.

Há que distinguir a situação em que a casa de morada de família pertence a um dos cônjuges ou a ambos (como bem comum ou em compropriedade) daquela situação em que a casa está arrendada.

II.a) Se os membros da união de facto viviam em casa pertencente a um deles ou pertencente, em compropriedade, a ambos, na sequência da separação, o direito de nela habitar poderá vir a ser atribuído exclusivamente àquele que não era proprietário do imóvel ou que era somente um dos comproprietários, mediante a constituição de uma relação de arrendamento.

A relação de arrendamento pode ser constituída por acordo ou sentença.

As partes podem acordar que a casa seja arrendada ao companheiro que não era proprietário ou exclusivo proprietário.

Na falta de acordo entre os membros da união de facto separados quanto ao destino da casa pertencente a um deles ou a ambos em compropriedade, rege o art. 4º da LUF (versão da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto), no qual se prevê que é aplicável o disposto no art. 1793º, com as necessárias adaptações.

O tribunal pode dar de arrendamento a um dos membros da união de facto, a seu pedido, a casa onde residia o casal, quer essa seja própria do outro quer pertença em compropriedade a ambos, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um deles e os interesses dos filhos comuns do casal ou dos filhos de apenas um dos membros da união de facto.

II.b) Após a separação, se o casal residia em casa arrendada a um dos membros da união de facto, aquele que não é arrendatário ou que não é o único arrendatário pode vir a adquirir o direito exclusivo de habitar nessa casa, graças ao mecanismo de transmissão *inter vivos* do direito de arrendamento.

A transmissão da posição de arrendatário faz-se por acordo ou sentença.

O art. 4º da LUF, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto, prevê que, em caso de separação, é aplicável o disposto no art. 1105º, com as necessárias adaptações.

Por força do art. 1105º, nº 3, a transmissão do arrendamento por acordo do casal tem de ser homologada pelo juiz e deve ser notificada oficiosamente ao senhorio¹⁰⁴⁷, notificação que também se estende à transferência do arrendamento por decisão judicial.

II.c) Tendo em conta o disposto no art. 8º, nº 3, da LUF, o membro da união de facto, que precise de intentar uma acção para fazer valer os direitos que lhe são conferidos pelo art. 4º da LUF, pode ter de cumular o pedido de transmissão do direito de arrendamento para o não arrendatário ou de constituição do direito de arrendamento com o de declaração judicial de

¹⁰⁴⁷ Muito menos rigoroso, FRANÇA PITÃO, *Unões de facto* pp. 217-221, 223. Alegando que a exigência de homologação (pelo conservador ou pelo juiz) do acordo quanto ao destino da casa de morada da família só faz sentido para o divórcio e para a separação de pessoas e bens, situações que estão necessariamente condicionadas por uma decisão externa, o ilustre jurista considera ser suficiente que os companheiros procedam à notificação judicial avulsa do senhorio, nos termos do art. 261º do CPC, "com vista a ser por este reconhecido como arrendatário aquele que não constava do título de arrendamento, com base no próprio acordo que eles celebraram entre si". No entanto, a defesa de um menor rigor formal para a transmissão do arrendamento na união de facto traduz-se numa vantagem objectiva que é conferida a um ex-membro da união de facto, em contraste com a lógica do sistema, que confere uma tutela nunca inferior ao ex-cônjuge.

dissolução da união de facto por separação, sendo aquele pedido dependência deste.

II.d) As razões aduzidas para sustentar o cariz quase-alimentar da formação e da transmissão do arrendamento a favor do cônjuge adequam-se à constituição e à transmissão do arrendamento a favor do companheiro, o que tem implicações de regime: cf., *supra*, Parte III, n° 36.3. IV.d)).

II.e) O direito de arrendamento, adquirido por via originária ou derivada pelo outro membro da união de facto, na sequência de ruptura, está, em regra, limitado, por natureza, ao período máximo de duração do direito real de habitação que caberia ao membro sobrevivente da união de facto se o imóvel pertencesse ao falecido (cf. art. 5º, n°s 1 e 2, da LUF, na redacção da Lei n° 23/2010, de 30 de Agosto), ainda que se trate da transmissão de um arrendamento de duração indeterminada. Por conseguinte, é, por exemplo, algo discutível a decisão judicial de constituição forçada do arrendamento por prazo superior a cinco anos, a não ser que o período adicional se funde no interesse dos filhos ou em motivos de equidade similares aos que figuram no art. 5º, n° 4, da LUF, na redacção da Lei n° 23/2010, de 30 de Agosto.

A defesa do mencionado limite temporal ao direito de arrendamento que seja atribuído ao membro da união de facto por transmissão ou constituição forçada impõe-se por um princípio de coerência sistemática. Como se lê no art. 5º da LUF (versão da Lei n° 23/2010, de 30 de Agosto), em caso de morte do membro da união de facto que era proprietário da casa de morada de família, o membro sobrevivente tem direito real de habitação, por um dado prazo, sobre a mesma. Nesta situação, em que não há litígio entre os membros da união de facto e em que não estão em jogo interesses de um terceiro senhorio, a lei entendeu conferir ao membro sobrevivente um direito de gozo da casa circunscrito. Seria contraditório que, havendo transmissão ou constituição

forçada do arrendamento, em que são afectados os interesses do senhorio ou do membro da união de facto que é proprietário do bem, a restrição ao direito de propriedade da casa pudesse ultrapassar o horizonte temporal ditado para a hipótese de morte do companheiro que fosse proprietário do imóvel.

III. Comparação com os efeitos civis da dissolução do casamento por divórcio.

Há efeitos do divórcio que são paralelos aos da ruptura da união de facto, p.e., quanto à casa de morada (como se viu imediatamente, *supra*, em II), ao exercício das responsabilidades parentais (art. 1911º, n° 2) e à possibilidade de formação de uma nova união (o ex-cônjuge pode casar, uma vez decorrido o prazo internupcial; o companheiro que se separou pode constituir outra união de facto que, dois anos depois, se venha a enquadrar na categoria das uniões protegidas).

No entanto, o divórcio produz efeitos relevantes que não apresentam correspondência na ruptura da união de facto: o divórcio extingue a sujeição a um regime inerente ao *status* ou estado de casado (art. 1688º) que se exprime, designadamente, na vinculação aos chamados deveres dos cônjuges e em soluções que se demarcam das que são impostas pelas regras comuns em matéria de nome, titularidade de bens, prática de actos de administração e disposição, dívidas e validade dos contratos. Ora, na união de facto, a ruptura não implica a cessação de um regime similar, até porque o mesmo nunca chegou a vigorar.

Além disso, o ex-cônjuge que careça de alimentos tem direito a obtê-los do outro (cf. arts. 2009º, n° 1, al. a), e 2016º, n° 2), direito que não é conferido ao ex-companheiro perante o outro.

Capítulo IV – A convivência em economia comum

Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 94-97; França Pitão, *Unões* 337-368.

9. Noção e modalidades de convivência em economia comum

I. O entendimento da convivência em economia comum.

A convivência em economia comum¹⁰⁴⁸ corresponde a uma comunhão de mesa e habitação entre duas ou mais pessoas (cf. art. 2º da LEC).

O art. 2º, nº 1, da LEC, adita outros elementos (prazo de dois anos e estabelecimento de uma vivência em comum de entreajuda ou partilha de recursos), que, porém, respeitam somente à convivência em economia comum protegida. Logo no art. 3º, al. b), da LEC (“convivência por prestação de actividade laboral para com uma das pessoas com quem viva em economia comum”), o legislador admite que haja convivência em economia comum (que não será protegida) sem “entreajuda ou partilha de recursos”. E a doutrina considera que a comunhão de mesa e habitação por período inferior a dois anos beneficia do regime consagrado em normas que se refiram à convivência em economia comum, a não ser que estas exijam uma duração mínima de dois anos¹⁰⁴⁹.

Em rigor, os cônjuges que não estão separados e os membros da união de facto também vivem em economia comum. Contudo, de agora em diante, a expressão “convivência em economia comum” será usada para abarcar as restantes manifestações de comunhão de mesa e habitação.

II. São duas as principais classificações de modalidades de convivência em economia comum: a primeira separa a convivência em economia comum protegida da não protegida; a segunda classificação contrapõe a convivência em economia comum familiar à não familiar.

¹⁰⁴⁸ No Brasil, BERENICE DIAS, *MDF* pp. 48-49, usa o termo “família anaparental” para exprimir esta realidade.

¹⁰⁴⁹ Cf. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *CDF* I p. 97.

II.a) A convivência em economia comum protegida é aquela que goza das medidas de protecção previstas na LEC.

A convivência em economia comum é protegida desde que preencha, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) duração superior a dois anos (art. 2º, nº 1, da LEC); b) vivência com entreajuda ou partilha de recursos (art. 2º, nº 1, da LEC; o requisito leva à exclusão da protecção das situações de economia comum indicadas nas als. a) e b) do artigo subsequente); c) existência de pelo menos um membro que seja maior de idade (art. 2º, nº 2, da LEC); d) convivência que não esteja “relacionada com a prossecução de finalidades transitórias” (art. 3º, al. c), da LEC); e) integração livre de todos os membros no grupo (cf. art. 3º, al. d), da LEC).

II.b) A convivência em economia comum será familiar ou não familiar, conforme os membros do grupo estejam ou não unidos por laços familiares (v.g., de parentesco ou afinidade).

Ex. de convivência em economia comum familiar: agregado composto por irmãos que continuam a viver em comunhão de mesa e habitação, após a morte de progenitores comuns. Ex. de convivência em economia comum não familiar: um médico, um professor, um advogado, um mediador imobiliário, sem laços familiares entre si, vivem na mesma casa, situada na zona onde todos exercem as respectivas profissões; dividem as despesas relativas à casa, jantam juntos e cumprem um esquema de rotação no desempenho das tarefas domésticas.

A classificação é especialmente relevante nos Estados Unidos¹⁰⁵⁰, onde só a convivência em economia comum familiar goza de protecção federal; a convivência em economia comum não familiar (“communal family”) goza, quando muito, de protecção em alguns Estados federados.

¹⁰⁵⁰ Cf. WEISBERG, *Family Law* pp. 103-104.

Em contrapartida, a distinção tem escasso relevo no direito português, uma vez que a LEC não nega protecção à convivência em economia comum não familiar.

A classificação aflora, porém, em outros diplomas: na Lei de Protecção (que, nos arts. 46º, nº 2, e 47º, nºs 1 e 2, consagra a susceptibilidade de a comunhão de mesa e habitação formada *por parentes* funcionar como família de acolhimento em lar familiar, para crianças e jovens em perigo); no NRAU (cujo art. 57º, tendo em vista os contratos anteriores à entrada em vigor do NRAU, admite a transmissão por morte no arrendamento da habitação em benefício unicamente de conviventes que sejam parentes ou afins do arrendatário falecido); e no Código Civil (que, no art. 1106º, nºs 1 e 2, disciplina a transmissão por morte do arrendamento para habitação, favorecendo o convivente que seja parente ou afim do arrendatário falecido em detrimento dos restantes conviventes).

10. Efeitos específicos da convivência em economia comum protegida

I. Efeitos de Direito não civil da Família.

O art. 4º, nº 1, da LEC, estende à convivência em economia comum protegida os benefícios do regime não civil do casamento quanto a férias, faltas e licenças e preferência na colocação dos funcionários da Administração Pública (al. a)); a férias, feriados e faltas, por efeito do contrato individual de trabalho (al. b)); e ao imposto de rendimento das pessoas singulares (al. c)).

O art. 4º, nº 2, da LEC, estabelece que, quando a convivência em economia comum integrar duas ou mais pessoas, os benefícios previstos nas als. a) e b) do nº 1 do artigo em causa só podem ser exercidos, em cada ocorrência, por uma delas. No entanto, é difícil controlar o respeito desta regra na falta de um sistema de registo organizado para as convivências em economia comum.

II. Os efeitos civis da convivência em economia comum protegida resumem-se essencialmente à tutela da casa de morada comum (art. 4º, als. d) e e), da LEC).

II.a) Em caso de morte da pessoa proprietária da casa de morada comum, as pessoas que com ela tenham vivido em economia comum têm direito real de habitação, pelo prazo de cinco anos, sobre aquela casa, e direito de preferência na sua venda, também pelo mesmo prazo (art. 5º, nº 1, da LEC).

Mas estes direitos não serão atribuídos quando se verifique uma das situações indicadas no art. 5º, nºs 2 e 3, da LEC: sobrevivência ao proprietário de parentes na linha recta que com ele vivessem há pelo menos um ano e pretendam continuar a habitar a casa; disposição testamentária do proprietário em contrário; e sobrevivência de descendentes menores que, não coabitando com o proprietário, demonstrem ter absoluta carência de casa para habitação própria.

II.b) No caso de morte do membro da convivência em economia comum que era arrendatário da casa de morada comum, um dos membros sobreviventes pode beneficiar da transmissão por morte do arrendamento para habitação, nos termos do art. 1106º.

A posição de arrendatário transmite-se para a pessoa que convivesse com o arrendatário em economia comum protegida e residisse no locado há mais de um ano, na falta de cônjuge com residência no locado ou de membro de união de facto protegida que residisse no locado há mais de um ano.

Havendo vários conviventes em economia comum protegida, com residência no locado há mais de um ano e que tenham sobrevivido ao arrendatário, a prioridade na aquisição do arrendamento cabe, sucessivamente, ao parente do arrendatário, ao parente mais próximo, ao parente mais velho, ao afim, ao afim mais próximo, ao afim mais velho, ou, na falta de parentes ou afins, àquele que for o mais velho.

O arrendamento habitacional decorrente de transmissão por morte está, em regra, limitado, por natureza, a um período máximo de cinco anos, ainda que o falecido fosse titular de um direito de arrendamento de duração indeterminada (cf. argumentação aduzida, *supra*, Parte IV, n° 8.2. II.e), para a união de facto).

III. Comparação com os efeitos da união de facto protegida.

No domínio do Direito da Função Pública, do Direito do Trabalho e do Direito Fiscal, a lei confere benefícios idênticos à convivência em economia protegida e à união de facto protegida (cf. art. 4º, n° 1, als. a), b) e c), da LEC; art. 3º, n° 1, als. b), c) e d), da LUF).

No entanto, outros efeitos não civis são exclusivos da união de facto (art. 3º, n° 1, als. e), f) e g), da LUF): pensão de sobrevivência e subsídio de morte; prestação por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional; e pensão de preço de sangue e por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País.

Na convivência em economia comum como na união de facto, é assegurada protecção da casa de morada de comum pertencente ou arrendada a um dos membros que tenha falecido. Essa protecção é, porém, maior para a união de facto: na convivência em economia comum, os direitos de habitação e preferência não serão atribuídos se ao proprietário falecido sobreviverem descendentes ou ascendentes que com ele convivessem há mais de um ano e pretendam habitar a casa, se houver disposição testamentária do *de cuius* em contrário ou “no caso de sobrevivência de descendentes menores que não coabitando com o falecido demonstrem ter absoluta carência de casa para habitação própria” (art. 5º, n°s 2 e 3, da LEC); os prazos dos direitos de habitação e preferência conferidos ao membro sobrevivente da união de facto podem ser superiores aos dos que se atribuem ao convivente em economia comum; esgotado o prazo do direito de habitação, o companheiro sobrevivente tem o direito a permanecer no imóvel na qualidade de arrendatário; e o membro sobrevivente da união

de facto precede o convivente em economia comum na ordem dos beneficiários da transmissão por morte do arrendamento habitacional (art. 1106º).

Não há transmissão *inter vivos*, nem constituição forçada do arrendamento na hipótese de cessação da convivência em economia comum, em contraste com o que ocorre se se verificar ruptura da união de facto.

Por fim, os direitos de exigir alimentos à herança do falecido e de usar o recheio da casa de morada, reconhecidos ao companheiro, não são atribuídos ao convivente.

Capítulo V – Natureza jurídica da união de facto e da convivência em economia comum

Cf., em especial, Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *CDF* I 59-60, 94-95; Telma Carvalho, *União* 223-226, 229-237; França Pitão, *Unões* 26, 35-38, 59-60.

11. A união de facto enquanto figura que se aproxima mais da convivência em economia comum do que da união conjugal

I. Aspectos de configuração e de eficácia que aproximam a união de facto da convivência em economia comum.

A afinidade jurídica entre a união de facto e a convivência em economia comum é maior do que aquela que se verifica entre a primeira e a união conjugal¹⁰⁵¹.

¹⁰⁵¹ Contra, PAMPLONA CORTE-REAL, *DF* pp. 86-87, que defende que a união de facto é “um verdadeiro casamento informal”, e afirmando que “quer em termos de relacionamento interpessoal, quer em termos de tutela por extinção de uma situação de economia comum, não é extrapolável qualquer situação de específica analogia *legis*, quer com o casamento, quer com a união de facto”.

Tal como a convivência em economia comum, a união de facto pressupõe “comunhão de mesa e habitação”.

Tal como na união de facto, exige-se um prazo de dois anos para que a convivência em economia comum beneficie de medidas de protecção.

E alguns efeitos da convivência em economia comum protegida são idênticos ou semelhantes aos da união de facto protegida.

Aliás, a LEC e a LUF partem do princípio de que não há incompatibilidade entre os regimes das duas figuras (cf. art. 1º, nº 2, da LEC, e art. 3º, nº 2, da LUF, na redacção da Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto).

II. Semelhança social e distância jurídica entre o casamento e a união de facto.

É limitada qualquer aproximação entre o casamento e a união de facto com recurso ao elemento coabitação.

É certo que, ao invés da convivência em economia comum, a união de facto exige comunhão sexual e só é protegida se for composta por apenas duas pessoas.

Mas a coabitação não é, em nenhuma das suas três vertentes (comunhão de mesa, leito e habitação), objecto de um dever jurídico na união de facto.

O que é característico do casamento é o compromisso jurídico de coabitação. Existe casamento ainda que as respectivas partes não vivam em comum. No entanto, é inconcebível uma união de facto sem coabitação efectiva.

Tanto a convivência em economia comum como a união de facto pressupõem a existência de uma comunhão entre os seus membros, mas não obrigam a uma vida em comum¹⁰⁵².

¹⁰⁵² Contudo, a ausência de um dever jurídico de comunhão não obsta a uma eventual responsabilidade civil entre membros da união de facto ou convivência em economia comum por ruptura desconforme à boa fé objectiva. Os direitos de liberdade conhecem limites. Cf., designadamente, CASTRO

12. A união de facto e a convivência em economia comum protegidas enquanto relações parafamiliares

I. A não recondução da união de facto e da convivência em economia comum à categoria das relações jurídicas familiares.

A união de facto e a convivência em economia comum não são, por enquanto, relações jurídicas familiares.

A constituição ou, pelo menos, a extinção de uma relação jurídica familiar por facto distinto da morte implica um acto de uma autoridade estatal (conservador do registo civil ou juiz) ou de autoridade equivalente (funcionário de facto, pároco ou ministro do culto). Por isso, a durabilidade virtual representa um elemento essencial das relações familiares.

Actualmente, união de facto e a convivência em economia comum constituem-se e extinguem-se livremente, sem que se imponha uma intervenção estatal ou equiparada. E nem a aplicação das medidas de protecção das pessoas que vivam em economia comum ou das uniões de facto depende de um acto de registo das figuras em causa.

II. A natureza parafamiliar da união de facto e da convivência em economia comum protegidas.

A união de facto e a convivência em economia comum protegidas são relações parafamiliares, por preencherem o critério da similitude mínima com as relações familiares.

Por um lado, a união de facto e a convivência em economia comum traduzem-se *de facto* numa comunhão de vida análoga à que *de iure* é exigida entre sujeitos das relações familiares. Na união de facto, há uma comunhão de leito, mesa e habitação, que

MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 17: “a ruptura injustificada de uma união de facto pode originar um dever de indemnização de certos danos patrimoniais, pelo menos quando essa ruptura contraria a situação de confiança induzida na contraparte e atinge o investimento de confiança feito por esta parte na permanência da união”.

é objecto de um dever a que estão vinculados os membros da união conjugal. Na convivência em economia comum, verifica-se uma comunhão de mesa e habitação entre duas ou mais pessoas que estabeleceram entre si “uma vivência em comum de entreajuda ou partilha de recursos”, situação que cabe em obrigações impostas pela ligação entre cônjuges e entre pais e filhos menores.

Por outro lado, a união de facto e a convivência em economia comum protegidas têm de durar há mais de dois anos, requisito que introduz o paralelo que é possível com a durabilidade tendencial das relações jurídicas familiares, e, ao se extinguirem, produzem um efeito civil de protecção de residência, parecido com o que é originado pela dissolução do casamento.

13. A união de facto e a convivência em economia comum protegidas enquanto relações emergentes de actos jurídicos

I. Afastamento da qualificação como simples factos jurídicos.

A união de facto e a convivência em economia comum protegidas são mais do que simples factos jurídicos. As medidas legais de protecção são conferidas em consideração da vontade que as partes manifestam de viver em comunhão.

Neste sentido, veja-se o art. 3º, al. d), da LEC, que exclui a protecção da convivência em economia comum quando algum dos conviventes se encontre submetido a situação de coacção física ou psicológica ou atentatória da autodeterminação individual. O preceito aplica-se, por maioria de razão, à união de facto, que consiste numa comunhão mais ampla e íntima.

A possibilidade de um menor que não tenha completado 16 anos de idade integrar uma convivência em economia comum protegida (cf. art. 2º, nº 2, da LEC) não colide com a exigência de carácter voluntário. A incapacidade de exercício do menor que careça de suficiente maturidade para decidir quanto à adesão ou permanência no agregado convivencial é suprida pela acção do respectivo representante legal.

II. Afastamento da qualificação como contratos.

Em contrapartida, a união de facto e a convivência em economia comum protegidas não apresentam natureza contratual.

Os membros da união de facto e da convivência em economia comum não podem validamente vincular-se a um dever jurídico de comunhão análogo ao que vigora em certas relações familiares.

As medidas de protecção são conferidas aos membros da união de facto e de convivência em economia comum, independentemente de a sua aplicação ter sido ou não pretendida pelas partes no momento em que a relação se constituiu ou no momento em que a relação perfez dois anos.

Tendo em conta que as medidas de protecção são os efeitos essenciais da união de facto e da convivência em economia comum protegidas, o aspecto referido é decisivo para rejeitar a contratualidade. No casamento, cujo carácter negocial é controverso, a validade da constituição do vínculo é, pelo menos, susceptível de ser prejudicada se os nubentes não queriam submeter-se aos efeitos essenciais do acto que praticaram (cf. art. 1635º, al. d)).

III. A união de facto e a convivência em economia comum protegidas enquanto actos jurídicos reais ou materiais.

A união de facto e a convivência em economia comum protegidas são relações emergentes de actos jurídicos em sentido estrito, mais precisamente de actos reais ou materiais¹⁰⁵³.

Na constituição e no desenvolvimento da união de facto e da convivência em economia comum protegidas, os respectivos membros assumem comportamentos voluntários, cuja voluntariedade é suficiente para que se produzam os efeitos legais de protecção. Esses comportamentos não têm de ter conteúdo

¹⁰⁵³ Recorde-se que os actos jurídicos em sentido estrito se repartem em actos quase negociais ou declarativos (subdividindo-se em declarações não negociais de vontade e declarações de ciência) e actos reais ou materiais: cf. MENEZES CORDEIRO, *TDC* I/1 p. 480; PAIS DE VASCONCELOS, *TGDC* p. 406.

comunicativo, nem finalidade declarativa. O que releva é somente a vida em comum de companheiros e conviventes durante mais de dois anos, a prática ao longo de mais de dois anos de um conjunto de actos intencionais que identifique uma comunhão entre os sujeitos. Para o Direito, é indiferente que os sujeitos digam ou deixem de dizer que vivem ou querem viver em comunhão.

Dado o seu carácter parafamiliar, a união de facto e a convivência em economia comum protegidas são figuras rebeldes às qualificações marcadamente obrigacionais. É, p.e., notória a dificuldade de enquadrá-las no seio das relações contratuais de facto¹⁰⁵⁴.

Capítulo VI – União sem comunhão de habitação (LAT)?

14. A união sem comunhão de habitação

A união conjugal e a união de facto não são as únicas formas de organização da vida em comum íntima. Há uma terceira forma: a união sem comunhão de habitação¹⁰⁵⁵ – *LAT* (*Living Apart Together*). Aqui as partes decidem residir habitualmente em locais distintos, sem abdicar de outros elementos que permitem identificar a existência de um casal: comunhão sexual, fidelidade e entajuda. Verifica-se um propósito bilateral de vida a dois, mas as partes não residem nem pretendem residir no mesmo local¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁴ Cf. a análise de TELMA CARVALHO (*Uniões* pp. 233-237), bem elucidativa dos obstáculos que surgem às tentativas de aproximação da união de facto a uma relação contratual de facto. Apesar de tudo, há ilustres professores que admitem a qualificação como relação contratual de facto: assim, CASTRO MENDES/TELXEIRA DE SOUSA, *DF* p. 14.

¹⁰⁵⁵ Também designada como vida comum, ou em comum, sem coabitação.

¹⁰⁵⁶ Na actual configuração legal do casamento, a ausência de uma residência comum constitui um ilícito, uma excepção ou um sinal de ruptura (cf. artigos 1672º, 1673º, 1781º, alínea a), e 1782º, do Código Civil). O propósito de vida

O legislador regula o casamento, a união de facto, o divórcio, a separação. Talvez tivesse sido conveniente apontar um caminho que estivesse entre *o tudo e o nada*, contemplando a hipótese de união sem comunhão de habitação.

A união sem comunhão de habitação pode, designadamente, surgir como *derradeira experiência* prévia ao divórcio ou como *primeira experiência* posterior ao divórcio.

Enquanto derradeira experiência, o modelo da união sem comunhão de habitação assumido entre cônjuges é susceptível de prevenir um conflito, ou uma intensificação do conflito, no seio do casal, e de assegurar a motivação para uma atitude de respeito recíproco e entajuda, com impacto eventualmente positivo quer na relação matrimonial quer na relação dos progenitores com os filhos.

Enquanto primeira experiência posterior ao divórcio, o modelo da união sem comunhão de habitação adoptado entre uma pessoa divorciada e terceiro é susceptível de prevenir *actos impulsivos de substituição* do ex-cônjuge por outrem, que têm consequências na relação entre os adultos envolvidos e na situação dos filhos dos pais divorciados.

Numa época de pluralismo jusfamiliar, não serão bem-vindos sinais de *abertura não radical*? O que impede a recepção legal de uma união sem comunhão de habitação, beneficiando de um estatuto próprio¹⁰⁵⁷?

em comum dos membros do *LAT*, casados entre si, não permite confundir a figura com a separação de facto. E, não sendo as partes casadas entre si, o facto de não viverem sob o mesmo tecto não permite que se fale de uma união de facto.

¹⁰⁵⁷ Que incluiria a possibilidade de a figura ser constituída entre cônjuges, por suspensão consensual do dever de coabitação (hoje proibida à luz dos artigos 1618º, 1672º e 1699º, nº 1, alínea b), do Código Civil).

ADENDA – O apadrinhamento civil

1. Noção de apadrinhamento civil

A Lei nº 103/2009, de 11 de Setembro, de ora em diante designada abreviadamente LAC (Lei do Apadrinhamento Civil), estabelece o regime jurídico do apadrinhamento civil, aplicando-se às crianças e jovens que residam em território nacional (arts. 1º e 3º). Nos termos do respectivo art. 33º, entrará em vigor no dia seguinte ao da publicação do diploma regulamentador da habilitação dos padrinhos.

O art. 2º da LAC define o apadrinhamento civil como “uma relação jurídica, tendencialmente de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família que exerça os poderes e deveres próprios dos pais e com ele estabeleçam vínculos afectivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento, constituída por homologação ou decisão judicial e sujeita a registo civil”.

A relação de apadrinhamento pressupõe duas partes, o afilhado, criança ou jovem, e o padrinho ou padrinhos, pessoa singular ou membros de uma família. Mas implica também um estatuto de “terceiros”, *v.g.*, dos pais do afilhado, perante os sujeitos da relação de apadrinhamento (cf., nomeadamente, arts. 8º, 9º e 21º da LAC).

Na perspectiva do legislador, o apadrinhamento parece representar uma boa alternativa para a criança ou o jovem que se encontra em perigo, ou que esteja submetido a uma medida de acolhimento em instituição, quando a adopção não se afigure possível (cf. art. 5º da LAC).

2. Constituição do apadrinhamento civil

I. O apadrinhamento civil constitui-se por decisão judicial ou por compromisso de apadrinhamento civil homologado pelo tribunal (art. 13º, nº 1, da LAC).

A formação do apadrinhamento exige o preenchimento de vários requisitos: quanto ao afilhado; quanto ao padrinho; e quanto a terceiros.

II. Os requisitos do apadrinhamento civil quanto ao afilhado são cinco: conveniência do vínculo, idade máxima, inviabilidade da adopção, não subsistência de outro apadrinhamento e consentimento.

O apadrinhamento ocorre desde que “apresente reais vantagens para a criança ou o jovem” (art. 5º, nº 1, início, da LAC).

O afilhado tem de ser menor de 18 anos (cf. art. 5º da LAC).

O apadrinhamento é constituído desde que se não verifiquem os pressupostos da confiança com vista à adopção; ou, relativamente a menor que esteja a beneficiar de confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e protecção de confiança a instituição com vista a futura adopção ou a pessoa seleccionada para a adopção, quando se mostre que a adopção é inviável (cf., novamente, art. 5º da LAC).

Nos termos do art. 6º da LAC, enquanto subsistir um apadrinhamento civil não pode admitir-se outro quanto ao mesmo afilhado, excepto se os padrinhos viverem em família.

Para o apadrinhamento é necessário o consentimento da criança ou jovem maior de 12 anos, que pode, porém, ser dispensado pelo tribunal se essa criança ou esse jovem estiver privado do uso das faculdades mentais ou se, por qualquer outra razão, houver grave dificuldade em o ouvir (art. 14º, nº 1, al. a), e nº 4, al. a), da LAC).

II. Quanto aos padrinhos, exige-se habilitação, uma idade mínima e vontade de apadrinhar.

Pode apadrinhar a pessoa maior de 25 anos, previamente habilitada para o efeito (art. 4º da LAC). A habilitação “consiste na certificação de que a pessoa singular ou os membros da família que pretendem apadrinhar uma criança ou jovem possuem idoneidade e autonomia de vida que lhes permitam assumir as responsabilidades próprias do vínculo de apadrinhamento civil” (art. 12º, nº 1, da LAC). A certificação cabe ao organismo competente da segurança social ou a outras instituições, na sequência de acordos de cooperação celebrados com o organismo competente da segurança social (art. 12º, nºs 2 e 3, da LAC).

Por força da segunda parte do art. 4º da LAC, pode prescindir-se da habilitação e da idade mínima de 25 anos, para designar como padrinho o familiar, a pessoa idónea ou o membro da família de acolhimento a quem a criança ou o jovem tenha sido confiado no processo de promoção e protecção e o tutor do afilhado.

III. Em matéria de requisitos quanto a terceiros, rege o art. 14º da LAC, que impõe o consentimento das seguintes pessoas (nº 1, als. b) e s.): cônjuge do padrinho ou da madrinha não separada de pessoas e bens ou de facto; pessoa que viva com o padrinho ou a madrinha em união de facto; pais do afilhado; representante legal do afilhado; pessoa que tiver a guarda de facto do afilhado, nos termos do art. 5º da Lei de Protecção.

Os nºs 2 e 3 referem situações em que não é necessário o consentimento de tais pessoas, e o nº 4 indica casos em que o tribunal pode dispensar o consentimento.

IV. O apadrinhamento tem especialmente em vista o menor que esteja a beneficiar de uma medida de acolhimento familiar, de outra medida de protecção, ou que se encontre numa situação de perigo confirmada em processo de uma comissão de protecção de crianças e jovens ou em processo judicial (art. 5º, nº 1, als. a) a c), da LAC).

O apadrinhamento pode ser constituído officiosamente pelo tribunal ou pode ser da iniciativa das seguintes pessoas ou entidades (art. 10º da LAC): Ministério Público; comissão de protecção de crianças e jovens, no âmbito dos respectivos processos; organismo competente da segurança social ou outra instituição com legitimidade para designar ou habilitar padrinhos; pais, representante legal da criança ou do jovem ou pessoa que tenha a sua guarda de facto; criança ou jovem maior de 12 anos.

É competente para a constituição do apadrinhamento civil o tribunal de família e menores ou, fora das áreas abrangidas pela jurisdição dos tribunais de família e menores, o tribunal da comarca da área da localização da instituição em que a criança ou o jovem se encontra acolhido ou da área da residência (art. 18º da LAC).

O art. 19º da LAC disciplina o processo de constituição do apadrinhamento, que é de jurisdição voluntária.

O art. 11º da LAC ocupa-se da designação dos padrinhos.

O art. 16º da LAC indica os elementos que têm de constar obrigatoriamente do compromisso ou da decisão judicial que constitui o apadrinhamento civil.

Ao abrigo do art. 17º, o compromisso de apadrinhamento civil deve ser subscrito pelos padrinhos, pelas pessoas que têm de dar consentimento, pela instituição onde a criança ou o jovem estava acolhido e que promoveu o apadrinhamento, pela entidade encarregada de apoiar o apadrinhamento e pelo pró-tutor, quando o tutor vier a assumir a condição de padrinho.

A constituição do apadrinhamento está sujeita a registo civil obrigatório, efectuado imediata e officiosamente pelo tribunal que decidiu ou homologou o compromisso (art. 28º, nº 1, da LAC).

3. Efeitos do apadrinhamento civil

I. O principal efeito do apadrinhamento civil traduz-se na atribuição do exercício das responsabilidades parentais aos padrinhos (cf. art. 7º, nº 1, da LAC).

Por força do art. 7º da LAC, no exercício das responsabilidades parentais, os padrinhos estão sujeitos às limitações previstas no compromisso de apadrinhamento civil, na decisão judicial que constituiu o apadrinhamento e a algumas das restrições que recaem sobre o tutor na administração do património do menor.

II. No momento inicial, a relação de apadrinhamento é acompanhado por uma entidade.

O acompanhamento, legalmente designado como “apoio ao apadrinhamento civil”, é disciplinado no art. 20º da LAC.

O apoio tem em vista criar ou intensificar as condições necessárias para o êxito da relação de apadrinhamento; e avaliar o êxito da relação de apadrinhamento, do ponto de vista do interesse do afilhado.

O apoio cabe às comissões de protecção de crianças e jovens, nos casos em que o compromisso de apadrinhamento civil foi celebrado em processo que aí correu termos, ou ao organismo competente da segurança social. O organismo competente da segurança social pode delegar a tarefa de apoio em instituições que disponham de meios adequados.

O apoio termina passados 18 meses sobre a constituição do vínculo ou, antes, “quando a entidade responsável concluir que a integração familiar normal do afilhado se verificou”.

III. O apadrinhamento civil produz outros efeitos: origina obrigações de alimentos e um impedimento matrimonial.

Os sujeitos da relação de apadrinhamento estão vinculados a prestar alimentos nos termos do art. 21º da LAC: os padrinhos ocupam a posição que cabe aos ascendentes em 1º grau, no art. 2009º, mas são precedidos pelos pais do afilhado em condições

de satisfazer esse encargo; o afilhado ocupa a posição que cabe ao descendente do 1º grau, no art. 2009º, mas é precedido pelos filhos dos padrinhos em condições de satisfazer este encargo.

Ao abrigo do art. 22º da LAC, o vínculo de apadrinhamento civil é impedimento impediante à celebração do casamento entre padrinhos e afilhados. A violação do impedimento importa, para o padrinho ou madrinha, a incapacidade para receber do seu consorte qualquer benefício ou doação por testamento.

O impedimento em questão é susceptível de dispensa pelo conservador do registo civil, que a concede, quando haja motivos sérios que justifiquem a celebração do casamento, ouvidos, sempre que possível, quando um dos nubentes for menor, os pais.

IV. O apadrinhamento civil não extingue a relação entre o afilhado e os seus pais. Embora estes não exerçam as responsabilidades parentais, beneficiam, em regra, dos seguintes direitos (cf. art. 8º da LAC): conhecer a identidade dos padrinhos; dispor de uma forma de contactar os padrinhos; saber o local de residência do filho; dispor de uma forma de contactar o filho; ser informados sobre o desenvolvimento integral do filho, a sua progressão escolar ou profissional, a ocorrência de factos particularmente relevantes ou de problemas graves, nomeadamente de saúde; receber com regularidade fotografias ou outro registo de imagem do filho; visitar o filho, nas condições fixadas no compromisso ou na decisão judicial, designadamente por ocasião de datas especialmente significativas.

Na verdade, traduzindo-se primeiramente numa relação entre padrinhos e afilhados, o apadrinhamento civil não só não elimina certos efeitos da relação entre filhos (p.e., o impedimento matrimonial dirimente relativo e a obrigação de alimentos) como determina a existência de relações entre pais e padrinhos.

As relações entre pais e padrinhos são orientadas pelo art. 9º da LAC: eles estão submetidos a um dever mútuo de respeito e de preservação da intimidade da vida privada e familiar, do bom nome e da reputação; além disso, devem cooperar na criação

das condições adequadas ao bem-estar e desenvolvimento do afilhado.

4. Extinção do apadrinhamento civil

I. De acordo com o art. 24º, nº 1, da LAC, o apadrinhamento civil dá corpo a um vínculo permanente que só se extingue por revogação.

O art. 24º, nº 2, do mesmo diploma, acrescenta que “os direitos e obrigações inerentes ao exercício das responsabilidades parentais e os alimentos cessam nos mesmos termos em que cessam os dos pais, ressalvadas as disposições em contrário estabelecidas no compromisso de apadrinhamento civil”.

II. Apesar do que se diz no art. 24º, nº 1, da LAC, o apadrinhamento extingue-se *ex nunc* com a morte dos padrinhos ou do afilhado.

O afilhado não é sucessível legal do padrinho, nem este é sucessível legal daquele.

III. A revogação extingue o apadrinhamento e é feita por decisão da entidade que constitui o vínculo, nos termos do art. 25º da LAC.

O apadrinhamento civil pode ser revogado por iniciativa de qualquer subscritor do compromisso de apadrinhamento, do organismo competente da segurança social, de outra instituição com legitimidade para designar e habilitar padrinhos, da comissão de protecção de crianças e jovens, do Ministério Público ou do tribunal, quando: houver acordo de todos os intervenientes no compromisso de apadrinhamento; os padrinhos infringirem culposa e reiteradamente os deveres assumidos, em prejuízo do superior interesse do afilhado, ou, quando, por enfermidade, ausência ou outras razões, não se mostrem em condições de cumprir aqueles deveres; o apadrinhamento civil se tenha tornado

contrário aos interesses do afilhado; a criança ou o jovem assuma comportamentos, actividades ou consumos que afectem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os padrinhos se lhe oponham de modo adequado a remover essa situação; a criança ou jovem assuma de modo persistente comportamentos que afectem gravemente a pessoa ou a vida familiar dos padrinhos, de tal modo que a continuidade da relação de apadrinhamento civil se mostre insustentável; houver acordo dos padrinhos e do afilhado maior.

A revogação do apadrinhamento está sujeita a registo civil obrigatório, efectuado imediata e oficiosamente pelo tribunal que a decidiu (art. 28º, nº 1, da LAC).

Os efeitos do apadrinhamento cessam no momento em que a decisão de revogação se torna definitiva (art. 27º da LAC), sem prejuízo do que se prevê no art. 26º da LAC. No caso de revogação contra a vontade e sem culpa dos padrinhos, este artigo reconhece às pessoas que tiveram o estatuto de padrinhos, enquanto o seu exercício não for contrário ao interesse da criança ou do jovem, os seguintes direitos: saber o local de residência da criança ou do jovem; dispor de uma forma de contactar a criança ou do jovem; ser informados sobre o desenvolvimento integral da criança ou do jovem, a sua progressão escolar ou profissional, a ocorrência de factos particularmente relevantes ou de problemas graves, nomeadamente de saúde; receber com regularidade fotografias ou outro registo de imagem da criança ou do jovem; visitar a criança ou o jovem, designadamente por ocasião de datas especialmente significativas.

5. Natureza jurídica do apadrinhamento civil

I. Como resulta do seu regime (cf. arts. 2º, 13º, nº 1, 24º, nº 1, e 28º da LAC), o apadrinhamento civil corresponde a um vínculo tendencialmente permanente, que se constitui por intervenção de entidade estatal (o tribunal, que decide ou homologa o compromisso

de apadrinhamento) e se extingue por morte das partes ou decisão judicial de revogação; a constituição e a revogação estão sujeitas a registo civil obrigatório.

O apadrinhamento civil é um *minus* relativamente à adopção (mesmo que se trate de adopção restrita), o que se extrai das regras sobre a sua constituição (cf. art. 5º da LAC) e sobre os seus efeitos (o vínculo de apadrinhamento não confere quaisquer direitos sucessórios legais, ao contrário do que sucede com o vínculo de adopção restrita, subordinado ao que se estatui no art. 1999º; e o padrinho enfrenta mais restrições do que o adoptante, no exercício da administração do património do menor, como se percebe de um confronto do art. 7º da LAC com os arts. 1997º e 1998º).

O apadrinhamento representa um *plus* relativamente à tutela, no domínio da constituição, dos efeitos e da extinção. No domínio da constituição e da extinção, note-se que o apadrinhamento impede a instauração da tutela e põe fim à relação tutelar já existente (cf. art. 32º da LAC, que altera os arts. 1921º e 1961º do Código Civil). Ainda no domínio da extinção, assinala-se que o apadrinhamento não termina pelo mero facto de o afilhado atingir a maioridade, o que contrasta com a relação parafamiliar de tutela, que, em princípio, cessa com a maioridade do pupilo (art. 1961º, al. a)). No campo dos efeitos, o apadrinhamento visa “uma integração familiar normal” do afilhado junto dos padrinhos (cf., implicitamente, art. 20º, nº 4, da LAC) e cria obrigações legais de alimentos entre as partes (cf. art. 21º da LAC). Nada disto tem paralelo na tutela, mero meio de suprimento das responsabilidades parentais, que, quando muito, impõe ao tutor o dever de sustentar o pupilo, por força do art. 1935º, nº 1.¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵⁸ Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Apadrinhamento civil: uma iniciativa portuguesa, com certeza”, *Revista do Advogado* (Associação dos Advogados de São Paulo), ano XXVIII, Dezembro de 2008, nº 101, p. 40: “O apadrinhamento civil situa-se entre a tutela e a adopção restrita. O padrinho é mais do que um tutor; e é menos do que um adoptante restrito.”

A exigência de intervenção estatal para constituição e revogação do vínculo, a duração (que ultrapassa o período de menoridade do afilhado) e a finalidade de integração familiar (do afilhado junto dos padrinhos) permite considerar o apadrinhamento civil uma nova relação familiar inominada (a par da filiação por consentimento não adoptivo).

ÍNDICE

NOTA PRÉVIA	7
SIGLAS E ABREVIATURAS	9
BIBLIOGRAFIA ABREVIADA	13
INTRODUÇÃO	35
1. Noção e objecto do Direito da Família	35
1.1. Noção tradicional de Direito da Família	35
1.2. A família em sentido jurídico.....	35
1.3. O alargamento do objecto do Direito da Família	40
2. O Direito da Família enquanto ramo do Direito Civil.....	42
2.1. O Direito da Família enquanto <i>Direito</i>	42
2.2. O Direito da Família na dicotomia Direito Público-Direito Privado	44
3. Plano, fontes e bibliografia	48
3.1. Plano de leccionação do Direito da Família.....	48
3.2. Fontes do Direito civil da Família.....	51
3.3. Bibliografia geral da disciplina de Direito da Família	56
4. A demanda do critério de relação jurídica familiar.....	60
4.1. O elenco legal de fontes de relações jurídicas familiares	60
4.2. A qualificação como relação jurídica familiar.....	61
4.3. Referência genérica ao casamento e à adopção.....	62
5. O parentesco	65
5.1. Noção de parentesco; graus e linhas	65
5.2. Efeitos do parentesco	66
5.3. Extinção do vínculo de parentesco	69
6. A afinidade	69
6.1. Noção de afinidade; graus e linhas.....	69
6.2. Efeitos e extinção do vínculo de afinidade.....	70
7. A hipótese de relações jurídicas familiares inominadas	72

7.1. A identificação do critério de relação jurídica familiar.....	72
7.2. Relações familiares inominadas e relações parafamiliares....	75
8. A obrigação de alimentos enquanto efeito das relações familiares e parafamiliares.....	78
8.1. A importância da obrigação de alimentos no Direito da Família.....	78
8.2. Natureza e regime da obrigação de alimentos	79
9. Características do Direito da Família.....	88
9.1. Permeabilidade à realidade social.....	88
9.2. Crescente internacionalização	92
9.3. Prevalência da dimensão pessoal sobre a patrimonial	93
9.4. Recurso a conceitos indeterminados.....	94
9.5. Profusão de normas injuntivas	95
9.6. Oscilação entre institucionalismo e individualismo ético.....	95
9.7. Lógica de protecção	96
9.8. Grande abertura ao uso da mediação e de outros métodos alternativos de resolução de conflitos	97
10. Características das situações jurídicas familiares.....	100
10.1. Natureza estatutária	101
10.2. Indisponibilidade	101
10.3. Durabilidade virtual	102
10.4. Funcionalidade acentuada.....	103
10.5. Oponibilidade <i>erga omnes</i>	104
10.6. Tipicidade.....	105
10.7. O problema da garantia	105
11. O regime constitucional das matérias que são objecto do Direito da Família	108
11.1. Normas da Constituição da República Portuguesa com relevo jusfamiliar.....	108
11.2. Princípios constitucionais aplicáveis à generalidade das matérias que são objecto do Direito da Família, fundados em normas preceptivas	109
11.3. Princípios constitucionais de Direito Matrimonial, fundado em normas preceptivas	112

11.4. Princípios constitucionais de Direito da Filiação, fundados em normas preceptivas	116
11.5. Princípios de protecção consagrados em normas programáticas.....	119
12. O Direito Europeu da Família.....	121
12.1. Uniformização e unificação do Direito da Família no território da União Europeia.....	121
12.2. Regulamentos com incidência familiar.....	125
PARTE I – DIREITO DA FILIAÇÃO	131
Capítulo I – Constituição do vínculo de filiação	131
Secção I – Noção e modalidades de filiação.....	131
1. Noção de filiação	131
2. Modalidades de filiação	140
2.1. Filiação biológica.....	140
2.2. Filiação adoptiva	141
2.3. Filiação por consentimento não adoptivo	141
3. Critério biológico e critério social ou "afectivo"	142
Secção II – Estabelecimento da filiação, no caso de procriação através de acto sexual	146
4. A distinção entre estabelecimento da maternidade e estabelecimento da paternidade.....	146
5. Estabelecimento da maternidade.....	148
5.1. Enunciado de modos de estabelecimento da maternidade.....	149
5.2. Declaração de maternidade	149
5.3. Reconhecimento judicial da maternidade.....	156
5.4. A averiguação oficiosa da maternidade.....	160
6. Estabelecimento da paternidade.....	163
6.1. Enunciado de modos de estabelecimento da paternidade.....	163
6.2. A distinção entre filiação dentro e fora do casamento.....	165
6.3. O momento da concepção.....	167
6.4. A presunção de paternidade.....	169
6.5. A perfilhação.....	173
6.6. O reconhecimento judicial da paternidade.....	179

6.7. A averiguação oficiosa da paternidade.....	199
Secção III – Constituição da adopção.....	202
7. Noção e modalidades de adopção	203
7.1. Noção de adopção.....	203
7.2. Modalidades de adopção	209
8. Requisitos da adopção interna.....	211
8.1. Enunciado de requisitos	211
8.2. Requisitos quanto ao adoptando	211
8.3. Requisitos quanto ao adoptante	213
8.4. Requisitos quanto à relação entre o adoptando e o adoptante....	216
8.5. Requisitos da adopção quanto a terceiros.....	220
8.6. Requisitos da adopção quanto a terceiros (cont.): o consentimento dos pais do adoptando	221
8.7. Observações finais	222
9. O processo de adopção interna.....	222
10. Particularidades da adopção plena	226
10.1. A proibição de constituição e prova do vínculo de filiação biológica	226
10.2. O segredo da identidade.....	228
11. A adopção internacional	230
11.1. A adopção internacional de menores residentes em Portugal.....	230
11.2. A adopção internacional de menores residentes no estrangeiro	231
Secção IV – Estabelecimento da filiação, no caso de procriação medicamente assistida	232
12. A procriação medicamente assistida	233
12.1. Noção de procriação medicamente assistida	233
12.2. Técnicas de procriação medicamente assistida	235
12.3. Enunciado de questões suscitadas pela procriação medicamente assistida.....	238
12.4. A legislação sobre procriação medicamente assistida.....	238
12.5. Motivos legítimos de recurso à procriação medicamente assistida.....	244

12.6. Os beneficiários do acesso à procriação assistida.....	246
12.7. A admissibilidade dos processos heterólogos	252
12.8. O anonimato do dador	255
12.9. A maternidade de substituição	258
12.10. A procriação assistida <i>post mortem</i>	271
12.11. O destino dos embriões excedentários.....	272
13. O estabelecimento da filiação, nos casos de procriação medicamente assistida homóloga e parcialmente heteróloga	275
13.1. O estabelecimento da filiação, na procriação medicamente assistida homóloga	275
13.2. O estabelecimento da filiação, na procriação assistida parcialmente heteróloga	281
Secção V – Constituição da filiação por consentimento não adoptivo.....	282
14. Noção de filiação por consentimento não adoptivo.....	282
15. Concretizações de filiação por consentimento não adoptivo....	286
Capítulo II – Efeitos da filiação	292
Secção I – Generalidades	292
16. As condições de eficácia da filiação.....	292
16.1. A constituição legal do vínculo	293
16.2. O registo.....	293
17. O momento de produção dos efeitos da filiação	294
17.1. O momento de produção dos efeitos da filiação biológica.....	294
17.2. O momento de produção dos efeitos da filiação adoptiva	294
17.3. O momento de produção dos efeitos da filiação por consentimento não adoptivo	294
18. O princípio da não distinção quanto aos efeitos da filiação.....	295
18.1. Proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento	295
18.2. Proibição da discriminação dos filhos nascidos em resultado da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida.....	295

18.3. Tendencial sujeição das outras modalidades de filiação ao regime de eficácia previsto para a filiação biológica...	295
18.4. Particularidades da adopção restrita	295
19. Ordem subsequente.....	298
Secção II – Efeitos gerais da filiação.....	298
20. Deveres paternofiliais.....	298
20.1. A enumeração legal de deveres paternofiliais	298
20.2. O dever de respeito	299
20.3. O dever de auxílio	299
20.4. O dever de assistência.....	300
20.5. Conexão com o Direito Tutelar.....	301
20.6. Caracteres dos deveres paternofiliais e das situações jurídicas activas correspondentes	302
20.7. Articulação dos deveres fundados em diversas relações familiares a que esteja vinculado o mesmo titular	302
21. Outros efeitos gerais da filiação	304
21.1. O nome do filho	304
21.2. A nacionalidade do filho	308
21.3. A entrada e permanência no território português.....	309
Secção III – As responsabilidades parentais.....	310
22. Noções	310
22.1. Conceito de responsabilidades parentais	310
22.2. Caracteres das responsabilidades parentais.....	313
22.3. Natureza jurídica das responsabilidades parentais.....	318
22.4. O registo das decisões relativas às responsabilidades parentais.....	322
23. Conteúdo das responsabilidades parentais.....	323
23.1. Enunciado de situações jurídicas compreendidas nas responsabilidades parentais	323
23.2. O poder-dever de guarda.....	324
23.3. O poder-dever de dirigir a educação.....	326
23.4. O dever de prover ao sustento	328
23.5. O poder-dever de representação.....	329
23.6. O poder-dever de administração dos bens	330

23.7. O dever de obediência e a autonomia do menor	332
24. Exercício das responsabilidades parentais	334
24.1. Exercício em comum das responsabilidades parentais e exercício por um só dos pais; hipóteses de exercício por terceiro	334
24.2. Particularidades do exercício das responsabilidades parentais nos casos de progenitores que nunca viveram juntos, que se divorciaram ou se separaram.....	340
25. Inibição e limitações ao exercício das responsabilidades parentais.....	354
25.1. Preliminares	354
25.2. Inibição do exercício das responsabilidades parentais.....	354
25.3. Limitações ao exercício das responsabilidades parentais ...	357
26. Meios de suprimento das responsabilidades parentais	359
26.1. Preliminares	360
26.2. Tutela.....	360
26.3. Administração de bens	363
Capítulo III – Extinção do vínculo de filiação	364
27. Enunciado de modos de extinção do vínculo de filiação.....	364
Secção I – Extinção retroactiva do vínculo de filiação	365
28. Extinção retroactiva da filiação biológica.....	365
28.1. Extinção retroactiva da maternidade estabelecida.....	365
28.2. Extinção retroactiva da paternidade estabelecida.....	367
29. Extinção retroactiva da filiação adoptiva	375
30. Extinção retroactiva da filiação por consentimento não adoptivo	377
Secção II – Extinção não retroactiva do vínculo de filiação.....	381
31. A extinção por morte do vínculo de filiação.....	381
32. Outros casos de extinção não retroactiva.....	384
PARTE II – DIREITO TUTELAR	387
Capítulo I – Protecção de crianças e jovens em perigo	387
1. A protecção de menores	387
1.1. A protecção de menores em geral	387

1.2. A protecção civil de menores	388
2. A Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo	389
2.1. O significado da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.....	389
2.2. Articulação entre a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, a Lei Tutelar Educativa e a Organização Tutelar de Menores.....	391
3. A intervenção para protecção da criança e do jovem em perigo.....	392
3.1. O pressuposto da situação de perigo	392
3.2. Princípios orientadores da intervenção	394
3.3. Comunicação de situações de crianças e jovens em perigo	394
3.4. Competência para intervir.....	395
4. Medidas de promoção dos direitos e de protecção das crianças e dos jovens em perigo.....	397
4.1. Enumeração.....	397
4.2. Classificações	398
4.3. Prioridade a observar na aplicação das medidas de promoção e protecção	400
4.4. Medidas de promoção e protecção em especial	401
4.5. Os acordos de promoção e protecção	406
4.6. Execução, duração, revisão e cessação das medidas de promoção e protecção.....	407
4.7. O processo.....	410
Capítulo II – Protecção dos idosos	412
5. A protecção constitucional dos idosos	412
5.1. O art. 67º, nº 2, al. b), da CRP	412
5.2. O art. 72º da CRP	412
6. A protecção civil dos idosos.....	413
6.1. A insuficiência da protecção civil dos idosos.....	413
6.2. Os deveres filiais enquanto instrumentos de protecção.....	416
6.3. O acolhimento familiar de pessoas idosas.....	417
6.4. A necessidade de uma mudança	418

PARTE III – DIREITO MATRIMONIAL	421
Capítulo I – Constituição do vínculo matrimonial	421
1. Noção e modalidades do casamento.....	421
1.1. Noção de casamento civil	421
1.2. Modalidades do casamento.....	424
2. Promessa de casamento	428
2.1. Noção e requisitos da promessa de casamento.....	428
2.2. Efeitos.....	429
3. Requisitos de fundo do casamento civil	431
3.1. O desaparecimento do requisito da heterossexualidade (“possibilidade legal”).....	431
3.2. Capacidade.....	437
3.3. Consentimento.....	454
4. Formalidades do casamento civil.....	461
4.1. A solenidade do casamento.....	461
4.2. Formalidades do casamento civil celebrado por forma civil.....	462
4.3. O registo do casamento.....	467
4.4. Formalidades do casamento civil celebrado por forma religiosa.....	469
4.5. Casamento urgente	471
4.6. Casamento de portugueses no estrangeiro e de estrangeiros em Portugal.....	474
5. Casamento católico.....	476
5.1. O casamento católico enquanto modalidade autónoma do casamento.....	476
5.2. Formalidades civis do casamento católico.....	480
Capítulo II – Efeitos do casamento	483
Secção I – Generalidades.....	483
6. O <i>status</i> ou estado de casado.....	483
7. O princípio da igualdade dos cônjuges.....	488
8. Os acordos sobre a orientação da vida em comum.....	489
9. A tutela da personalidade no casamento e a ideia do núcleo intangível da comunhão conjugal	491
Secção II – Deveres dos cônjuges.....	494

10. A centralidade e dificuldade da matéria dos deveres conjugais	494
11. O dever de respeito	496
12. O dever de fidelidade	498
13. O dever de coabitação	501
14. O dever de cooperação	504
15. O dever de assistência	506
16. Características dos deveres conjugais e das situações jurídicas activas correspondentes	515
Secção III – Efeitos do casamento no domínio do nome, da filiação, da nacionalidade, da entrada e permanência no território português	524
17. O apelido dos cônjuges	524
18. A filiação na constância do matrimónio	527
19. Casamento, nacionalidade, entrada e permanência no território português	530
Secção IV – Efeitos predominantemente patrimoniais do casamento	531
20. Preliminares	531
21. Convenções antenupciais	533
21.1. Noção de convenção antenupcial	533
21.2. O conteúdo da convenção antenupcial	535
21.3. A capacidade para celebrar convenções antenupciais	544
21.4. Forma e registo da convenção	546
21.5. Revogação e modificação da convenção	548
21.6. Invalidez e caducidade da convenção	550
22. Doações para casamento	552
22.1. Noção e espécies	552
22.2. Regime	553
23. Efeitos do casamento no campo do activo patrimonial	558
23.1. O regime de bens	558
23.2. A modificação superveniente do regime de bens	584
23.3. A administração dos bens do casal	588
23.4. Disposição dos bens do casal	614
24. Efeitos do casamento no campo do passivo patrimonial	624
24.1. Legitimidade dos cônjuges para contrair dívidas	624

24.2. Responsabilidade dos cônjuges pelas dívidas contraídas ...	624
24.3. Bens que respondem pelas dívidas dos cônjuges	630
24.4. Compensações devidas pelo pagamento das dívidas do casal	632
25. A partilha dos bens comuns do casal	634
25.1. Noção e pressupostos	634
25.2. O contrato-promessa de partilha e a partilha, antes da cessação das relações patrimoniais dos cônjuges ou da separação superveniente de bens	635
25.3. A situação dos bens no período que decorre entre a cessação das relações patrimoniais dos cônjuges, ou separação superveniente de bens, e a partilha	638
25.4. Formas de partilha	639
25.5. As operações da partilha	640
26. Os contratos entre cônjuges	645
26.1. As doações entre casados	645
26.2. Outros contratos entre os cônjuges	649
Secção V – Efeitos do casamento em situações de ruptura da vida em comum	653
27. A separação de facto	653
27.1. Noção de separação de facto	653
27.2. Efeitos da separação de facto	654
28. A separação de pessoas e bens	659
28.1. Noção e natureza da separação de pessoas e bens	659
28.2. Efeitos da separação de pessoas e bens	660
28.3. Causas de cessação da separação de pessoas e bens	662
Capítulo III – Extinção do vínculo matrimonial	666
Secção I – Invalidez do casamento	666
29. Valores negativos do casamento civil	666
29.1. Inexistência	666
29.2. Anulabilidade	667
30. A nulidade do casamento católico	669
30.1. Causas de nulidade e regime da declaração de nulidade	669

30.2. Regime dos efeitos civis da declaração de nulidade	669
31. Casamento putativo	671
31.1. Noção e natureza jurídica	671
31.2. Requisitos gerais do casamento putativo	672
31.3. Regime geral de eficácia putativa	672
31.4. Casos especiais de eficácia putativa	675
Secção II – Dissolução por morte	676
32. Efeitos da dissolução por morte	676
Secção III – Divórcio	678
33. Generalidades	678
33.1. Noção de divórcio; evolução histórica do respectivo regime	678
33.2. Modalidades de divórcio	680
33.3. O direito ao divórcio	682
34. Divórcio por mútuo consentimento	684
34.1. Pressupostos	684
34.2. Processo	684
35. Divórcio litigioso sem consentimento de um dos cônjuges (ou divórcio litigioso em sentido restrito)	688
35.1. Causas	688
35.2. Processo	689
35.3. Apreciação do sistema português de causas de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (ou divórcio litigioso em sentido restrito)	691
36. Efeitos do divórcio	693
36.1. O princípio da equiparação do divórcio à dissolução por morte	693
36.2. Oponibilidade dos efeitos do divórcio	693
36.3. Explicitação dos efeitos específicos do divórcio	694
36.4. Apreciação do regime português dos efeitos do divórcio	705
Secção IV – Outros casos de dissolução do casamento, além da morte e do divórcio	707
37. Celebração de novo casamento, após a declaração de morte presumida	708

38. Mudança de sexo: de causa atípica de dissolução do casamento a possível fundamento de divórcio	709
39. Dispensa do casamento rato e não consumado	711
PARTE IV – DIREITO CONVIVENCIAL	713
Capítulo I – Constituição da união de facto	713
1. Noção de união de facto	713
2. Modalidades de união de facto	715
3. Requisitos da união de facto protegida	716
Capítulo II – Efeitos da união de facto	722
4. Efeitos gerais da união de facto	722
5. Efeitos específicos da união de facto protegida	727
Capítulo III – Cessaçao da união de facto	730
6. Causas de cessação da união de facto	730
7. A liquidação dos interesses patrimoniais	731
8. Efeitos específicos da cessação da união de facto protegida	733
8.1. Efeitos da cessação por morte	733
8.2. Efeitos da cessação por ruptura ou casamento de um dos membros da união de facto com terceiro	745
Capítulo IV – A convivência em economia comum	749
9. Noção e modalidades de convivência em economia comum	750
10. Efeitos específicos da convivência em economia comum protegida	752
Capítulo V – Natureza jurídica da união de facto e da convivência em economia comum	755
11. A união de facto enquanto figura que se aproxima mais da convivência em economia comum do que da união conjugal	755
12. A união de facto e a convivência em economia comum protegidas enquanto relações parafamiliares	757
13. A união de facto e a convivência em economia comum protegidas enquanto relações emergentes de actos jurídicos	758

Capítulo VI – União sem comunhão de habitação (LAT)?	760
14. A união sem comunhão de habitação.....	760
ADENDA – O APADRINHAMENTO CIVIL	763
1. Noção de apadrinhamento civil.....	763
2. Constituição do apadrinhamento civil.....	764
3. Efeitos do apadrinhamento civil.....	767
4. Extinção do apadrinhamento civil.....	769
5. Natureza jurídica do apadrinhamento civil	770
ÍNDICE	773

1940